

ZONAS GRISES DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Raquel Poquet Catalá
Profesora colaboradora de la UOC
Profesora asociada de la UNIR

Abstract

En este trabajo se analizan los puntos más críticos del contrato de trabajo fijo discontinuo, especialmente, lo referente al llamamiento, esto es, la libertad de la que disponen los convenios colectivos para regular su régimen jurídico así como las consecuencias del no llamamiento. Asimismo, uno de sus aspectos más polémicos es el fraude de ley en el que se puede concurrir cuando se realizan otras modalidades de contratación temporal que, en realidad, encubren un verdadero contrato fijo discontinuo.

This work analyzes the most critical aspects of discontinuous fixed work contract, especially regarding the call, that is, the freedom that collective agreements have in order to regulate its legal status and the consequences of not calling. Also, one of the most controversial aspects is the fraud law that can appear when other modes of temporary contracts are realized when, in fact, conceal a real discontinuous fixed contract.

Title: Grey zones of the discontinuous fixed work contract

Palabras clave: fijo discontinuo, contrato eventual, contrato por obra o servicio determinado, llamamiento, trabajador por cuenta ajena.

Keywords: discontinuous fixed, temporary contract, determined work or service contract, call, worker

IUSLabor 3/2016, p. 1–23, ISSN 1699–2938.

Sumario

1. Introducción
2. Régimen jurídico
 - 2.1. Objeto
 - 2.2. Nacimiento
 - 2.3. Llamamiento
3. Delimitación con figuras afines
 - 3.1. Elementos configuradores del contrato eventual por circunstancias de la producción
 - 3.2. Elementos configuradores del contrato para obra o servicio determinado
 - 3.3. Delimitación con el contrato fijo discontinuo
4. Conclusión
5. Bibliografía

1. Introducción

Las peculiaridades que presenta el objeto del contrato por tiempo indefinido de los trabajadores fijos discontinuos, esto es, de aquellos trabajadores que son contratados para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, explican, con toda probabilidad, los vaivenes que históricamente ha sufrido la regulación de esta institución jurídica.

Así, en el ET de 1980 estuvo regulado en el artículo 15.6 dentro de los contratos de duración determinada, quedando definido como aquel contrato de trabajo que se concertaba *“aunque no se presten servicios todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborales con carácter general, cuando se trate de realizar trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo”*. Con posterioridad, el RDL 18/1993¹ derogó el artículo 15.6 ET, con lo que el contrato de trabajo fijo discontinuo dejó de ser una modalidad contractual autónoma, para configurarse como una variante del nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial, regulado en el artículo 12 ET. Con todo, esta reforma no afectó al concepto mismo de trabajo fijo discontinuo, resultado de una larga y laboriosa elaboración legal y jurisprudencial, que así hubo de mantenerse sustancialmente inalterado, bien que el funcionamiento de la figura tropezó con mayores dificultades, al tener que desenvolverse en un marco normativo más sucinto e impreciso, plagado de incertidumbres y deficiencias técnicas, que se convirtió en fuente de numerosas disfuncionalidades. A continuación, el RDL 15/1998² volvió a modificar el régimen jurídico, conteniéndose su regulación básicamente en el artículo 12 ET, si bien los cambios introducidos no afectaron a la regulación del trabajo fijo discontinuo. No obstante, la Ley 55/1999³ incorporó un nuevo párrafo al artículo 12.3, apartado b) del ET, permitiendo a los convenios colectivos sectoriales fijar, excepcionalmente y para los contratos de trabajos fijos discontinuos que no repitan en fechas ciertas un límite de jornada superior al 77 % cuando la actividad estacional del sector así lo justifique. El RDL 5/2001⁴ operó una parcial vuelta a los orígenes del trabajo fijo discontinuo al trasladar la regulación de una parte del trabajo fijo discontinuo al apartado 8 del artículo 15 ET, concretamente la constituida por el trabajo fijo discontinuo que no se repite de forma cierta, para variar sus fechas de inicio o duración, o la intensidad o volumen de la actividad que vuelve a

¹ De 3 de diciembre, de medidas urgentes para el fomento de la ocupación, luego convertido en la Ley 10/1994, de 19 de mayo.

² De 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad.

³ De 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁴ De 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

recuperar el estatus de modalidad contractual autónoma que perdió con la reforma laboral de 1993-1994⁵. Finalmente, con el ET de 2015 se vuelve a sacar del artículo 15 y se sitúa como figura autónoma en un artículo exclusivamente dedicado a él, esto es, el artículo 16 ET, diferenciándose, por un lado, aquel contrato fijo discontinuo para atender actividades fijas y periódicas que se suceden en ciclos de concreción temporal previsibles con fechas ciertas, lo cual sería un contrato a tiempo parcial de duración indefinida regulado en el artículo 12.3 ET, y por otro lado, el contrato fijo discontinuo propiamente, para atender actividades que no se repiten en fechas ciertas.

No obstante, esta difícil evolución legislativa no ha ido acompañada de forma paralela de la resolución de todas las dudas interpretativas que se han ido suscitando en torno al régimen jurídico de este contrato de trabajo fijo discontinuo. De ahí, la importancia de la doctrina científica, judicial y jurisprudencial recaída al respecto.

2. Régimen jurídico

2.1. Objeto

El ordenamiento laboral diferencia, por un lado, los trabajadores fijos discontinuos que se repiten en fechas ciertas, los cuales se rigen por la modalidad de contrato a tiempo parcial regulado en el artículo 12.3 ET, y por otro lado, los que no se repiten en fechas ciertas, los cuales cuentan con una regulación propia y separada en el artículo 16 ET, desapareciendo así el trabajo fijo discontinuo como supuesto de contrato a tiempo parcial, de tal forma que *“si lo que trata de cubrirse por las convocatorias anuales es una necesidad cíclica, periódica y permanente, a intervalos temporales separados, pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad (...), no puede hablarse sino de trabajos fijos-discontinuos”*⁶.

El propio concepto legal de fijo discontinuo determina en gran medida la precariedad de la relación debido a que la determinación del período de actividad esté rodeada de incertidumbre⁷, pues la dinámica del propio mercado laboral hace prácticamente imposible precisar esa diferencia y va a ser la existencia de los tiempos de inactividad la que comunica o relaciona al trabajo fijo-discontinuo con el trabajo a tiempo parcial. En consecuencia, en muchas ocasiones puede ser inviable la predeterminación de cuándo se va a iniciar una actividad y cuál va a ser su intensidad, y si ello fuere factible, se puede alterar con relativa facilidad.

⁵ STSJ Castilla y León, de 18 de marzo de 2004, rec. núm. 53/2004.

⁶ STSJ Galicia, de 25 de noviembre de 2005, rec. núm. 5003/2005.

⁷ VALVERDE ASECIO, A., *La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. p. 99.

2.2. Nacimiento

El artículo 16.4 ET establece que *“los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen (...) los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos”*.

Consecuentemente, algunos convenios colectivos⁸ contienen cláusulas que determinan el número de campañas o llamamientos a partir de las cuales el trabajador temporal o eventual adquiere la condición de fijo-discontinuo.

Aunque cabría pensar que, por ello, en realidad, el trabajador fijo-discontinuo no “nace”, sino que “se hace”, lo cierto es que tales previsiones convencionales no son sino el reflejo de la dificultad práctica que se plantea, en especial, a la hora de distinguir el contrato de trabajo eventual y el contrato-fijo discontinuo, dificultad que ha sido expresamente tratada por la jurisprudencia, como luego se analizará. No obstante, cabe adelantar que, según la misma⁹, en la delimitación entre los trabajos susceptibles de ser atendidos con un contrato eventual o de obra o servicio determinado y los que deben cubrirse con un contrato indefinido, prima la reiteración de la necesidad de trabajo en el tiempo, aunque lo sea por período limitado. De esta forma, la contratación temporal procede cuando la necesidad de trabajo es coyuntural, imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular, mientras que cuando se produce una necesidad de trabajo intermitente o cíclica en intervalos separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, el contrato a formalizar debe ser el indefinido, para realizar trabajos fijos y periódicos (artículo 12.3 ET) o de carácter discontinuo (artículo 16.1 ET), según que dichos trabajos se repitan o no en fechas ciertas.

⁸ Artículo 15 Convenio colectivo de la industria del calzado para los años 2016, 2017 y 2018, Resol. de 19 de julio de 2016; artículo 12 Convenio colectivo de la industria azucarera para el período 2015-2016, Resol. 12 de septiembre de 2015; artículo 10 Convenio colectivo de las industrias del frío industrial, Resol. de 3 de mayo de 2016; artículo 32 Convenio colectivo estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, Resol. de 14 de julio de 2015; artículo 12 Convenio colectivo estatal de perfumería y afines, Resol. de 28 de diciembre de 2015; Artículo 13 XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 3 de agosto de 2015; Artículo 2 Convenio colectivo estatal para las industrias de turrónes y mazapanes, Resol. de 30 de septiembre de 2015; Artículo 19 Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, Resol. de 7 de agosto de 2015; Artículo 23 Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, Resol. de 20 de julio de 2015; Artículo 25 Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería 2016-2018, Resol. de 16 de julio de 2016.

⁹ SSTs de 11 de abril de 2006, rec. núm. 22/2003; de 8 de noviembre de 2005, rec. núm. 3779/2004; de 26 de noviembre de 2004, rec. núm. 5031/2003; de 17 de septiembre de 2004, rec. núm. 4671/2003; de 4 de mayo de 2004, rec. núm. 4326/2003; de 5 de julio de 1999, rec. núm. 2958/1998.

El problema es que esta distinción no resuelve los supuestos en que la necesidad extraordinaria de trabajo, que inicialmente sería esporádica o imprevisible, surge respecto al incremento de trabajo propio de la estación o temporada y luego se perpetúa¹⁰. En estos casos, no “nace” desde el inicio un contrato fijo discontinuo, porque no se trata de atender el incremento fijo de la temporada, previsible y reiterado, sino de hacer frente a un “exceso” imprevisible o extraordinario sobre lo que es normal en la temporada que perfectamente puede constituir el objeto de un contrato eventual. Ahora bien, si ese exceso se reitera en temporadas consecutivas, convirtiéndose en permanente, habrá que admitir que se está ante una necesidad intermitente pero redundante propia del contrato fijo discontinuo, que en este caso se “hace”. La dificultad que presenta la determinación exacta de ese momento explica la llamada a la negociación colectiva cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, para la conversión de contratos temporales en fijos discontinuos.

De hecho, en relación con estas previsiones convencionales, el Tribunal Supremo ha señalado que estas cláusulas no lesionan los derechos de quienes “*por la continuidad cíclica en su prestación de servicios, por la identidad de las tareas efectuadas en cada ciclo y por concurrir, en suma, las demás circunstancias requeridas, reunieran las condiciones que impone la legalidad vigente para alcanzar reconocimiento de fijeza discontinua*”¹¹. Es decir, estos pactos no pueden perjudicar los derechos indisponibles de los trabajadores “*en orden a obtener, con la retroacción correspondiente, el reconocimiento del carácter o condición de fijos discontinuos*”. Los destinatarios son aquellos trabajadores cuyas circunstancias concurrentes no revisten claridad suficiente, en orden a corresponderles la fijeza discontinua. Así, la negociación colectiva persigue “*pacificar y clarificar su situación, a través de un reconocimiento ex nunc de la fijeza discontinua*”¹², sin mermar derechos de quien, gozando individualmente de los requisitos exigidos para alcanzar la condición de fijo discontinuo, pudiera lograr su reconocimiento con eficacia ex tunc. Por eso, no cabe entender que estos acuerdos consagren renunciaciones individuales de derechos, como tampoco renuncia colectiva de los mismos, sino “*acuerdos transaccionales, que pacifican situaciones conflictivas*”.

Por tanto, pueden diferenciarse dos situaciones. En primer lugar, aquélla en la que aunque, en principio, la reiteración de contratos eventuales no supone automáticamente la conversión del contrato en fijo discontinuo, sin embargo, es posible que la necesidad de la producción primeramente coyuntural se transforme en habitual, durante la sucesivas temporadas, de tal forma que se podría modificar o alterar la naturaleza de la

¹⁰ GARCÍA ORTEGA, J., “La contratación a tiempo parcial y sus variedades”, en AA.VV., *Contratación laboral y tipos de contratos: criterios jurisprudenciales*, Lex Nova, Valladolid 2010. p. 425.

¹¹ STS de 24 de febrero de 1992, rec. núm. 831/1991.

¹² STS de 24 de febrero de 1992, rec. núm. 831/1991.

relación a favor de la modalidad fija discontinua, en cuyo caso se estaría ante un supuesto en el que el contrato de trabajo fijo-discontinuo “se hace” o “nace” desde ese momento¹³. En segundo lugar, sería aquella situación en la que los contratos eventuales celebrados en períodos anteriores no respondieron a necesidades coyunturales, sino estructurales, por lo que su auténtica naturaleza es la de fijo discontinuo, de forma que las prestaciones de servicios en los sucesivos períodos o ciclos no constituyen en realidad diferentes contratos, sino sucesivos llamamientos o períodos de ocupación efectiva de un único contrato, en cuyo caso, el contrato fijo-discontinuo nació desde el inicio de la prestación de servicios¹⁴.

2.3. Llamamiento

El artículo 16.2 ET apela al convenio colectivo para que regule éste el orden y la forma en que ha de producirse el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos, dejando bien claro nuestro alto tribunal¹⁵ que no puede dejarse en manos del libre poder empresarial el orden a seguir en estos casos.

Según el Tribunal Supremo¹⁶, las potestades normativas de la negociación colectiva deben quedar restringidas a aquéllas a las que la norma de rango superior expresamente faculta. No obstante, un sector de la doctrina judicial¹⁷ adopta una postura mucho más amplia y entiende que la regulación del llamamiento no puede quedar fuera del ámbito competencial de los convenios colectivos, pues éstos pueden regular materias o aspectos de las relaciones de trabajo, no sólo secundum legem, sino también praeter legem.

En segundo lugar, el artículo 16 ET establece que en caso de falta de llamamiento o en caso de incumplimiento del orden y requisitos fijados al respecto, el trabajador puede reclamar en procedimiento de despido. Al respecto, nuestro alto tribunal¹⁸ ha

¹³ SSTSJ Navarra, de 31 de diciembre de 1999, rec. núm. 508/1998; Madrid, de 17 de diciembre de 1998, rec. núm. 6543/1998; Madrid, de 10 de diciembre de 1998, rec. núm. 6430/1998.

¹⁴ STS de 25 de febrero de 1998, rec. núm. 2013/1997.

¹⁵ STS de 7 de marzo de 2003, rec. núm. 36/2002.

¹⁶ STS de 17 de diciembre de 2001, rec. núm. 68/2001.

¹⁷ STSJ Murcia, de 28 de noviembre de 2000, rec. núm. 6/2000, que señala que “*la negociación colectiva, en cuanto se refiere a la regulación de los contratos eventuales, no puede estar encorsetada o restringida de la manera que se pretende, pues, por un imperativo constitucional, la negociación colectiva, como medio de autorregulación, es posible en la medida en que no se atente contra un estándar mínimo de ilegalidad. La negociación colectiva no puede concebirse, según un canon constitucional, como una posibilidad marginal o insignificante*”.

¹⁸ STS de 18 de diciembre de 1991, rec. núm. 1282/1990. No obstante, en su sentencia de 8 de junio de 1988 declaró que no era despido el hecho de no producirse el llamamiento de los fijos discontinuos si con el personal fijo de la empresa se cubren las prestaciones laborales que ésta requiere, tal y como lo preveía así la Ordenanza Laboral de la Industria Azucarera.

mantenido, en una primera fase, que en estas relaciones laborales la terminación de una temporada o campaña no supone el fin del contrato de trabajo, sino que queda interrumpido, por lo que la no llamada en la temporada siguiente es lo que, en principio, puede entrañar un despido, salvo que la empresa ponga en conocimiento del trabajador que, apartándose de la práctica anterior, no serán admitidos en las temporadas siguientes. En otras palabras, el trabajador fijo discontinuo está ligado con la empresa por un contrato que participa de la naturaleza del que lo es por tiempo indefinido, del que sólo se separa por la forma cíclica o intermitente de la prestación de servicios. Esto quiere decir que durante el período de inactividad la relación laboral subsiste, porque ni se extingue ni se suspende, simplemente se interrumpe, por lo que la falta de llamamiento equivale a una negativa empresarial determinante de despido¹⁹.

No obstante, un sector judicial niega la necesidad de acudir a los procedimientos de los artículos 47 o 51 ET en los casos en los que el empresario usa su facultad de no convocatoria por razón de la actividad a desarrollar cuando ésta puede efectuarse con personal fijo de plantilla, pues *“la reincorporación de los fijos discontinuos no es un derecho puro, desconectado de la realidad y sólo sometido al advenimiento del hecho cierto del inicio de la campaña, sino acomodado y supeditado a las necesidades concretas de ésta”*²⁰. Desde este punto de vista, el derecho de los trabajadores fijos discontinuos a ser llamados una vez iniciada la campaña queda sujeto, además de a la no llamada de otros trabajadores con peor derecho, a las necesidades de la empresa, por lo que no existe una obligación empresarial de llamar a todos los fijos discontinuos al inicio de la campaña que sólo pueda eludirse mediante la tramitación del oportuno expediente de regulación de empleo, sino que iniciada la campaña podrán hacerse sucesivos llamamientos conforme a las necesidades de personal para el desarrollo normal de la campaña sin acudir a procedimiento suspensivo o extintivo alguno²¹.

En definitiva, se trata de la falta de llamamiento por crisis, esto es, por no ser necesaria la actividad para la empresa debido a la situación económica que atraviesa, por el descenso en su volumen de operaciones y en los niveles de fabricación, o por haber disminuido las necesidades de trabajo en la temporada²². Cabe matizar que en algún caso se puntualiza que si bien es cierto que la empresa puede proceder al progresivo llamamiento de los fijos discontinuos que necesite en cada momento, sin necesidad de llamarlos a todos y sin que ello suponga la definitiva extinción de la relación laboral al

¹⁹ STSJ Madrid, de 19 de julio de 2002, rec. núm. 2626/2002.

²⁰ SSTSJ Andalucía, de 14 de abril de 2000, rec. núm. 786/2000; Andalucía, de 3 de mayo de 1993, rec. núm. 626/1993.

²¹ STSJ Comunidad Valenciana, de 19 de julio de 1996, rec. núm. 4341/1995.

²² SSTSJ Andalucía, de 23 de mayo de 2013, rec. núm. 460/2013; Comunidad Valenciana, de 12 de febrero de 2013, rec. núm. 3227/2012; Andalucía, de 14 de junio de 2012, rec. núm. 906/2012; Canarias, de 31 de mayo de 2012, rec. núm. 370/2012; Andalucía, de 31 de mayo de 2012, rec. núm. 2244/2011.

mantener la obligación de mantenerlos en la siguiente campaña, corresponde a la empresa *“la carga de probar que la falta de llamamiento está justificada en cada caso, así como su manifiesta voluntad de seguir empleando al trabajador en la siguiente temporada, para lo cual tendrá que haber actuado correctamente y notificar con antelación al trabajador tales circunstancias”*²³.

Por su parte, el sector mayoritario de la doctrina judicial²⁴ aboga por entender que existe una obligación de llamamiento por parte de la empresa al inicio de la temporada en el orden y la forma en que se determine en el convenio colectivo, de tal forma que su omisión es considerada automáticamente como despido, incluso no sólo cuando a pesar de concurrir la circunstancia que justifica la prestación de servicios la empresa omite el llamamiento, sino cuando *“a pesar de concurrir la coyuntura estacional el empresario no realiza el llamamiento porque, por circunstancia económica, organizativa u otra, no se produce incremento relevante de la exigencia productiva que no pueda ser atendido con los medios productivos personales fijos, porque en este caso deberá efectuarse el llamamiento y actuar los mecanismos legales para la extinción o suspensión del contrato”*²⁵.

De cualquier forma, de la jurisprudencia²⁶ más reciente parece desprenderse una posición diferente, pues, en el caso de la falta de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos por crisis económica, considera que no cabe calificarlo como un despido, sino simplemente se trata de una advertencia de que no serán llamados durante un año por la caída del consumo, bastando pues con el personal fijo, pero que en un futuro sí serán llamados de nuevo. Es decir, el contrato fijo discontinuo *“si bien presenta unas características específicas no por ello la garantía del puesto de trabajo se ve reducida ni el hecho de estar sujeto a llamamiento, en la duración de los servicios, convierte el llamamiento en potestad de la empresa, sino que es fuente de obligaciones para ambas partes, consistentes en ser efectuado por la empresa y en ser atendido por el trabajador. Las previsiones del legislador no resultan caprichosas ni constituyen un ejemplo de cobertura con fines de beneficencia sino que se cohonestan plenamente con la naturaleza atribuida al vínculo contractual. Nos hallamos ante un contrato de duración indefinida, aunque se ve limitada, durante su vigencia, la duración de sus servicios, si se compara con la jornada anual de un trabajador con contrato por tiempo indefinido y en régimen ordinario. Ello significa que esa prestación de servicios, en*

²³ STSJ Andalucía, de 10 de octubre de 2013, rec. núm. 1430/2013.

²⁴ SSTSJ Castilla-La Mancha, de 18 de septiembre de 2000, rec. núm. 361/2000; Extremadura, de 1 de marzo de 1999, rec. núm. 23/1999; Castilla-La Mancha, de 15 de abril de 1999, rec. núm. 198/1999; Canarias, de 30 de junio de 1998, rec. núm. 582/1998.

²⁵ STSJ Cataluña, de 14 de junio de 2012, rec. núm. 906/2012.

²⁶ STS de 15 de octubre de 2014, rec. núm. 492/2014.

época a la que corresponda el llamamiento, no puede ser eludida por voluntad unilateral de la empresa como no sea sometiendo esa supresión-suspensión a las normas que rigen la privación de contenido del contrato por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”²⁷.

Como se observa, con estos pronunciamientos parece que nuestro alto tribunal viene a sentar que en esta modalidad contractual no existe una certeza en la prestación de servicios del trabajador fijo discontinuo, de manera que podrán existir temporadas sin prestaciones. De hecho, probablemente sea esta falta de certeza la nota distintiva del contrato fijo discontinuo y del trabajo fijo periódico²⁸. Ahora bien, para que la ausencia de llamamiento motivada por la inexistencia de trabajo no se considere despido debe notificarse obligatoriamente al trabajador la falta de voluntad resolutoria del contrato²⁹. Por tanto, según esta línea judicial, si la empresa no actúa correctamente poniendo en conocimiento del trabajador “tales circunstancias”, el no llamamiento de los fijos discontinuos una temporada o campaña por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción exigirá someter esa supresión o suspensión al procedimiento extintivo o suspensivo correspondiente³⁰, pues el trabajador fijo discontinuo es un trabajador indefinido que atiende una actividad permanente de la empresa, aunque sea cíclica o de forma intermitente, y el llamamiento no puede ser, sin más, una potestad de la empresa. De lo contrario, el contrato fijo discontinuo pasaría a ser un “contrato a llamada”, lo cual es totalmente rechazado por nuestro alto tribunal³¹ por contradecir el artículo 1256 CC, que deja en manos del empresario, exclusivamente, el cumplimiento del contrato.

En cuanto al plazo para deducir la demanda por despido tratándose de trabajos fijos discontinuos, se inicia desde el día en que tuviesen conocimiento de la falta de convocatoria. En los supuestos en que se haya producido una sucesión de contratos eventuales para dar cobertura a trabajadores fijos discontinuos, debe de tenerse en cuenta

²⁷ STS de 23 de abril de 2012, rec. núm. 3106/2011. En el mismo sentido, STS de 24 de abril de 2012, rec. núm. 3340/2011.

²⁸ GOERLICH PESET, J.M., “Trabajadores fijos períodos y trabajadores fijos discontinuos: ¿El final de una larga discusión?, en *Temas Laborales*, nº 61, 2001. p. 132.

²⁹ STSJ Cataluña, de 26 de noviembre de 2012, rec. núm. 5281/2012, que estima que no es constitutiva de despido la falta de llamamiento del trabajador por no existir voluntad resolutoria cuando se efectúa comunicación empresarial aplazando el llamamiento por caída del consumo. Por su parte, la STSJ Andalucía, de 28 de noviembre de 2013, rec. núm. 1876/2013, niega la acción de despido a unas trabajadoras que son llamadas una temporada tras haber sido despedidas por causas objetivas la temporada anterior.

³⁰ En el mismo sentido, SSTSJ Navarra, de 15 de mayo de 2013, rec. núm. 73/2013; Navarra, de 27 de marzo de 2013, rec. núm. 58/2013, que entienden que la decisión empresarial de no convocar a una trabajadora fija discontinua durante un año sin acudir al procedimiento de suspensión del contrato por causas productivas constituye un despido improcedente.

³¹ SSTS (ambas) de 17 de diciembre de 2001, rec. núm. 66/2001 y rec. núm. 68/2001.

que tal situación no altera ni la naturaleza de la acción ni los derechos esenciales propios de la misma, entre los que se encuentra el derecho a reincorporarse a la campaña siguiente, ya que el fin de la actividad en una temporada no equivale a la extinción de la relación laboral. Por ello, aun cuando se haya firmado el finiquito, se entiende que hace referencia al fin de la campaña, no comenzando en ese momento el plazo de caducidad de la acción por despido, sino concretamente desde la falta de llamamiento al inicio de la campaña siguiente. Del mismo modo, si el trabajador no ha sido llamado, y sí lo ha sido el que le precede en la lista, según el orden de llamamientos establecido, el plazo de caducidad comenzaría a contarse desde el momento en que el trabajador tiene conocimiento de que ha sido postergado.

Ahora bien, cuando la voluntad del empresario de finalizar la relación laboral es concluyente, el inicio del cómputo debe hacerse desde ese momento, como sucede en aquellos supuestos en los que el término fijado para la última contratación fue con anterioridad a la finalización de la temporada y con anterioridad también a su vencimiento se preavisa la denuncia del término, pues en estos supuestos se produce una irregular extinción del contrato, debiendo computarse el plazo de caducidad desde ese momento. Así pues, la omisión de llamamiento constitutivo de despido ha de referirse a actividades fijas discontinuas para las cuales ha sido contratado o en las que presta servicios el trabajador³². Por el contrario, no se considera que la falta de llamamiento, en todo caso, sea justificativa de la acción por despido, de forma que se ha sostenido que la reincorporación de los trabajadores fijos discontinuos al inicio de la campaña no es un derecho puro desconectado de la realidad, sino que está condicionado por múltiples factores, de forma que el llamamiento debe acomodarse a las necesidades de mano de obra que en cada momento se precise según la propia actividad de la empresa y las circunstancias influyentes, por lo que la no llamada, al no ser necesaria para la empresa la prestación laboral del trabajador, no puede calificarse de despido. Por tanto, sólo cuando iniciada una campaña es omitida la llamada a un trabajador con vulneración del derecho de preferencia, se produce una situación equiparable a despido, lo que no puede afirmarse de aquellos otros casos en que ese no llamamiento obedece a no ser precisa la intervención del trabajador, por razón de la actividad a desarrollar en la campaña sin quebrantar las preferencias establecidas³³.

³² RUANO ALBERTOS, S., "Consecuencias de la comunicación por parte de la empresa del no llamamiento a determinados trabajadores fijos discontinuos como consecuencia de un descenso en la actividad", en *Aranzadi Social*, nº 32, 2011 (versión on line)

³³ STSJ Andalucía, de 26 de septiembre de 2008.

3. Delimitación con figuras afines

3.1. Elementos configuradores del contrato eventual por circunstancias de la producción

La práctica generalizada de utilizar el contrato eventual por circunstancias de la producción en supuestos que propiamente constituirían más bien casos del contrato fijo discontinuo, incluso en actividades estrictamente cíclicas que se repiten anualmente, ha conllevado a la utilización fraudulenta de esta modalidad contractual. Los casos típicos son aquéllos en los que un trabajador es contratado varias veces bajo la modalidad de contrato eventual por circunstancias de la producción, cuando en realidad encubre supuestos englobables dentro del contrato de trabajo fijo discontinuo.

Además, la anómala ubicación que con anterioridad tenía en el apartado 8 del artículo 15, dedicado a los contratos de duración determinada, implicaba que estaba sujeto, en cierta forma, a las reglas de contratos temporales, si bien los convenios colectivos de ámbito sectorial pueden acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la utilización de los contratos fijos discontinuos de la modalidad de tiempo parcial, lo que supondría una garantía de estabilidad para los trabajadores, toda vez que le sería de aplicación el régimen jurídico contenido en el artículo 12.3 ET previsto para el trabajo fijo periódico para ejecutar trabajos que se repiten en fechas ciertas³⁴. Parece lógico que en la negociación colectiva se incorpore esta previsión, puesto que este tipo de prestación no deja de ser un trabajo discontinuo que se vincula exactamente a la necesidad de contar con personal en un espacio concreto de tiempo, que es lo que a fin de cuentas lo equipara a otros trabajos a tiempo parcial indefinidos³⁵. De esta forma, el elemento particularizador del régimen jurídico de los trabajadores fijos discontinuos de fecha incierta, la discontinuidad de la prestación, dejaría de enmarcarse en las reglas sobre la vigencia de la relación para pasar al ámbito de la norma sobre la duración de la jornada.

Como es sabido, el contrato eventual por circunstancias de la producción, regulado en el artículo 15.1 b) ET, es una figura jurídica que permite solucionar problemas puntuales de producción y constituir una solución rápida y efectiva para las empresas, cuyo objeto es atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. Nadie duda que esta

³⁴ STS de 11 de abril de 2006, rec. núm. 22/2003, que destaca que las actividades que son habituales y reiteradas con periodicidad “deben cubrirse con trabajadores con contrato fijo discontinuo, o con contrato a tiempo parcial, instituciones ambas que tienen mayores garantías de fijeza para los trabajadores”.

³⁵ ORESTES ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, P., “Trabajo fijo periódico y fijo discontinuo. Consideraciones actuales”, en *Relaciones Laborales*, nº 5, 2010. p. 42.

definición resulta confusa, porque no concreta exactamente las actividades en las que deben ocuparse a trabajadores eventuales, pues simplemente se señala que la actividad de la empresa debe sufrir una alteración tal que afecte al ritmo de trabajo o de producción, aumentándolo de alguna forma. A lo único que alude es que esa alteración debe ser consecuencia de las exigencias circunstanciales del mercado, que son las que deben provocar la acumulación de tareas o el exceso de pedidos. Las actividades concretas que ocuparían serían así, incluso, las que se refieran a la actividad normal de la empresa, aunque si bien es cierto que para actividades diferentes cualitativamente a las que se desarrollan en la empresa se suele recurrir al contrato para obra o servicio determinado, lo cual origina una fuerte confusión con el objeto o la causa del contrato para obra o servicio determinado.

De cualquier forma, se pueden establecer determinados criterios delimitadores para establecer cuando es utilizable esta modalidad contractual. El primero es, evidentemente, su naturaleza eventual, es decir, que la actividad a la que el contrato ha de hacer frente ha de ser una actividad no permanente de la empresa. Si la actividad es la normal de la empresa, propia y permanente, sea su duración más o menos larga, la contratación ha de ser indefinida, ya sea continua o discontinua. Lo que justifica este tipo de contrato es que por necesidades de la producción en un momento concreto y ocasional se necesita reforzar la plantilla. Si esta situación deviene permanente y normal en la empresa, ha de articularse un contrato no temporal y excepcional como el eventual por circunstancias de la producción. En otras palabras, la temporalidad ha de justificarse en atención a una causa vinculada objetivamente a la presencia de circunstancias provisionales que crean una necesidad extraordinaria de trabajo en la empresa que no puede ser atendida por la plantilla normal de la misma. Estas circunstancias, esto es, acumulación de tareas por alguna anormalidad del proceso productivo, exceso de pedidos sobre lo que es normal en la demanda de la empresa o cualquier otra circunstancia del mercado que altere la línea normal de producción, no son permanentes, o al menos, no aparecen como tales en el marco de las previsiones de la organización de la producción de la empresa³⁶. Se trata de cubrir un incremento inusual y transitorio de la actividad de la empresa que no puede ser cubierto con la plantilla ordinaria de la misma, situaciones en las que el ritmo de producción se ve inopinadamente incrementado, de forma transitoria y coincidente con el período de contratación del trabajador, para luego descender a sus niveles ordinarios y habituales.

Por tanto, se requiere que la actividad que origina la necesidad de contratación, no tenga una naturaleza usual, sea periódica o no. Ello significa que no es necesario que durante todo el año se produzca ese aumento, sino que basta con que la permanencia de la necesidad de aumento de plantilla se produzca de manera cíclica, es decir, que no sólo

³⁶ STSJ Comunidad Valenciana, de 19 de mayo de 2005, rec. núm. 301/2005.

es necesario un contrato indefinido para el supuesto de aumento de actividad todo el año, sino que basta que cíclicamente se produzca esa necesidad de manera permanente. La diferencia estriba en que, en estos casos, la contratación adecuada sería la del fijo discontinuo. Es decir, debe producirse un incremento de tareas, aunque se trate de supuestos en que la demanda del producto o servicio que ofrece la empresa resulte estable, pero siempre que la empresa no pueda atenderla con inmediatez³⁷.

La segunda característica es la justificación de esa necesidad eventual, pues es frecuente que se acuda a esta modalidad contractual en base a referencias genéricas de actividad o de necesidad de producción, lo que lleva a nuestros tribunales a tener que declarar el fraude de esas contrataciones cuando carecen de la causa justificativa de su realización³⁸. Esta causa justificativa ha de estar claramente identificada en el contrato, debiendo éste establecer justificadamente la obra o servicio que constituye su objeto. Además, la actividad del trabajador ha de incardinarse en la realización de esa actividad y no de ninguna otra de la empresa, pues lo contrario constituiría también fraude de ley, ya que existiendo causa de esa contratación, se usa la misma para hacer desempeñar al trabajador otra actividad que exceda de esa contratación.

Por último, la duración ha de ser incierta, no periódica, ni cíclica, pues se justifica en una necesidad que surge y que desaparece de la misma manera, desconociéndose el momento exacto, pues si existe certeza, no puede acudir a esta modalidad.

En resumen, puede señalarse que el trabajo eventual ha de surgir de forma transitoria, ocasional y, sobre todo, imprevisible, teniendo además una duración temporal limitada y debiendo causarse por unas exigencias circunstanciales del mercado generadoras de la acumulación de tareas no asumible. Además, dicha imprevisión hace que el contrato eventual se diferencie de otras contrataciones de carácter cíclico en las que la imprevisión en la contratación de más o menos personal no pueda confundirse con la causalidad de toda la contratación, algo que se refiere más bien a la existencia de expectativas en la contratación cuando se producen ciertos eventos como, por ejemplo, en el sector del comercio, las campañas de rebajas o de navidad³⁹.

Cabe tener presente que en relación a su utilización fraudulenta, no existe obstáculo legal para que, en principio, un mismo trabajador pueda ser sucesivamente contratado

³⁷ STSJ Galicia, de 12 de marzo de 2012, rec. núm. 5611/2011.

³⁸ SSTSJ Comunidad Valenciana, de 28 de junio de 2016, rec. núm. 1224/2016; Galicia, de 12 de marzo de 2012, rec. núm. 5611/2011.

³⁹ BALLESTER PASTOR, I., "Avances y defectos en el control del uso fraudulento del contrato eventual por acumulación de tareas. El importante papel del juzgador y el panorama actual tras una incipiente, pero creciente, intervención del regulador convencional: los nuevos retos planteados", en *Aranzadi Social*, nº 16, 2004 (versión on line)

de manera eventual bajo esta misma modalidad eventual, siempre que se trate de una necesidad que surge y desaparece de manera sucesiva y aleatoria. El problema aparece cuando esa sucesión contractual presenta una periodicidad cíclica o en actividad ordinaria de la empresa.

3.2. *Elementos configuradores del contrato para obra o servicio determinado*

Como modalidad a la par con el contrato eventual se halla el contrato de obra o servicio determinado, regulado también en el artículo 15.1 a) ET, cuyo objeto es la realización de una obra o servicio determinado. La parca regulación que hasta ahora ha tenido esta modalidad contractual ha llevado también a su utilización abusiva encubriendo verdaderos contratos fijos discontinuos. Como es sabido, el contrato para obra o servicio determinado requiere que se cumplan una serie de exigencias para que su formalización sea válida⁴⁰.

En primer lugar, la obra o servicio contratado debe tener autonomía y sustantividad propia, dentro de lo que es la actividad de la empresa. Ello significa que este contrato responde a necesidades autónomas y no permanentes de la producción, por lo que no cabe el recurso a esta modalidad contractual para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que han de mantenerse y perdurar por no responder a circunstancias excepcionales que pudieran conllevar su limitada duración, sino que forman parte del proceso productivo ordinario⁴¹.

Ahora bien, tal autonomía y sustantividad propias no se refieren a que estén fuera de la actividad de la empresa sino dentro de la actividad de la misma, de modo que puede existir una contratación para obra o servicio determinado para la misma actividad habitual de la empresa, siempre y cuando las tareas objeto del contrato tengan esa sustantividad y autonomía, es decir, permitan su individualización dentro de la actividad habitual y sean limitadas y acotadas en el tiempo, aunque no pueda precisarse la fecha exacta de su terminación. Se trata, en definitiva, de que la propia naturaleza de la actividad permita delimitarla en relación a otras actividades de la empresa, con una duración limitada que dependerá de la propia actividad⁴². De hecho, el Tribunal Supremo señala que este requisito no es sólo esencial, sino el fundamental, pues “*no puede hablarse de obra o servicio determinado porque mal puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuáles son, si los mismos no se han determinado previamente en el contrato concertado entre las partes, si falta esta*

⁴⁰ SSTS de 22 de septiembre de 2011, rec. núm. 12/2011; de 14 de julio de 2009, rec. núm. 2811/2008; de 21 de enero de 2009, rec. núm. 1627/2008.

⁴¹ STS de 6 de marzo de 2009, rec. núm. 1221/2008.

⁴² STS de 6 de marzo de 2009, rec. núm. 1221/2008.

*condición o determinación es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente*⁴³. La doctrina judicial⁴⁴ ha reiterado la necesidad de que este requisito concorra conjuntamente con la indicación clara y precisa de la obra o servicio que constituye el objeto. Así se ha considerado que se trata de una obra con autonomía y sustantividad propia prestar servicios para un organismo autónomo de un centro especial de empleo para impartir cursos de formación ocupacional, así como el desarrollo de acciones de dinamización del mercado de trabajo en el ámbito local en dicho centro⁴⁵; la realización de proyectos de investigación individualizables dentro de la actividad habitual del organismo, como una universidad⁴⁶. No obstante, no se estima así el caso de la contratación para prestar servicios como orientador o tutor de desempleados y trabajadores con el fin de fomentar el empleo estable y de calidad, aunque se trate de una situación sometida al percibo de subvención destinada a tal efecto, pues los servicios que pueda prestar un trabajador consistente en itinerarios de inserción socio laboral en un organismo autónomo local tienen carácter permanente⁴⁷; ni aquellos trabajadores que prestan servicios como docentes en centros de formación ocupacional cuyo objetivo es facilitar el aprendizaje de diversos oficios y dar cualificación a jóvenes para proporcionarles formación y experiencia laboral y facilitar su inserción laboral⁴⁸.

En segundo lugar, la obra o servicio debe tener carácter temporal, aunque sea incierta. De cualquier forma, como es sabido, actualmente, este carácter temporal tiene un límite máximo de tres anualidades, ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo.

En tercer lugar, debe identificarse claramente la obra o servicio al que el contrato se refiere, y por último, el trabajador debe ser ocupado en el desarrollo de la actividad laboral en la ejecución de la obra o en el cumplimiento del servicio que es detallado en el contrato y no en tareas distintas.

En este supuesto, al igual que en el anterior, la clave es si la necesidad del servicio se produce de forma esporádica, o bien de forma reiterada en años sucesivos, en las mismas fechas y con idéntico objeto. Si la naturaleza del trabajo es ocasional,

⁴³ SSTs de 10 de diciembre de 1996, rec. núm. 1989/1995; de 21 de septiembre de 1993, rec. núm. 129/1993; de 26 de septiembre de 1992, rec. núm. 2376/1991.

⁴⁴ SSTSJ Extremadura, de 31 de mayo de 2012, rec. núm. 175/2012; de 11 de mayo de 2005, rec. núm. 4162/2003; de 21 de marzo de 2002, rec. núm. 1701/2001; de 15 de noviembre de 2000, rec. núm. 663/2000; de 31 de marzo de 2000, rec. núm. 2908/1999; de 15 de febrero de 2000, rec. núm. 2554/1999.

⁴⁵ STSJ Extremadura, de 31 de mayo de 2012, rec. núm. 175/2012

⁴⁶ SSTSJ Galicia, de 26 de septiembre de 2011, rec. núm. 2171/2011; Madrid, de 14 de abril de 2011, rec. núm. 5022/2010.

⁴⁷ STSJ Madrid, de 20 de julio de 2010, rec. núm. 2544/2010.

⁴⁸ STSJ Cataluña, de 4 de febrero de 2008, st. núm. 976/2008.

imprevisible, esporádica o coyuntural, el contrato idóneo es el temporal, mientras que si la necesidad del trabajo es de carácter intermitente o cíclico, esto es, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad, el contrato adecuado es el fijo discontinuo⁴⁹.

3.3. *Delimitación con el contrato fijo discontinuo*

Con carácter general, a la hora de determinar los criterios de delimitación entre el trabajo temporal y el fijo discontinuo, la jurisprudencia⁵⁰ ha señalado, como anteriormente se ha indicado, que lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados. Así la contratación temporal será posible cuando se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir, cuando la necesidad de trabajo es imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular, mientras que se acudirá al contrato fijo discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, esto es, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad, de modo que responde a necesidades normales y permanentes de la empresa que se presentan, por lo regular, de forma cíclica o periódica⁵¹.

Según la jurisprudencia⁵², la diferencia entre un trabajador eventual y un fijo discontinuo radica precisamente en que, mientras el trabajo eventual está justificado cuando la *“necesidad del trabajo es en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular”*, en el fijo discontinuo se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad. Lo que separa básicamente el contrato fijo discontinuo del eventual es que la actividad empresarial *“en el primero suele tener carácter permanente por períodos, temporadas o ciclos en cada año, de ahí que la actividad de prestación de servicios se desempeña únicamente durante aquel período, temporada o ciclo con la consiguiente obligación de llamamiento por parte de la empleadora, y ello con independencia de la mano de obra que en cada momento tenga la empresa, puesto que si no sucede así se está ante un contrato eventual por exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos. En definitiva, la característica diferenciadora de los contratos eventuales y fijos de carácter discontinuo radica en la naturaleza aleatoria y contingente que ofrecen las circunstancias justificativas de la contratación eventual en*

⁴⁹ STS de 8 de noviembre de 2005, rec. núm. 3779/2004.

⁵⁰ STS de 26 de mayo de 1997, rec. núm. 4140/1996.

⁵¹ STS de 25 de febrero de 1998, rec. núm. 2013/1997.

⁵² SSTS de 15 de octubre de 2014, rec. núm. 492/2014; de 24 de octubre de 2012, rec. núm. 749/2012; de 22 de septiembre de 2011, rec. núm. 12/2011.

*contraposición a la cobertura de necesidades permanentes, aunque cíclicas, que atienden los contratos fijos discontinuos*⁵³. Cuando se produce un incremento de trabajo, por exceso de pedidos, acumulación de tareas o circunstancias de mercado, aún dentro de la actividad normal de la empresa, si ello tiene lugar cada temporada de forma periódica o cíclica, tales trabajos no pueden ser objeto de contratación eventual y han de ser objeto de contrato fijo discontinuo⁵⁴.

Es decir, la acumulación de tareas propias del contrato eventual se refiere a aquellos casos en que existe una *“desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone, de forma tal que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste”*⁵⁵, y dicha desproporción *“se produce tanto cuando se trata de un aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aun estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por contra, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo”*⁵⁶, como sería el caso de los meses vacacionales en los que los trabajadores de una empresa se ausentan por las mismas. No obstante, si esta necesidad de refuerzo por las vacaciones es cíclica y se repite previsiblemente todos los veranos, podría concluirse que la utilización de un contrato eventual podría ser tachada de ilegal, pues la jurisprudencia tiene declarado que *“el contrato de eventualidad sólo está justificado cuando la necesidad de trabajo (...) queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular”*⁵⁷. Es decir, si la necesidad de trabajo se repite cíclicamente, la opción de la contratación eventual no sería la adecuada, debiéndose acudir al contrato fijo discontinuo.

Así, se ha considerado que la actividad de los trabajadores dedicados a las actividades de extinción y prevención de incendios efectuadas durante la época estival es propia del contrato de trabajo fijo discontinuo⁵⁸, pues *“la naturaleza de las funciones a*

⁵³ STSJ Aragón, de 9 de abril de 1997.

⁵⁴ STSJ Cantabria, de 17 de septiembre de 1991.

⁵⁵ STS de 7 de diciembre de 2011, rec. núm. 935/2011.

⁵⁶ STS de 7 de diciembre de 2011, rec. núm. 935/2011. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 26 de marzo de 2013, rec. núm. 1415/2012; de 15 de febrero de 1995, rec. núm. 1672/1994. La primera señala que *“no solo no se consignaba válidamente la causa de la contratación –con identificación de la circunstancia de los permisos o descansos de trabajadores concretos–, sino que, además, la extinción se produce sin relación alguna con el agotamiento de los períodos de descanso de los trabajadores en cuestión, lo que impide conocer en qué medida habría un incremento de las necesidades productivas de la empresa”*.

⁵⁷ STS de 15 de octubre de 2014, rec. núm. 164/2014.

⁵⁸ STS de 22 de septiembre de 2011, rec. núm. 12/2011. En el mismo sentido, SSTSJ Galicia, de 29 de febrero de 2016, rec. núm. 2060/2015; Galicia, de 29 de febrero de 2016, rec. núm. 1667/2015; SSTS de 30 de abril de 2012, rec. núm. 2153/2011; de 3 de abril de 2012, rec. núm. 2154/2012; de 12 de marzo de

desempeñar por los peones a los que se contrata para la detección, localización y comunicación de columnas de humo o incendios forestales en época estival no puede calificarse como algo que razonablemente pueda proveerse de manera puntual. La ubicación geográfica y condiciones climáticas hacen que el riesgo de incendio se incorpore lamentablemente al núcleo de supuestos que da origen a actividades necesarias y permanentes, pues no de otra forma se concibe la detección y reconocimiento de posibles focos, de manera estable, sin perjuicio de que dependiendo en cada ejercicio de la magnitud del evento dañoso o de las peculiaridades que presenta cada estación como la que deriva de una más acentuada sequía, se acuda a otras formas temporales de contratación para refuerzo de quienes de manera permanente asumen las tareas de control⁵⁹.

Del mismo modo, se califica la actividad de diversos trabajadores contratados durante sucesivos años para la época estival por Iberia⁶⁰; la de los socorristas⁶¹; la de los profesores de música de las escuelas municipales, pues la actividad que constituye el objeto de estos contratos de trabajo no tienen autonomía y sustantividad propia con duración temporal ilimitada dentro de la actividad ordinaria del ayuntamiento, sino que forma parte de los servicios o actividades culturales que de manera permanente presta la corporación municipal, las cuales se desarrollan de manera cíclica y regular en los diferentes cursos escolares⁶²; los ayudantes de comedor escolar que son contratados

2012, rec. núm. 2152/2011; de 24 de abril de 2012, rec. núm. 2260/2011; de 29 de septiembre de 2011, rec. núm. 3135/2010; de 11 de marzo de 2010, rec. núm. 4084/2008; de 17 de mayo de 2010, rec. núm. 3740/2009.

⁵⁹ STS de 14 de marzo de 2003, rec. núm. 78/2002, seguida también por la STS de 6 de marzo de 2007, rec. núm. 409/2006. En el mismo sentido, SSTS de 22 de febrero de 2011, rec. núm. 2498/2010; de 30 de noviembre de 2010, rec. núm. 1103/2010; de 4 de noviembre de 2010, rec. núm. 160/2010; de 17 de mayo de 2010, rec. núm. 3740/2009; de 13 de mayo de 2010, rec. núm. 4235/2009; de 25 de marzo de 2010, rec. núm. 826/2009; de 11 de marzo de 2010, rec. núm. 4084/2008; de 3 de marzo de 2010, rec. núm. 1527/2009; de 19 de enero de 2010, rec. núm. 1526/2009; de 3 de febrero de 2010, rec. núm. 1710/2009.

No obstante, anteriormente se sostenía todo lo contrario, pues en la STS de 10 de junio de 1994, rec. núm. 276/1994, se mantiene que *“en la realización de obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, siendo claro, además, que su ejecución no es ilimitada en el tiempo pero sí es de duración en principio incierta. No se desconoce la reiteración con que el hecho del incendio forestal se produce en la época estival de cada año, mas ello no es suficiente para fundamentar la estimación de que se está ante una contratación de carácter fijo, periódico y discontinuo”*.

⁶⁰ STSJ Cataluña, de 18 de diciembre de 2007, rec. núm. 284/2007. En el mismo sentido y respecto de la misma empresa se pronunció el Tribunal Supremo en sus sentencias de 11 de noviembre de 2002, rec. núm. 1886/2002; y de 28 de junio de 2007, rec. núm. 2461/2006.

⁶¹ STSJ Asturias, de 27 de octubre de 2000, rec. núm. 3083/1999.

⁶² STSJ Canarias, de 23 de noviembre de 2012, rec. núm. 1320/2012.

durante los períodos de curso escolar⁶³; los monitores de deportes por repetirse de forma cíclica en los diferentes cursos escolares⁶⁴; las profesoras de “escuelas de padres”, y ello aunque sea condicionada al percibo de subvenciones, pues de la existencia de una subvención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal⁶⁵; los profesores de idiomas en empresas de enseñanza no reglada, por tratarse de una actividad con naturaleza cíclica y homogeneidad de la actividad a desarrollar durante los ocho períodos contratados⁶⁶; los técnicos orientadores de empleo contratados por los ayuntamientos al amparo de convenios de colaboración anual con el servicio público de empleo⁶⁷; los guías intérpretes, a pesar de que esta actividad no coincida con una actividad total de la empresa, sino solamente con una parte de ella, pues es contratada de forma reiterada durante diversos años⁶⁸; los trabajadores de las campañas agrícolas⁶⁹, como la de la remolacha⁷⁰; los peones de mantenimiento de pistas de esquí contratados durante varias temporadas⁷¹; o los trabajadores contratados para realizar tareas de asistencia al contribuyente en sucesivas campañas de la renta, por tratarse de un trabajo cíclico previsible, homogéneo y periódico⁷².

Como conclusión, puede decirse que el criterio para determinar cuándo debe acudir a una modalidad contractual de duración determinada o bien al contrato fijo discontinuo se halla en que si el objeto *“consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados. Será posible, pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando ésta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir, cuando*

⁶³ STSJ La Rioja, de 12 de julio de 2005, rec. núm. 96/2005. En términos similares, STSJ Castilla y León, de 13 de junio de 2005, rec. núm. 1016/2005.

⁶⁴ STSJ Galicia, de 20 de septiembre de 2011, rec. núm. 2170/2011.

⁶⁵ STSJ País Vasco, de 6 de julio de 2010, rec. núm. 1166/2010, la cual cita la STS de 25 de noviembre de 2002, rec. núm. 1038/2002, que señala que *“en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate (...) del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquel subvenciona”*.

⁶⁶ STS de 28 de abril de 2010, rec. núm. 3494/2009.

⁶⁷ STSJ Canarias, de 8 de junio de 2006, rec. núm. 1089/2005. En términos similares, STSJ País Vasco, de 8 de marzo de 2005, rec. núm. 273/2005.

⁶⁸ STSJ Castilla y León, de 10 de febrero de 2011, rec. núm. 26/2011.

⁶⁹ STS de 15 de julio de 2010, rec. núm. 2207/2009.

⁷⁰ STSJ Andalucía, de 9 de septiembre de 2009, rec. núm. 63/2009.

⁷¹ STS de 18 de septiembre de 2012, rec. núm. 3880/2011.

⁷² SSTS de 4 de mayo de 2003, rec. núm. 4326/2003; de 12 de noviembre de 2004, rec. núm. 4669/2003.

la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular". Por el contrario, *"existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad"*⁷³. En pocas palabras, si el incremento de las tareas o la obra o servicio que le sirven de fundamento no aparecen dotados de cierto carácter extraordinario, sino que se reiteran en el tiempo de forma cíclica no se está en el terreno de los contratos temporales, sino en el de las prestaciones periódicas o discontinuas. De ahí, que en los supuestos de contrataciones temporales reiteradas cabe calificarlo como contrato fijo discontinuo.

4. Conclusión

De la nueva redacción del ET cierto es que el texto del nuevo artículo 16 no ha variado en nada con respecto a la anterior redacción, pero la nueva ubicación de este contrato ha de valorarse positivamente al concederse a dicha modalidad una visibilidad equivalente a la reservada a otros contratos de trabajo con entidad propia. Así, se mantiene la separación entre el contrato fijo discontinuo de llamada incierta del de llamada cierta, regulándose este último por el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial por tiempo indefinido. Esta delimitación se ha calificado como muy acertada al evitar la confusión entre ambas modalidades de contratación, pero a la vez ha potenciado la flexibilidad del de llamada incierta al destacar los términos genéricos de la misma, lo que permite el que muchas actividades de temporada o de producción intermitente puedan acogerse a este tipo de contrato.

Sin embargo, ha de criticarse que el artículo 16 mantenga en su apartado 4 que, sólo mediante convenios colectivos de ámbito sectorial, pueda acordarse, la celebración a tiempo parcial, de los contratos fijos discontinuos de llamada incierta. Contrariamente a lo que habría podido esperarse, tras muchos años de vigencia de esta limitación legal, no es una regla general el que los convenios colectivos sectoriales recojan esta habilitación en favor de la contratación a tiempo parcial, lo que en la práctica constituye una rigidez a las que se enfrenta esta modalidad de contrato fijo. Es decir, con esta medida no se ve nada favorecido el recelo que muestran las empresas por acogerse a esta modalidad contractual, por cuanto entienden mucho más flexible el uso de las modalidades de contratación temporal, como el contrato de obra o servicio determinado o el eventual por circunstancias de la producción, incluso cuando la contratación de los mismos trabajadores se reitera todos los años para dar respuestas a muy parecidas necesidades de producción.

⁷³ STS de 15 de octubre de 2014, rec. núm. 492/2014.

Ello ha provocado una abundante doctrina judicial y jurisprudencial tratando de delimitar los supuestos en los que es lícita la utilización del contrato temporal, frente a los supuestos en los que se impone la contratación bajo la modalidad de fijo discontinuo. Como ya se ha señalado y en resumen, puede señalarse que el contrato de trabajo fijo discontinuo es aquél que se caracteriza porque se refiere a necesidades, indefinidas pero cíclicas y discontinuas, lo que implica la afirmación de que hay un tiempo de actividad, dentro del cual se produce la jornada de trabajo. El período de actividad hace referencia al período en que está constante la relación laboral, o mejor, el período en que está activo el contrato, mientras que la jornada de trabajo se refiere al tiempo de trabajo prometido por el trabajador dentro de los límites legales o convencionales durante la vigencia del mismo. Por tanto, la esencia de este contrato es la existencia de períodos de actividad vinculados a la idea de temporada, estacionalidad o campaña. Es decir, para nuestro Tribunal Supremo lo que determina la obligación de que el contrato de trabajo haya de ser fijo discontinuo es la reiteración en el tiempo de atender a necesidades similares de producción o servicios, aunque lo sea por períodos limitados. Tal temporalidad puede obedecer a factores estacionales específicos (campañas de transformación agraria) o a temporadas cuya fijación corresponda a un tercero (curso escolar, temporadas deportivas) o incluso pueden deberse a campañas específicas no necesariamente periódicas (encuestas), o por necesidades derivadas de incrementos periódicos y discontinuos de actividad concurrentes con la actividad habitual de la empresa. En definitiva, la esencia es la temporalidad o estacionalidad de la actividad⁷⁴.

5. Bibliografía

BALLESTER PASTOR, I., “Avances y defectos en el control del uso fraudulento del contrato eventual por acumulación de tareas. El importante papel del juzgador y el panorama actual tras una incipiente, pero creciente, intervención del regulador convencional: los nuevos retos planteados”, en *Aranzadi Social*, nº 16, 2004 (versión on line)

GARCÍA ORTEGA, J., “La contratación a tiempo parcial y sus variedades”, en AA.VV., *Contratación laboral y tipos de contratos: criterios jurisprudenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GOERLICH PESET, J.M., “Trabajadores fijos períodos y trabajadores fijos discontinuos: ¿El final de una larga discusión?”, en *Temas Laborales*, nº 61, 2001.

⁷⁴ STSJ Canarias, de 22 de diciembre de 2005, rec. núm. 20/2005.

ORESTES ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, P., “Trabajo fijo periódico y fijo discontinuo. Consideraciones actuales”, en *Relaciones Laborales*, nº 5, 2010.

RUANO ALBERTOS, S., “Consecuencias de la comunicación por parte de la empresa del no llamamiento a determinados trabajadores fijos discontinuos como consecuencia de un descenso en la actividad”, en *Aranzadi Social*, nº 32, 2011 (versión on-line)

VALVERDE ASECIO, A., *La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.