

EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO. RETOS ACTUALES DE UNA MODALIDAD CONTRACTUAL HISTÓRICA.*

Jesús García Ortega**
Universitat de València

SUMARIO: 1. El contrato para trabajos fijos-discontinuos. Compleja evolución de su regulación legal. –2. Sobre la delimitación del tipo contractual. –3. El derecho de llamamiento. –4. Desarrollo reglamentario. –5. Reto aplicativo.

RESUMEN

Se analizan los retos que en la actualidad se plantean al contrato de duración indefinida para atender el trabajo estacional que forma parte del volumen normal de actividad de la empresa. Se concretan en la conveniencia de unificar en un solo tipo contractual las dos modalidades que actualmente rigen estos trabajos (contrato para trabajos fijos y periódicos y contrato fijo-discontinuo), en el establecimiento de un criterio legal sobre el orden de llamamiento en defecto de convenio colectivo y en proceder al desarrollo reglamentario de la norma, que complete aspectos básicos del contrato.

ABSTRACT

This article analyzes current challenges of the contract of indefinite duration agreed to meet seasonal work that is part of the normal volume of activity of the company. Response to those challenges is based on the convenience of unifying in a single contractual type the two modalities that currently govern seasonal work (part-time contract for fixed and regularly recurring works and indefinite contract for permanent-discontinuous work) as well as the establishment of a legal criterion on the order of appeal in default of collective agreement and on the need to carry out the development of the sections of the Labour Statute which govern this matter, so completing the regulation of basic aspects of that contract.

Palabras clave: Contrato fijo discontinuo, trabajos fijos y periódicos, trabajo a tiempo parcial, trabajadores estacionales, derecho de llamamiento.

Key words: Permanent-discontinuous contract, fixed and recurring works, seasonal workers, right of appeal.

*Recibido el 10 de abril. Aceptado el 11 de abril.

** Profesor Titular [acreditado a Catedrático] de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. EL CONTRATO PARA TRABAJOS FIJOS-DISCONTINUOS. COMPLEJA EVOLUCIÓN DE SU REGULACIÓN LEGAL

Es un hecho notorio que, debido a la ubicación geográfica de nuestro país, el decurso de las estaciones climatológicas se manifiesta con especial intensidad y que ello tiene profundas implicaciones económicas porque son numerosas las actividades dependientes de los cambios estacionales, ya sea porque solo se desarrollan cuando se presentan los trabajos intrínsecamente de temporada o porque se producen incrementos estacionales de tareas que se llevan a cabo de forma permanente a lo largo de todo el año. Se trata de actividades vinculadas a la agricultura, a la transformación agroindustrial de los productos agrarios, a los ciclos comerciales estacionales y al turismo. Si bien es cierto que la evolución tecnológica puede desestacionalizar los procesos de transformación industrial, ello no afectaría a las tareas propias de los sectores primario y terciario, donde principalmente se originan los trabajos dependientes de los ciclos estacionales de actividad. Ello es así porque estas actividades se producen como consecuencia de las condiciones ambientales y climatológicas que concurren en las diferentes partes de la geografía nacional y, por ello mismo, resulta imposible su deslocalización.

Las actividades laborales estacionales o de temporada han estado siempre presentes en la realidad económica de nuestro país e, inclusive, su importancia cuantitativa se ha incrementado como consecuencia de la gran crisis económica o recesión sufrida a partir de 2008, por cuanto han sido precisamente este tipo de actividades las que han subsistido en mayor medida, especialmente las vinculadas al ocio y turismo. Tan es así, que se han adoptado “Medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística” (DAd. 89ª Ley 48/2015, de 29 octubre, de PGE 2016); es decir, medidas que consisten en la reducción de las cuotas empresariales a la seguridad social para estimular la prolongación de las actividades generadas en este yacimiento de empleo.

La construcción de una modalidad contractual específica para regir el trabajo estacional de reiteración permanente tiene su origen en las normas de tipo profesional y evolucionó en paralelo al reconocimiento del principio de causalidad en la contratación temporal. En las bases de trabajo adoptadas por los Jurados Mixtos se reconoció a los trabajadores ocupados en este tipo de trabajos un derecho preferente para ser contratados cada vez que se reiterara la necesidad de trabajo¹. En las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944 no se hacía mención específica al trabajo estacional, sino que fueron las Reglamentaciones y Ordenanzas las que recogiendo la experiencia de las anteriores bases y las costumbres profesionales, evolucionaron hasta reconocer a los trabajadores ocupados en estos trabajos la condición de fijos con el consiguiente derecho a ser llamados en las sucesivas campañas; es decir, se configuró un derecho de mayor contenido que las anteriores preferencias de empleo. La LRL de 1976 estableció el principio de causalidad en materia de contratación temporal (art. 15), y consecuentemente reconoció a los trabajadores ocupados en tareas de reiteración estacional la condición de fijos de trabajos discontinuos (art. 16.Uno)², con derecho a ser llamados por rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad, pudiendo instar el trabajador el procedimiento de despido en caso de incumplimiento (art. 16.Dos).

El texto del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980 fue muy confuso en esta materia; así, de un lado entre los supuestos en que se justificaba el recurso al contrato eventual se hacía referencia a “razones de temporada” (art. 15.1.b) y, de otro, en el elenco de supuestos objetivos en que se permitía la contratación temporal causal se incluían los trabajos fijos y periódicos de

¹ GARCÍA ORTEGA; J. “El contrato fijo-discontinuo”, en AA.VV. GARCÍA NINET; J.I. (Dir.) *La contratación temporal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 330.

² “Cuando se trate de trabajos fijos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo, los trabajadores que realicen tal actividad deberán ser llamados cada vez que vaya a realizarse y tendrán la consideración, a efectos laborales, de fijos de trabajos discontinuos”.

carácter discontinuo (art. 15.1.e)³. La Ley 32/1984 depuró el régimen jurídico del contrato para realizar trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo, como modalidad contractual específica de duración indefinida (art. 15.6 ET)⁴. Se trata de una regulación técnicamente bien delimitada, que contiene los rasgos característicos que caracterizan los trabajos o actividades que constituyen su referente objetivo: es un contrato por tiempo indefinido aunque no se presten servicios todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborables y los trabajos deben ser fijos, periódicos y discontinuos. El art. 15.6 ET fue objeto de desarrollo reglamentario mediante los arts. 11 a 14 del RD 2104/1984, de 21 de noviembre, que en su título denomina a esta modalidad contractual “contrato e trabajadores fijos discontinuos”, remitía a la negociación colectiva la posibilidad de complementar aspectos relevantes, como las preferencias para que los trabajadores fijos discontinuos accedieran a la condición de fijos de prestaciones continuas o las condiciones de convocatoria o llamamiento. Regulaba, asimismo, otras cuestiones como la obligación de pedir autorización administrativa para no reanudar los trabajos de temporada o suspenderlos durante la misma.

El contrato fijo-discontinuo perdió la autonomía como modalidad específica por consecuencia de la derogación del art. 15.6 ET llevada a cabo por el RDL 18/1993, de 3 de diciembre, que lo incluyó como una subespecie de contrato a tiempo parcial (art.4.2.2º RDL 18/1993)⁵ y se apuntaba un distinto régimen jurídico para los trabajos fijos discontinuos que, por depender de factores estacionales, no se repitan en fechas ciertas. Este RDL fue una norma experimental que se promulgó con la declarada finalidad de “convertir el trabajo a tiempo parcial, tal como ocurre en los países de nuestro entorno, en factor que favorezca el incremento de las tasas de ocupación, al permitir, mediante el cómputo anual de la jornada, adaptar los sistemas de organización del trabajo de las empresas a las necesidades productivas...” (E. de M.); pero fue poco meditada en relación con el contrato fijo-discontinuo, en cuanto supuso una ruptura con la regulación que había sido el fruto de una larga evolución histórica y bien próxima a la realidad social, donde se originaron los usos y costumbres que recogió el tipo contractual legal. Además, el nuevo encaje en el contrato a tiempo parcial necesitó de ulteriores retoques, perfilando mejor la diferenciación entre trabajos fijos periódicos y fijos discontinuos (art. 12.3 redactado por el art. 1. Tres de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, que recoge el contenido del RDL 8/1997, de 16 de mayo).

Posteriormente, el RDL 5/2001, de 2 marzo (que seguidamente fue tramitado como ley, la 12/2001), vuelve a incidir sobre el contrato a tiempo parcial, constatando que no se alcanzado plenamente todas las posibilidades de desarrollo del mismo. La nueva resistematización dejó los trabajos fijos periódicos como subespecie del tiempo parcial (art. 12.3 ET) y al contrato fijo-discontinuo, o fijos discontinuos *stricto sensu*⁶, lo ubica en el art. 15.8 ET, que supuso una parcial vuelta a los orígenes⁷ como modalidad específica y diferente del tiempo parcial, pero que no recuperó plenamente el régimen jurídico anterior, en especial en cuanto a los rasgos caracteri-

³ “Cuando se trate de trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo. Los trabajadores que realicen tal actividad deberán ser llamados cada vez que vaya a realizarse y tendrán la consideración, a efectos laborales, de fijos de trabajos discontinuos”.

⁴ “El contrato de trabajo se entiende celebrado por tiempo indefinido aunque no se presten servicios todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborables con carácter general, cuando se trate de realizar trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo.

Los trabajadores que realicen tal actividad deberán ser llamados cada vez que la misma se lleve a cabo y tendrán la consideración de trabajadores fijos de trabajos discontinuos.

El llamamiento a que se refiere el párrafo anterior deber hacerse por rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad y, en caso de incumplimiento, el trabajador podrá reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente iniciándose el plazo para ello desde el día que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria”.

⁵ Cfr. PEDRAJAS MORENO, A. “Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo”, RL I/1994, p. 404 y ss.

⁶ GOERLICH PESET, J. M. “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿El final de una larga discusión?”, TL núm. 61/2001, p. 128.

⁷ GORELLI HERNANDEZ, L. “El contrato fijo discontinuo”, en AA.VV. *Modalidades del contrato de trabajo*. Tecnos, Madrid, 2003. p. 283.

zadores del contrato y, especialmente, en materia de derecho de llamamiento. Finalmente, el nuevo Texto Refundido del ET, aprobado por RDLeg. 2/2015, de 23 octubre, ha reubicado en el art. 16 el texto del anterior art. 15.8 ET, dedicado ahora exclusivamente al contrato fijo-discontinuo, más en consonancia con la incidencia social de esta modalidad contractual. El art. 16 ET queda comprendido en la sección 1ª del Cap. II del Tit. I, sobre la duración del contrato.

El régimen jurídico del contrato para la realización de trabajos permanentes de reiteración estacional se ha ido adaptando a las circunstancias cambiantes de cada periodo histórico. En concreto, el contrato fijo-discontinuo como contrato de duración indefinida se construyó en paralelo al principio de estabilidad en el empleo y, consecuentemente, a partir de una concepción restrictiva de la contratación temporal, que se limitaba a unos supuestos concretos sobre la base de su justificación objetiva. En las Ordenanzas Laborales y Convenios Colectivos se establecían normas complementarias para hacer efectiva la ordenación de los trabajadores por categorías o especialidades, para general conocimiento y garantía de respeto al orden de llamamiento. El reconocimiento legal por la LRL supuso la culminación de su evolución, pero esta norma postfranquista no suponía una garantía de permanencia de la regulación. En efecto, el entramado normativo sobre el contrato por tiempo indefinido para trabajos estacionales o contrato fijo-discontinuo devino políticamente incorrecto, tanto por sus raíces históricas como por razones estéticas derivadas de unos formalismos (censos, escalafones...) que recordaban tiempos pretéritos, en una época en que primaba a ultranza la modernidad, por lo que se suprimió de un plumazo (RDL 18/1993). Así las cosas, la parcela de la realidad social que el mismo regulaba se encajó sin miramientos en el contrato a tiempo parcial, modalidad contractual que pasó a ser el estandarte de la actualizada e innovadora regulación; y ello pese a todas las dificultades de aclimatación que se habían presentado, confiando en la dilatada aplicación de este tipo de vinculación contractual en otros Estados europeos. Pero, por más que se pretendiera considerar los trabajos fijos discontinuos como tiempo parcial en cómputo anual, era evidente que no constituían una prestación de servicios inferior en un determinado porcentaje respecto de un trabajador a tiempo completo comparable, sino que "son en sí mismos tiempos completos de actividad"⁸ y que se había incurrido en un error. Por ello, a partir de 2001 esta modalidad contractual recuperó su autonomía, aunque el trabajo estacional denominado fijo periódico continúa desde entonces encuadrado en el ámbito del contrato a tiempo parcial.

A grandes rasgos he descrito anteriormente las vicisitudes que ha ido superando el contrato fijo discontinuo en las sucesivas reformas legislativas. En la actualidad, pese a la reconsideración legislativa, considero que el régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo ha de abordar unos retos en aras a la transparencia de los contratos de trabajo, en materias tales como una más precisa delimitación técnica del tipo contractual que, en mi opinión, aconsejaría unificar en una sola modalidad todo el trabajo estacional, así como el establecimiento de un criterio legal que discipline el orden de llamamiento en defecto de convenio colectivo; de otro lado, la norma legal precisa de desarrollo reglamentario que concrete aspectos esenciales como el deslinde frente a otras modalidades contractuales y la problemática relativa a la consolidación de los incrementos estacionales de actividad, las preferencias de ocupación para actividades temporales intercampañas, o los supuestos en que debe ser preceptiva la suspensión colectiva de contratos por falta de llamamiento; en materia de Seguridad Social se trata de establecer cautelas para que la diferente protección otorgada, especialmente en caso de desempleo, no produzca un efecto llamada que distorsione el ámbito aplicativo del contrato fijo discontinuo.

2. SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL TIPO CONTRACTUAL

La redacción actual de los arts. 12.3 y 16.1 ET hacen una tajante diferenciación del trabajo estacional, entre trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa, que quedan encuadrados en el ámbito del contrato a tiempo parcial, y los trabajos que

⁸ GARCÍA ORTEGA, J. "El contrato fijo-discontinuo", op. Cit. p. 335; en el mismo sentido, YANINI BAEZA, J. La contratación para trabajos fijos discontinuos. Mc Grau-Hill, Madrid, 1997, p. 33.

tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, que constituyen el objeto del contrato fijo-discontinuo. En mi opinión, tal distinción es artificiosa, irrelevante, y carente de utilidad práctica. Sustancialmente son trabajos de la misma naturaleza, es decir, trabajos de reiteración cíclica con independencia de que el funcionamiento de la empresa sea continuo o discontinuo; tan es así que el legislador ha asimilado ambos conceptos a efectos de protección por desempleo (vid. art. 267.1.d) LGSS) y a los trabajadores los fijos discontinuos se les aplican las mismas reglas que a los trabajadores a tiempo parcial en materia de protección social (art. 245.2 LGSS). Por ello, considero que debería recuperarse un régimen jurídico unitario porque se trata de contratos que tienen por objeto trabajos de la misma naturaleza, de reiteración estacional.

Ambos tipos de trabajos estacionales presentan unos rasgos comunes, a saber, no requieren prestación de servicios todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborables con carácter general y son trabajos fijos.

En caso del contrato para realizar trabajos fijos periódicos, su configuración como tiempo parcial es forzada y no puede tener otro módulo referencia que el número de horas anuales de trabajo⁹. Pero cada ciclo consolidado de actividad integra el volumen normal de actividad de la empresa, de forma que la prestación de servicios en el mismo constituye un específico ciclo completo de actividad, sin posibilidad de establecer comparación con otros trabajadores porque no realizan una prestación inferior a la de ningún trabajador a tiempo completo comparable. Además, no se trata de una inferior prestación de servicios que tenga su origen en un acuerdo de voluntades, sino por condicionantes objetivos de la actividad laboral.

En cuanto al contrato fijo discontinuo, tiene por objeto trabajos estacionales de reiteración en ciclos de actividad, que necesariamente han de ser de duración inferior al año, lo cual excluye de su ámbito tanto las actividades que se presten de forma continua e ininterrumpida en largos periodos temporales (STS de 1 octubre 2013, rec. 3048/2012) o aquellos supuestos en que el trabajador presta servicios en campañas que se suceden sin solución de continuidad a lo largo de todos los días laborables del año, aunque los trabajos sucesivos sean los propios de la campaña (SSTS de 15 julio 2010, rec. 2207/2009 y de 29 junio 2010, rec. 3839/2009, que ponen en cuestión la doctrina sentada por la STS de 8 julio 1991, según la cual la transformación del contrato en ese caso solo se produciría cuando el trabajador realizara tareas que no fueran propias de las sucesivas campañas).

Ambas subespecies de contrato de duración indefinida para realizar trabajos estacionales, el trabajo es “fijo”, “periódico” en un caso y “discontinuo” en el otro. En este sentido, por fijo cabe entender de naturaleza estable, permanente, constante o habitual; es exponente de un volumen normal y consolidado de actividad. La periodicidad predicada de estos trabajos hace referencia a su reiteración cíclica regular, a una secuencia no aleatoria. Finalmente, la discontinuidad significa intermitencia pero sin referencia a su regularidad, irregularidad o aleatoriedad¹⁰.

En consecuencia, trabajos fijos y periódicos son aquellos que se reiteran permanentemente obedeciendo a una secuencia absolutamente regular. A estos efectos, resulta indiferente cuál sea el funcionamiento de la empresa, que puede ser permanente o sometido a interrupciones. Como consecuencia de la regularidad y certeza en el conocimiento de las fechas, puede esta-

⁹ Una consecuencia de su calificación como tiempo parcial ha sido la imposibilidad de acceder a la jubilación parcial anticipada (art. 215.2 TRLGSS), reservada a los trabajadores a tiempo completo (STS de 25 junio 2012, rec. 2881/2011, relativa a un trabajador fijo discontinuo en periodos ciertos de actividad).

¹⁰ Vid. GARCIA ORTEGA, J. Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos. J. M. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 67-68; GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, Y. El contrato a tiempo parcial. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 282.

blecerse previamente con exactitud las fechas de comienzo y finalización de los mismos. Pero la certeza solo se refiere a las fechas de reiteración, que no resolverá por sí misma las cuestiones relativas al llamamiento, que difícilmente puede ser simultáneo y total. Por lo demás, estas actividades no son frecuentes en nuestra realidad económica; se trata de trabajos conexos o dependientes de otras actividades principales sometidas a fechas concretas (como es el caso de la enseñanza: transporte, comedores y limpieza de centros escolares). La determinación de los períodos de ejecución de este tipo de singulares trabajos debe concretarse mediante el contrato individual de trabajo, porque es consustancial a los mismos la regularidad que hará innecesario establecer un orden de llamamiento.

De otro lado, los trabajos fijos discontinuos, frente a los anteriores, son aquellos que presentan intermitencias. El criterio delimitador frente a los trabajos anteriormente comentados radica en la menor regularidad o precisión en las fechas de su reiteración ya que la norma señala como consustancial a los mismos que no se repitan en fechas ciertas. Es más, si los trabajos fijos discontinuos se reiteran en fechas ciertas pasan a estar regidos por la otra submodalidad, la de fijos periódicos (art. 12.3 ET); formalmente, son los únicos trabajos fijos periódicos y discontinuos según la norma actualmente vigente. Es decir, aparentemente está ausente el rasgo de periodicidad en caso del contrato fijo-discontinuo (art. 16 ET), de forma que incluiría en su ámbito regulador incluso a los trabajos de reiteración aleatoria. No obstante, el rasgo de la periodicidad debe entenderse implícito de todos modos desde el momento en que se requiere que tales trabajos se repitan y, además, de forma no aleatoria, sino en fechas aproximadas, similares, aunque pueda haber cierta variación entre años sucesivos. Ello, por lo demás, es propio de las actividades vinculadas a los cambios estacionales y variabilidad se ha ido incrementando como consecuencia del cambio climático.

A la vista de lo expuesto cabe concluir que la subdivisión de los trabajos estacionales permanentes en fijos periódicos y fijos discontinuos, carece de sentido porque a estos efectos, son trabajos de la misma naturaleza: de reiteración cíclica, ya se presenten en empresas de temporada o en empresas de funcionamiento continuo.

Como antes se indicó, la figura del fijo periódico es una creación del legislador, de escaso consumo en la práctica, porque principalmente las actividades estacionales son de reiteración en fechas aproximadas, dependiendo de la climatología de cada año. Su supresión como variedad del contrato a tiempo parcial sería aconsejable para evitar prácticas fraudulentas en materia de protección por desempleo. En efecto, la actual TRLGSS equipara parcialmente los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos a efectos de cotización, cómputo de los períodos de cotización y base reguladora de las prestaciones (art. 245.2 LGSS). Pero no se produce la misma equiparación en materia de desempleo, porque se protege a los trabajadores fijos periódicos y fijos discontinuos en los períodos de inactividad (art. 267.1.d) LGSS), en los que técnicamente no hay pérdida de empleo, pero esta protección no alcanza a los trabajadores con un contrato a tiempo parcial común. Por eso, en la casuística abordada por la jurisprudencia se puede observar una práctica fraudulenta consistente en novar los contratos por tiempo indefinido a tiempo parcial en fijos discontinuos¹¹, o contratos por tiempo indefinido a tiempo completo en contrato fijo periódico¹², con la finalidad de causar derecho a las prestaciones por desempleo.

3. EL DERECHO DE LLAMAMIENTO

Las sucesivas fases de la evolución histórica en la regulación del contrato para los trabajadores de temporada culminaron con su consideración como fijos, cuando las actividades fueran

¹¹ Vid. FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J. J. "Novación del contrato indefinido a tiempo parcial en fijo discontinuo y protección por desempleo", en AA.VV. *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*. Murcia, Laborum, 2015, p. 627 y ss.

¹² Vid. Auto TS de 9 febrero 2016, rec. 3609/2014.

permanentes. Y para hacer efectiva la estabilidad en el empleo fue preciso configurar un derecho de llamamiento al inicio de cada campaña, que pusiera fin a la interrupción del contrato y restableciera plenamente el derecho a la ejecución de las prestaciones básicas. El empresario venía obligado a reanudar las actividades con la consiguiente obligación de llamamiento, de la que sólo podía eximirse acudiendo a las vías comunes de suspensión del contrato de trabajo, en este caso por no reiniciar las actividades.

El derecho de llamamiento se construyó como un mecanismo de protección más intensa que las preferencias de empleo o de recolocación que las normas sectoriales habían regulado a favor de los trabajadores eventuales ocupados en trabajos de temporada, de forma que se configuró como un derecho pleno, actual y no condicional¹³ que comprendía a todo tipo de trabajadores fijos discontinuos para la ejecución de las actividades permanentes que hubieran motivado la contratación¹⁴. Del lado empresarial, el deber de llamamiento se configura como una obligación de hacer manifestación específica del genérico deber de proporcionar ocupación efectiva a los trabajadores.

El vigente art. 16.2 ET establece el derecho de llamamiento, en la forma y orden que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria. No solo se asimila a despido el incumplimiento del orden y la forma de llamamiento, sino también propio del deber de llamar¹⁵. Hay por tanto un ineludible deber legal empresarial de llamamiento, aunque debe revitalizarse su alcance; no puede desconocerse que la doctrina de suplicación ha sido extraordinariamente flexible, según la cual el empresario no está obligado a llamar a todos los trabajadores fijos discontinuos sino a reanudar las actividades e ir llamando siguiendo el orden establecido conforme se vayan incrementando las necesidades de trabajo, de forma que en este caso el no llamamiento de aquellos trabajadores cuyos servicios no fueran necesarios no precisaría tramitar un procedimiento de suspensión colectiva de los contratos¹⁶. Esta doctrina judicial también tiene acogida en la doctrina científica, que sostiene que los trabajadores fijos discontinuos son inestables y solo hay obligación de llamarlos cuando eventualmente hay necesidad de trabajo, asumiendo los propios trabajadores las consecuencias de la falta del mismo, de forma que los que no fueran llamados prolongan la situación de interrupción del contrato, sin obligación empresarial de tramitar un procedimiento de suspensión de contratos; tan solo habría obligación de tramitar un procedimiento de despido colectivo cuando se pretendiera el cierre definitivo de la empresa.¹⁷ En fin, discrepo de esta extremadamente flexible solución por el desequilibrio contractual que significa, que tuvo su origen en el hecho consistente que el RD 2104/84 no imponía en este supuesto la obligación de suspender sus contratos, que yo creo que derivaría en todo caso del art. 47 ET.

La norma legal vigente en esta materia (art. 16.2 ET) ha rehusado fijar un criterio que discipline los aspectos procedimentales del ejercicio del derecho de llamamiento. En virtud de la remisión legal a los convenios colectivos para fijar el orden y la forma de llamamiento, las precisiones sectoriales completarán y se integrarán en el tipo legal, asimilándose su incumpli-

¹³ Vid. GARCIA ORTEGA, J. *Las relaciones laboral y de Seguridad Social...* op.cit., pp. 213-214.

¹⁴ Vid. MARTINEZ ABASCAL, A. V. "El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico". REDT, 36/1988, pág. 594.

¹⁵ MARTÍNEZ ABASCAL, A. V. "Los trabajadores fijos y periódicos y trabajadores fijos discontinuos" en AA.VV. *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 155.

¹⁶ Vid. Como exponente de esta línea jurisprudencial la STSJ Comunidad Valenciana de 19 de julio de 1996, Ar. 2696, STSJ Andalucía/Granada de 11 octubre 2011, rec. 2040/2011, etc. La causa, en estos casos, es la disminución de actividad frente a campañas anteriores: caída del consumo, etc. Por todas, STSJ Andalucía/Granada de 28 octubre 2013, rec. 1876/2013.

¹⁷ GOERLICH PESET, J. M. "Trabajadores fijos y periódicos...", op. Cit., p.143.

miento a despido. En este sentido, el tradicional criterio legal de ordenación, según la antigüedad en cada especialidad, por su carácter objetivo es seguido todavía mayoritariamente por los convenios, aunque en otros casos se establecen criterios como aptitud, asiduidad, dedicación, responsabilidad, interés, polivalencia, etc.¹⁸. Se ha señalado que en el convenio colectivo puede adoptarse cualquier criterio con el único límite de la discriminación¹⁹; yo por mi parte creo que cuando la ley remite a que se fije un orden de llamamiento no permite fijar criterios que se aparten de la más pura objetividad, de forma que sin necesidad de valoraciones subjetivas (¿cómo se controla la prelación si se fija como criterio el interés?) todos los implicados tengan certeza del lugar que ocupan y cuando les corresponde la reincorporación. Es decir, el criterio de ordenación del llamamiento debe garantizar la objetividad y conocimiento previo por parte de los interesados, que les permita conocer su derecho y reaccionar frente a un posible despido; en este sentido, la jurisprudencia ha rechazado que el convenio pueda situar en el ámbito del libre poder de dirección del empresario el orden a seguir²⁰. Porque ordenar el llamamiento en base a un criterio que permita la subjetividad es tanto como dejar en manos de su intérprete la efectividad del derecho al trabajo, lo que en última instancia permite la arbitrariedad y da un poder efectivo al empresario desproporcionado. Por eso me parece lamentable que se haya abandonado el tradicional criterio normativo que ordenaba el llamamiento sobre dato tan objetivo y públicamente controlable como es la antigüedad, sin desconocer que en casos concretos, atendiendo las circunstancias concurrentes en una actividad productiva puede haber otros criterios más razonables²¹. Una vez concretado en convenio colectivo un orden de llamamiento, el empresario debe llamar en todo caso al trabajador cuando le corresponda en aplicación del mismo, sin que sea óbice para ello que éste se encuentre prestando servicios para otra empresa, pues ello no es un hecho concluyente para estimar que el trabajador desiste de la relación establecida, debe igualmente llamar a los trabajadores que se encontrasen en situación de incapacidad temporal y asumir desde ese momento sus obligaciones de cotización y colaboración con la Seguridad Social²².

En cuanto a la forma de llamamiento, no hay ningún tipo de regulación legal precedente; al contrario, el RD 2104/84 se remitía también a la negociación colectiva. El llamamiento puede realizarse por cualquier medio que haga llegar al trabajador destinatario el conocimiento sobre la fecha de su reincorporación. Por lo demás, sobre este aspecto es frecuente la existencia de costumbres locales y profesionales.

Parece conveniente que la ley remita al convenio colectivo la facultad de concretar un criterio que discipline en cada sector el orden de llamamiento; pero, bien al contrario, resulta criticable la absoluta deslegalización, la ausencia de criterio legal con carácter subsidiario para el caso de ausencia de pacto en convenio o de nulidad del criterio colectivamente acordado. En distintas ocasiones he insistido en que esta cuestión me parece capital; pero también se ha sostenido que mi propuesta de recuperar la antigüedad como criterio legal subsidiario no viene justificada por la existencia de problemas prácticos al respecto, porque en el hipotético caso de que hubiera vacío normativo sobre esta materia, los problemas serían fácilmente solventados por medio al recurso a fuentes supletorias como la costumbre, que a buen seguro conduciría a aplicar el criterio de la antigüedad²³. Pero el problema es real, y en caso de silencio del convenio colectivo sobre el orden de llamamiento, y ausencia de costumbre probada en la materia, la jurisprudencia ha concluido que la remisión hecha al convenio no queda circunscrita a un determinado tipo de

¹⁸ vid. LOPEZ GANDIA, J. *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 74-75.

¹⁹ ORTIZ LALLANA, M. C. "Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial". RL 15-16/1998, pág. 110.

²⁰ STS de 7 marzo 2003, rec. 36/2002.

²¹ Por ejemplo, agrupar a los trabajadores, a estos efectos, por razón del medio de transporte a utilizar, o por su lugar de residencia STSJ Murcia de 30 junio 2009, rec. 2/2009.

²² STS de 14 julio 2016, rec. 3254/2015.

²³ GOERLICH PESET, J. M. "Trabajadores fijos y periódicos...", op. Cit., p. 142.

convenio, y en caso de que el mismo no contuviera criterios para la fijación del orden de llamamiento, la remisión debe entenderse referida a cualquier instrumento negocial que fuera utilizado por los sujetos legitimados; en el caso concreto el instrumento fue mediante un acuerdo de la comisión paritaria²⁴, y no parece esta una materia de administración del convenio. Aunque la solución del caso concreto resulta razonable, para que la cuestión no se resolviera mediante una decisión unilateral del empresario, se pone de manifiesto la necesidad de evitar el vacío normativo en un aspecto esencial del régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo.

4. DESARROLLO REGLAMENTARIO

Sería conveniente que el art. 16 ET fuera objeto de desarrollo reglamentario que concrete algunos aspectos clave del régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo, en materias como las que siguen.

Debería especificarse en qué supuestos debe el empresario suspender los contratos siguiendo el procedimiento del art. 47 ET en caso de terminación anticipada de actividades, apertura retrasada, no reapertura, etc. En relación con el alcance del deber de llamamiento y actuación empresarial respecto a los trabajadores no llamados, la jurisprudencia aplicativa del RD 2104/1984 venía interpretando que el empresario viene obligado a reanudar las actividades cíclicas consolidadas e ir llamando a los trabajadores siguiendo el orden establecido conforme se fuera incrementando las necesidades de trabajo. En caso de no reapertura o cese total anticipado, el empresario precisaba tramitar un procedimiento de suspensión colectiva de los contratos de trabajo. No obstante, en caso de reapertura y llamamiento ordenado, es decir, sin preterición de ningún trabajador, tal jurisprudencia viene excluyendo la necesidad de suspender los contratos de aquellos trabajadores no llamados porque las necesidades del trabajo no hacen preciso su llamamiento. Tal interpretación ultraflexible no es acorde a la naturaleza del vínculo contractual y supone la pervivencia de una dudosa doctrina judicial interpretativa del art. 13 del RD 2104/1984 tal como antes se indicó; en mi opinión debería especificarse que también en ese caso de debe ser preceptiva la suspensión de contratos siguiendo el procedimiento del art. 47 ET.

El reglamento de desarrollo debería regular otras materias, cuando menos con carácter subsidiario en defecto de convenio colectivo, tales como las preferencias de empleo para la realización de trabajos en el periodo intercampañas y para ser contratados como trabajadores fijos de prestaciones continuas.

Con carácter general, al margen del desarrollo reglamentario, en la normativa sobre incentivos a la contratación deberían normalizarse los estímulos a la prolongación de la temporada en los sectores de turismo, comercio y hostelería.

5. RETO APLICATIVO

En la práctica, es una cuestión recurrente la determinación del momento en que ha de concertarse el contrato fijo discontinuo. Es decir, si debe formalizarse directamente este contrato o si cabe condicionar la adquisición de la condición de fijo discontinuo al hecho de haber ocupado el mismo puesto durante una serie de campañas previas. En este sentido, la relación de trabajo de duración indefinida y prestaciones discontinuas puede concertarse por acuerdo expreso entre las partes que así califiquen el vínculo constituido en el momento de concertar el contrato, aunque tal calificación sólo será válida si el trabajo para el que se concierta es realmente de dicha naturaleza. Según la jurisprudencia, la fijeza discontinua deriva directa e inmediatamente no de la calificación de las partes, sino de la índole de la tarea asumida. La correspondencia entre la naturaleza del trabajo y del contrato sólo puede romperse mediante la utilización de contratos temporales de fomento del empleo y los formativos.

²⁴ STS de 19 enero 2016, rec. 1777/2014.

Pero, en no pocas ocasiones las partes no califican inicialmente su vinculación como fija discontinua aunque tal sea la naturaleza del trabajo encomendado, sino que formalmente la encuadran bajo otros tipos contractuales: obra o servicio o eventual, principalmente. En estos casos, indica la jurisprudencia que cuando haya habido contrataciones temporales sucesivas, el examen de los contratos no debe limitarse al último sino a la completa secuencia, de forma que un contrato temporal inválido por falta de causa o infracción de límites establecidos en su regulación propia con carácter necesario, constituye una relación laboral indefinida²⁵. Aplicando dicha doctrina, se ha declarado fraudulenta la contratación reiterada de trabajadores mediante contratos temporales estructurales para realizar trabajos fijos discontinuos, porque de tales actos se deduce la verdadera intención de las partes²⁶.

En ocasiones puede resultar más difícil discernir cuál sea el contrato procedente. Se trata especialmente de los casos de aumento extraordinario de actividad que inicialmente pueden justificar la utilización del contrato eventual. No obstante, si tal aumento se consolida pierde su carácter extraordinario y adquiere el de permanente, pasando así a formar parte de la actividad normal de la empresa. Por ello, los convenios colectivos propios de las actividades en que dichos trabajos son habituales, suelen establecer cláusulas determinando cuándo por su reiterada contratación como temporal el trabajador debe ser contratado como fijo discontinuo, que por lo general suele ser de dos temporadas. Pero, a idéntica conclusión debe llegarse aunque nada estipule el convenio colectivo, para lo cual “habrá que tomar una perspectiva de varios años”²⁷, para determinar si las contrataciones temporales responden a necesidades extraordinarias o permanentes. Calificada en estos casos la relación como indefinida, “sus efectos, incluidos el relativo a la antigüedad..., se producen desde el primer contrato” (STS de 25 de febrero de 1998). No obstante, las cláusulas convencionales que impongan la necesidad de haber prestado servicios en varias campañas anteriores, como requisito para concertar el contrato fijo discontinuo, son ilegales en los supuestos en que la actividad contratada es, desde un principio, claramente estacional cíclica y permanente²⁸.

²⁵ SSTs de 20 de febrero y 25 de marzo de 1997 y STS de 26 octubre 2006, rec. 3826/2015.

²⁶ STS de 30 mayo 2007, rec. 5315/2005; y STS de 11 abril 2006, rec. 22/2003 sobre la nulidad del convenio para grandes almacenes en cuanto somete al contrato para obra o servicio las contrataciones para los trabajos de las diversas campañas.

²⁷ STS de 25 de febrero de 1998, Ar. 2210.

²⁸ STS de 26 octubre 2016, rec. 3828/2015.