

MODALIDADES
CONTRACTUALES
El contrato de trabajo fijo
discontinuo

Alumna:

NURIA SOTO AGUSTINA

Tutor:

JOSEP MARIA FUSTÉ MIQUELA

GRADO RELACIONES LABORALES
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

31 DE MAYO DE 2013

RESUMEN DEL PROYECTO

PALABRAS CLAVES: contrato de trabajo, contrato de trabajo fijo discontinuo, llamamiento, periódico, no periódico, temporada, campaña.

En dicho documento trataremos sobre el contrato de trabajo fijo discontinuo, este contrato es un instrumento extraordinario que se utiliza para adaptar la plantilla de la empresa a las exigencias del mercado y a la propia estructuración cíclica de muchas empresas. Distinguiremos entre los tipos de contratación fija discontinua y compararemos este tipo de contratación indefinida con la contratación temporal, tema muy interesante debido a que en España existe un gran problema, que son las altas tasas de temporalidad en el mercado de trabajo, frente a la contratación indefinida. Analizaremos, entre otros temas, el cese los trabajadores fijos discontinuos, la finalización de la campaña, los tiempos de descanso y el derecho al desempleo.

RESUM DEL PROJECTE

PARAULES CLAU: contracte de treball, contracte de treball fix discontinu, crida, periòdic, no periòdic, temporada, campanya.

En aquest document tractarem sobre el contracte de treball fix discontinu, aquest contracte és un instrument extraordinari que s'utilitza per adaptar la plantilla de l'empresa a les exigències del mercat i la pròpia estructuració cíclica de moltes empreses. Diferenciem entre els tipus de contractació fixa discontinua i compararem aquest tipus de contractació indefinida amb la contractació temporal, tema molt interessant degut que a Espanya hi ha un gran problema, que són les altes taxes de temporalitat al mercat de treball, davant la contractació indefinida. Analitzarem, entre altres questions, el cessament dels treballadors fixos discontinus, la finalització de la campanya, els temps de descans i el dret a la desocupació.

PROJECTSUMMARY

KEY WORDS: employment contract, employment contract discontinuous fixed, call, continuing contract, contract non-continuous, season, campaign.

In this document we will discuss the discontinuous fixed employment contract, this contract is an extraordinary tool that is used to adapt the template of the company to the market requirements and cyclic structure itself of many companies. Distinguish between fixed contract rates and compare dashed such indefinite contracts with the temporary, very interesting topic because in Spain there is a big problem, which is the high rate of temporary employment in the labor market, compared to hiring indefinitely. Cessation analyze discontinuous permanent workers, the end of the campaign, the rest periods and the right to unemployment.

INDICE

1. Introducción.....	4
2. El contrato fijo discontinuo	6
3. Diferenciación entre contratación temporal y fija discontinua.....	10
3.1. Diferencia entre contrato fijo discontinuo y contrato eventual por circunstancias de la producción.....	11
3.2. Diferencia entre contrato fijo discontinuo y contrato por obra o servicio determinado.....	13
4. Tipología contratos fijos discontinuos.....	16
4.1. Contrato fijo discontinuo periódico.....	16
4.2. Contrato fijo discontinuo no periódico.....	19
5. Delimitación del contrato fijo discontinuo no periódico respecto del contrato fijo periódico.....	20
6. El llamamiento.....	21
7. Finalización de la campaña o temporada.....	28
8. El cese de los trabajadores.....	29
9. Los tiempos de descanso.....	30
10. El contrato fijo discontinuo, desempleo y antigüedad computable.....	31
11. Conclusiones.....	34
12. Agradecimientos	37
13. Fuentes de consulta.....	38

1. INTRODUCCION

Desde el primer momento en el que me propuse estudiar una carrera universitaria, supe que Relaciones Laborales era la elección más idónea conforme a mis gustos y aptitudes. Siempre quise desempeñar un puesto de trabajo en el cual mis funciones estuvieran muy unidas al trato con los trabajadores en la empresa y sobre todo con el amplio conjunto de conceptos que forma parte del departamento de Recursos Humanos y para mí lo que es más importante, tener el poder y a la misma vez, el deber de ayudarles en momentos de confusión sobre su relación laboral.

Por este motivo, entre otros, es lo que me llevó a la elección del tema de mi trabajo de fin de grado. En dicho proceso de selección habían temas para escoger como derecho tributario, organización de empresa, etc. para mí son temas interesantes y de conocimiento necesario a grandes pinceladas para nuestra carrera, pero no tanto, como puede ser Derecho del trabajo o las modalidades de contratación laboral para un graduado en Relaciones Laborales. Creo que este es uno de los temas base de toda la carrera, porque un graduado en Relaciones Laborales que no conozca de forma correcta temas de contratación laboral, a mi parecer se trata de un problema importante, porque es una materia esencial y necesaria. Por lo tanto, me parecía interesante tratar en el trabajo de fin de grado, un tema esencial para un graduado en Relaciones Laborales.

Dentro de las modalidades contractuales, desde el primer momento tuve muy claro el tema que quería investigar en el trabajo de fin de carrera, creí muy interesante tratar los contratos de trabajo fijos discontinuos. Quise desarrollar este tipo de contratación laboral, porque es un tema que como todos ha sido estudiado, pero no ha sido objeto de tantos análisis como han podido ser otro tipo de contratos de trabajo. Además el contrato fijo discontinuo, me llamaba mucho la atención por ser un contrato de trabajo algo peculiar por sus características.

Conocemos al clásico trabajador a jornada completa que presta sus servicios durante todo el año y que nace con la revolución industrial, pues al margen de este aparece otro que solo presta servicios en determinados periodos del año. Es el trabajador fijo discontinuo, también llamado en otros lugares o en otros tiempos, trabajador de campaña, temporada, etc.

Como se podrá ver a lo largo del trabajo, se ha realizado un largo desarrollo sobre el concepto de contrato fijo discontinuo resaltando los aspectos más importantes, formalidades, etc. además se ha diferenciado este tipo de contrato con la contratación temporal, ya que a veces se realizan contratos temporales de forma ilícita, ya que las causas objetivas de temporalidad no son reales, por lo tanto estos contratos temporales deberían ser fijos discontinuos, se han analizado las

tipologías o clases de este tipo de contratación, forma de llamamiento por parte del empresario de estos trabajadores, proceso muy importante como veremos para este contrato y entre otras cuestiones, los tiempos de descanso de dichos trabajadores, desempleo durante los periodos de inactividad o antigüedad computable.

Todas estas cuestiones, relacionadas y constatadas con varias fuentes de consulta: normativa reguladora de la materia, jurisprudencia como son las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo y la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia, ya que en esta materia los Tribunales juegan un papel muy importante. Asimismo, la Negociación Colectiva también tiene gran relevancia para delimitar los periodos de trabajo, entre otras cuestiones, relacionadas con la contratación fija discontinua, tal y como veremos a lo largo del desarrollo.

2. EL CONTRATO DE TRABAJO FIJO DISCONTINUO

El contrato fijo discontinuo se encuentra regulado fundamentalmente en el artículo 15.8. del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ¹ y el contrato fijo periódico en el art.12.6 del Estatuto de los Trabajadores. Pero los convenios colectivos tienen un fuerte margen de regulación en este tipo de contratación, sobre todo en aquellos ámbitos donde se implanta esta forma de trabajo, con esto me quiero referir a actividades de temporada o campañas.

Por lo tanto, los trabajos fijos discontinuos son aquellos en los cuales la actividad se lleva a cabo durante un determinado o determinados periodos del año.

Cabe resaltar como elemento fundamental para delimitar conceptualmente este tipo de contratación, el objeto de la prestación de servicios: se trata de actividades empresariales de carácter cíclico, en las que el trabajador no desarrolla prestación durante todo el año, sino exclusivamente durante un periodo del mismo, o temporada. No es necesario que la actividad de la empresa sea totalmente cíclica, de modo que el proceso productivo se desarrolle solo durante la temporada; es suficiente que una parte del proceso productivo normal de la misma tenga tal carácter. Esto supone que las tareas fijas discontinuas pueden convivir en la empresa con otras actividades de carácter continuo; además, incluso es posible que la actividad que desarrollen los trabajadores fijos discontinuos sean las tareas ordinarias de la empresa, pero que las lleven a cabo en situación de incremento de la actividad productiva que se desarrolla en determinados momentos, o en “temporada alta”. ²

Tal y como señala la doctrina laboral entre otros³, los factores que determinan esta situación, fija discontinua son muy diferentes: desde razones que tienen relación directa con el clima en actividades agrarias, pesqueras o turísticas, por aumento de demanda por razones estacionales (consumo de productos concretos en determinadas épocas de año) o comerciales (periodos de rebajas), existencia de materias primas en determinados momentos del año (conservas

¹ En adelante LET.

^{2 2} Tal y como indica CRUZ VILLALÓN, J., “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984”. *Relaciones Laborales, t.I., 1985*, en la pág. 449.

³ CRUZ VILLALÓN, J., “El contrato...” op. cit., pag.449.

vegetales), etc.⁴

El contrato fijo discontinuo, es un contrato fijo porque es una actividad permanente en el tiempo, con esto me refiero a que se produce año tras año, pero discontinuo porque la actividad no se desarrolla de forma continua durante el año, sino que se ve interrumpida por uno o varios periodos de inactividad.

Las siguientes sentencias ambas del Tribunal Supremo, la primera de 30 de Mayo de 2007 (RJ 2007,6113) y la segunda de 25 de Febrero de 1998 (RJ 1998,2210) nos aclaran una vez más, la función de este tipo de contrato como ya he indicado anteriormente: “(...) *la condición de trabajador fijo discontinuo responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, reiterándose esa necesidad en el tiempo aunque lo sea por períodos limitados.*” “(...) *la condición de trabajador fijo discontinuo (...) responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa - de ahí la condición de fijeza - que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, y que no alcanzan la totalidad de la jornada anual*”.

Como no se realiza el trabajo todos los días laborales durante el año, supone una prestación de servicios reducida en términos anuales, pero en algunos convenios colectivos se regulan periodos de actividad mínimos para que este tipo de trabajadores una vez cese la temporada puedan acceder a las prestaciones por desempleo durante los periodos de inactividad. Sobre el tema del desempleo de trabajadores fijos discontinuos, tratare con más detalle más adelante.

Además debemos tener en cuenta que el contrato fijo discontinuo, deberá realizarse por escrito (art.9.2. de la LET) y en el modelo oficial que se establezca, (Art.12.3. de la LET)⁵ debiendo indicarse:

- la duración aproximada de la actividad
- una orientación sobre la jornada a realizar
- la distribución horaria
- y los criterios sobre la forma y orden del llamamiento empresarial al inicio de cada periodo de actividad, conforme a lo establecido en convenio colectivo (art.15.8 de la LET).

⁴ Como se indica por OJEDA AVILÉS, A.: *Modalidades de contrato de trabajo*. Comentarios a la legislación, Tecnos (Madrid, 2003); pág. 284.

⁵ VALVERDE ASECIO, A.: *La determinación del periodo de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002; pág. 60.

La falta de formalidad escrita de este tipo de contrato, tiene como consecuencia que se considere celebrado a tiempo completo y de forma continua, aunque se prevé la prueba en contrario que acredite el carácter a tiempo parcial de los servicios.⁶

Este tipo de contrato de trabajo es el único que puede tener ciertas imprecisiones respecto a la duración y concreción de la jornada, relacionado con la propia indeterminación de la actividad a desarrollar. Pero esta indeterminación será solo en relación al inicio y duración de cada periodo de actividad anual, una vez producido este ciclo, el horario y el tiempo de trabajo sí que deberán fijarse ya que en ese momento desaparece la justificación objetiva de su no concreción.

Además es necesario saber, que este tipo de contrato será único, sin que sea necesario reproducirlo cada vez que deba iniciar el trabajador la prestación de temporada.⁷

La Jurisprudencia ha admitido que en los casos en los que la Administración realice actividades que se repiten cada año, pero que para su realización es necesaria la aprobación presupuestaria y programa anual, en estos supuestos será factible la realización de contratos temporales en vez de los mencionados contratos fijos discontinuos. Algunos ejemplos de este tipo de actividades podrían ser campamentos y cursos de verano, vacunación animal, etc.⁸

En el caso de los trabajos realizados por servicios de prevención y extinción de incendios en campañas estivales, el Tribunal Supremo en un principio negaba que dichos trabajos dieran lugar a una relación fija discontinua, admitiendo la posibilidad de realizar contratos de obra y servicio determinado para estos casos, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Abril de 1995 (RJ 1995/3038), posteriormente fue rectificado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 2003 (RJ 2003,4502) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 2010 (RJ 2010,4002), al considerar que en este tipo de campañas se da una necesidad de trabajo no continuado en el tiempo, aunque sea en periodos limitados.

⁶ Se muestran partidarios de esta solución CRUZ VILLALON, J.: "El contrato..." *op.cit.*, pág. 455 y VALVERDE ASENSIO, A.: "La determinación..." *op.cit.* pags.61-62.

⁷ ALVAREZ DE LA ROSA, M.: "El trabajo fijo-discontinuo, modalidad de contrato a tiempo parcial" en VVAA (CASAS BAAMONDE, M.E. y VALDES DAL-RE, coords.): contratos de trabajo a tiempo parcial, Lex Nova, Valladolid 2000; pag.167.

⁸ Como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 de septiembre 2011 (RJ 2011/7284) y también como indica el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social Sección 1ª, Sentencia núm. 137/2010 de 9 marzo de 2010 AS 2010\1043.

En el caso de la enseñanza, llevada a cabo por profesores a lo largo de varios cursos escolares, la Jurisprudencia indica que este tipo de relación es fija continua debido a «la actividad natural y ordinaria del mismo» con el régimen de aplicación del art. 12.3 de la LET. El Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 15 marzo 2011 (JUR 2011\126557) indica que quizá convenga recordar que el Tribunal Supremo, ha considerado inválida la contratación mediante obra o servicio determinado para algunas actividades desplegadas en centros escolares, tales como las de profesorado “Las tareas que realiza una profesora en un colegio constituyen la actividad natural y ordinaria en el mismo y no es posible calificarlas de autónomas y diferenciadas de las cotidianas, normales y permanentes del centro”. Por lo tanto, deben considerarse como relaciones ordinarias indefinidas.

En el caso de la prestación del personal de administración de un centro de enseñanza, es considerada también como fija continua con un período mayor de vacaciones.⁹

En cambio, en trabajos relacionados con el comedor escolar, se ha entendido que se trata de trabajos fijos discontinuos, considerando como meses efectivos de prestación de servicios desde Octubre hasta Mayo o Junio. A favor está la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Social) Sentencia núm. 151/2005 de 12 julio AS 2006\3261 en el cual se debate el caso de una trabajadora ayudante de comedor durante los periodos de curso escolar, y resulta evidente que se trata de contratación fija discontinua. De igual modo, es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (sala de lo Social) Sentencia núm. 83/2002 de 30 enero AS 2002\2240 que también indica un tema similar a los citados: “(...)vigilancia en los comedores escolares de los Colegios Públicos de ella dependientes experimenta un aumento de su normal actividad productiva y una correlativa mayor necesidad de emplear mano de obra todos los años durante el desarrollo del curso escolar la cual se extiende desde el mes de octubre de un año (... hasta el mes de junio (momento en que concluían su dos contratos una vez prorrogados) (...) y tal carácter cíclico y regular obliga a la Administración demandada a contratar trabajadores fijos (indefinidos) discontinuos para cubrir tales períodos de mayor volumen dentro de su actividad normal. (...)Por lo tanto hemos de considerar a la actora como trabajadora indefinida-discontinua (...) con todos los efectos inherentes a tal consideración.”

⁹ Esto lo podemos ver resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1994 [RJ 1994, 4750] : “(...) en razón a que la actividad de la enseñanza general básica es en sí misma una actividad permanente y no cíclica, que goza de unas vacaciones superiores a las previstas como mínimas en el artículo 38 del Estatuto, vacaciones que en el personal administrativo son siempre más reducidas que en el docente por tener que hacerse cargo al comienzo del curso de las tareas de matriculación previas al inicio de la docencia y al final del mismo igualmente ha de prolongar su trabajo con actas, certificaciones, etc., más allá de la terminación del curso escolar. (...)”

3. DIFERENCIACION ENTRE LA CONTRATACION TEMPORAL Y FIJA DISCONTINUA

La principal dificultad que se encuentra para delimitar el trabajo fijo discontinuo es la distinción de este tipo de contrato con el contrato temporal. Lo primero que debemos ver es la notoria falta de acierto del legislador al introducir el contrato de trabajo fijo discontinuo, en un artículo dedicado a la contratación temporal como es el artículo 15 de la LET; pero al margen de esto, lo cierto es que el régimen jurídico establecido en el artículo 15.8. de la LET indica sin ninguna duda la consideración del trabajo fijo discontinuo como un tipo de contrato de duración indefinida.¹⁰ Desde este punto de vista, no debe haber problemas de delimitación, al menos en la teoría. De modo que la contratación temporal se justifica cuando se den necesidades extraordinarias, mientras que el contrato fijo discontinuo se realiza para cubrir necesidades permanentes pero de forma intermitente.¹¹

El problema viene en la práctica, ya que en muchas ocasiones se resuelven situaciones que deberían ser fijas discontinuas, a través, de contratos temporales.¹²

De este modo, debemos fijarnos cuales son los criterios jurisprudenciales más utilizados para distinguir entre unos y otros.¹³

¹⁰ GOERLICH PESET, J.M. : “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?, Temas Laborales nº61; pág.137.

¹¹ ALVAREZ DE LA ROSA, M. : “El trabajo fijo-discontinuo...”, *op.cit*; pág.164

¹² ALFONSO MELLADO,C.L. : *La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; pág.59.

¹³ OJEDA AVILÉS, A.: “Modalidades de...”, *op.cit*; pág. 287-289.

3.1. DIFERENCIA ENTRE CONTRATO FIJO DISCONTINUO Y CONTRATO EVENTUAL POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

El contrato eventual se encuentra regulado en el artículo 15.1. b) de la LET y en el artículo 3 del RD 2720/1998, de 18 de Diciembre. Aunque también se regula a través de convenios colectivos.

El contrato eventual por circunstancias de la producción es aquel, que como su propio nombre indica, se utiliza para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa (art.15.1.b) de la LET).

Puede tratarse de actividades normales de la actividad de la empresa que se incrementan o intensifican temporalmente y que no pueden ser cubiertas por la plantilla ordinaria de la empresa, por lo que es necesaria la obtención de mano de obra temporal.¹⁴

Este trabajador deberá estar destinado a la realización de necesidades productivas que justifican este tipo de contratación temporal, debiendo prestar sus servicios exclusivamente en las actividades intensificadas, y por las cuales ha sido contratado.¹⁵

Algunos convenios colectivos, determinan que tipo de actividades son las que podrán ser desarrolladas por este tipo de trabajadores¹⁶ y también los criterios de relación entre este tipo de contratados y la composición total de la plantilla de la empresa, por lo tanto, actuarán como limitadores para este tipo de contratación (Artículo 15.1.b) de la LET). En estos casos puede que algunos convenios colectivos utilicen el margen de regulación que se les concede.

Como se ha indicado muchos convenios colectivos regulan cuáles son las actividades que podrán llevarse a cabo por la contratación eventual por circunstancias de la producción, algunas situaciones son las bajas derivadas de incapacidad temporal, ausencias, trabajos de especial cualificación que no puedan ser cubiertos por personal de plantilla, pedidos imprevistos por no contemplados dentro de los planes productivos de la empresa o por acumulación de tareas,

¹⁴ OJEDA AVILÉS, A.: “*Modalidades de...*”, *op.cit*; pág.; pág.209.

¹⁵ Tribunal Supremo de 18 de Noviembre de 1998 (RJ 1998,10000).

¹⁶ FERNANDEZ MÁRQUEZ, O.: “*Modalidades de contrato de trabajo, en AAVV: Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva, CES, Madrid 1998; pág.96.*”

promociones ¹⁷, sustitución por vacaciones, apertura de nuevas empresas, etc. Pero de ningún modo es aceptable, la creación por convenio colectivo de contratos eventuales y contrato a tiempo parcial para la realización de trabajos fijos discontinuos que no respeta los mínimos legales de cada uno de ellos, es decir, en muchas ocasiones se da una vulneración o aprovechamiento de contratos eventuales cuando este tipo de contratos deberían tener la condición de fijos discontinuos.¹⁸

El Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de Octubre de 2001 (RJ 2001,8488), ha establecido la diferencia entre estos dos tipos de contratos, e indica que la diferencia entre un trabajador eventual y uno indefinido discontinuo radica en que mientras que el trabajo eventual está justificado cuando la necesidad es imprevisible y queda fuera de ciclos de reiteración regular, la de indefinido discontinuo se da cuando con independencia de la continuidad de la actividad, se produce la necesidad de trabajo de modo intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad. Por lo tanto, el contrato eventual está justificado cuando la necesidad de trabajo es imprevisible, extraordinaria y no tiene en principio ningún ciclo de reiteración regular, en cambio, el contrato fijo discontinuo se produce cuando de forma cíclica e intermitente se produce necesidad de trabajo. Tal y como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1998 (RJ 1998, 5483) y la sentencia de 25 de Febrero de 1998 (RJ 1998, 2210), la reiteración de la prestación de forma cíclica es un importante indicio para considerarse la relación laboral como fija discontinua y no temporal.

La forma circunstancial u ocasional de aparecer en los contratos temporales determina su vigencia, en cambio, en los fijos discontinuos la reiteración de su producción determinan su jornada. Son cosas diferenciadas la duración temporal del vínculo y el tiempo de ocupación. ¹⁹

Los contratos temporales celebrados en fraude de ley, sobre todo cuando la actividad a desarrollar constituye una actividad normal y ordinaria de la empresa que no puede calificarse como autónoma y diferenciada de las tareas normales y permanentes de la empresa ni de

¹⁷ Como es el caso del Convenio Colectivo Nacional de pastas alimenticias, BOE de 5 de Julio de 2012, num.160. art. 12.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 2001 (RJ 2002,2116) y *BALLESTER PASTOR, I.: El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción. Tirant lo Blanch (Valencia, 1996); pág.96 y siguientes.*

¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 5 de Diciembre de 1995 [AS 1995,4553].

duración incierta ni limitada en el tiempo, será considerada indefinida.²⁰

Aquí vemos el caso de un trabajador que es contratado con un contrato eventual por circunstancias de la producción, pero su relación no era la correcta, sino que su relación debería ser fija discontinua desde el primer momento, Sala de lo Social del TSJ/Aragón en fecha 15 de Diciembre de 2003 (rollo 1057/2003) (AS 2004, 1745) : “*La primera razón consiste en que no se ha acreditado la concurrencia de ninguna necesidad extraordinaria, (...) La segunda razón viene dada por la reiteración de la contratación realizada. (...) existe un contrato fijo de carácter discontinuo «cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad», mientras que el contrato de eventualidad sólo está justificado cuando «la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular» (sentencias de 27-septiembre-1988 (RJ 1988, 7129) , 25-febrero-1998 (RJ 1998, 2210)).*”

3.2. DIFERENCIA ENTRE CONTRATO FIJO DISCONTINUO Y CONTRATO POR OBRA O SERVICIO DETERMINADO

El contrato por obra o servicio determinado, se encuentra regulado en el artículo 15.1.a) de la LET, modificado por el artículo 1 de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre y en el art. 2 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre. También suele regularse a través de convenios colectivos.

Viene constituido por una actividad específica dentro de la empresa, con autonomía y sustantividad propia.²¹ La vigencia de este tipo de contrato viene dada por la terminación del objeto, es decir, tiene una duración limitada en el tiempo, aunque no se conozca el alcance exacto de su duración, sino que su duración dependerá de la culminación de esa obra o servicio objeto de la contratación.²²

²⁰ Tal y como establece la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) de 30 enero, sentencia núm. 83/2002 (AS 2002/2240)

²¹ OJEDA AVILÉS, A.: “*Modalidades de...*”, *op.cit*; pág. 191.

²² RUIZ CASTILLO, M.M.: “*La duración del contrato de trabajo: Estudio de su régimen legal y jurisprudencial*”, *Revista de Política Social*, nº138; pág.44.

La obra o servicio por el cual es contratado el trabajador, deberá especificarse en el contrato de trabajo (artículo 2.2. a) del RD 2720/1998). Es posible, que la determinación de la obra o servicio abarque varias tareas, o que se limite a una fase o parte de una obra o servicio complejo. Las tareas que llevara a cabo el trabajador contratado con este tipo de contrato, deben permitir su individualización dentro de la actividad habitual y permanente de la empresa y ser limitadas y acotadas en el tiempo aunque no pueda precisarse la fecha exacta de terminación.

Pueden darse la realización sucesiva de esta modalidad contractual, pero siempre que el objeto de los servicios sean individualizables entre si dentro de la actividad habitual en la empresa, tanto por su contenido como por su limitación en el tiempo. Por el contrario, en el caso de desarrollarse una actividad permanente, continuada y sin individualización diferenciada de la actividad habitual de la empresa, el contrato debería hacerse por tiempo indefinido, y si aun siendo discontinua se activa cíclicamente en el tiempo, no de forma regular y en fechas ciertas, en contrato lícito para esta situación sería el contrato fijo periódico o fijo discontinuo.

En la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 de septiembre 2011 (RJ 2011,7284), se señalan los requisitos necesarios para que un contrato de obra o servicio determinado sea lícito conforme a derecho.

Estos requisitos deberán ser:

- a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa;
- b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta;
- c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto;
- d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas.

Es necesario que concurren conjuntamente todos los requisitos enumerados, para que la contratación temporal pueda considerarse ajustada a derecho.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Mayo de 1997 (RJ 1997,4426) , entre otras, señala *“que cuando el conflicto 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 periodos limitados.”* Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando esta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. Por el contrario existe el 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.

En conclusión, la realización de servicios a través de un contrato fijo discontinuo o periódico, se realiza dentro de la actividad normal de la empresa, de forma simultánea con el resto de la plantilla o llevando todo el peso de la actividad que se desarrolla. A este dato se le da mucha importancia desde el momento en que existen contratos temporales para salvar incrementos de actividad, como es el caso del contrato eventual y en algunos casos cuando se da una actividad con sustantividad y autonomía propia dentro de la empresa como es el caso del contrato por obra o servicio. Pero ambos al ser de duración determinada, no pueden utilizarse cuando las actividades se repiten año tras año. En el supuesto en que se realizaran contratos temporales de forma ilícita, sustituyendo contratos fijos discontinuos, o lo que es lo mismo, en fraude de ley se presumirán por tiempo indefinido (art.15.3. de la LET; art. 9.3. RD 2720/1998).

Así claramente, en relación con la contratación efectuada por el Instituto Nacional de Estadística para la confección de encuestas de su actividad normal a realizar anualmente, en fechas determinadas, el Tribunal Supremo de 5 de julio de 1999 (Ar.6443) y de 21 de diciembre de 2006, manifiestan que *“el conflicto 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, y que lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados”*. Será posible, pues dicha contratación temporal, ya sea eventual o de obra o servicio determinado, cuando ésta se realice para atender a circunstancias excepcionales, es decir, cuando la necesidad de trabajo es imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. Por el contrario, se utiliza el contrato fijo discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo intermitente o cíclico, o lo que es lo mismo, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de homogeneidad, como ya he indicado anteriormente.

También cabe la posibilidad de tras ser contratado durante varias campañas de forma temporal, tener el derecho a ser contratado como trabajador fijo discontinuo, esto se regula en algunos convenios colectivos como el del papel y artes graficas o el de la industria del calzado.

4. TIPOLOGIA CONTRATOS FIJOS DISCONTINUOS

En función del modo en que se produce y se reiteran los periodos de actividad, los trabajos fijos discontinuos pueden ser de dos tipos:

4.1. FIJO DISCONTINUO PERIÓDICO

Se encuentran regulados en el artículo 12.3. de la LET. Es un tipo de contrato que se utiliza cuando se necesita a trabajadores en un espacio concreto de tiempo o en una fecha cierta durante el año. Esto es lo que realmente hace que se diferencie o delimite con respecto a otros contratos a tiempo parcial indefinidos con jornada reducida.²³

Este tipo de contratos cuando se celebran deben llevarse a cabo, para la realización de una actividad normal dentro de la empresa (art. 12.3. LET), sería difícil concebir que algún tipo de trabajo fijo se pueda desligar de la actividad normal de la empresa contratante.

Y como las fechas de inicio son en fechas ciertas, los trabajadores no deben esperar a ser llamados por el empresario, sino que estos deben acudir directamente y por propia iniciativa al puesto de trabajo el citado día. Para esto es necesario que cada trabajador conozca exactamente la fecha que le corresponde, atendiendo a lo que ha pactado con el empresario o a la que este indique expresamente.

Otro punto importante a tener en cuenta, es que si el trabajador el día de la fecha de inicio de la campaña o ciclo de actividad no se presenta a su puesto de trabajo, el empresario entenderá rota la relación contractual, por dimisión tacita. Pero deben establecerse unas pautas referidas a las ausencias justificadas de los trabajadores, que se ausentan en los puestos de trabajo cuando se da la fecha de la reincorporación. Esto sirve para que el empresario no entienda rota la relación laboral y para que este sepa con antelación que puede contar o no con sus empleados. Algún

²³ A modo de ejemplo, el Convenio de Empresa Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. y el colectivo de Controladores de la Circulación Aérea, BOE 18 de Marzo 1999. núm. 66, en el art. 6 de su apéndice, dispone que "*Los trabajadores Fijos Discontinuos deberán ser llamados anualmente, en el período comprendido entre el 31 de marzo y el 31 de octubre, (...)*

ejemplo de estos supuestos podrían ser bajas por enfermedad, accidentes o circunstancias personales, etc.²⁴

En los casos en los que la actividad estacional no se reanude en su totalidad o no se haga en la fecha conocida por fuerza mayor será necesario:

- la obligación del empresario de notificar el citado imprevisto
- contar con un procedimiento donde se determine un orden de incorporación
- la obligación del empresario de mantener informados a los trabajadores hasta completar el inicio de la actividad.

En los sectores donde es habitual este tipo de contratación es en la hostelería, enseñanza, limpieza, ocio, transporte, piscinas, etc. en los cuales los periodos de mayor actividad se concentran en determinadas épocas del año, por la naturaleza de la actividad o por la demanda del mercado.

Además como ya he reflejado al inicio del trabajo, estos contratos deberán formalizarse por escrito (art.8.2. LET) y en el modelo correspondiente que se establezca (art.12.3. y 15.8 LET), ajustándose así a las singularidades que lo distinguen del contrato indefinido ordinario, en el cual este requisito no es obligatorio. La falta de formalidad escrita de los contratos fijos discontinuos periódicos puede acarrear que se consideren celebrados a tiempo completo y de forma continua, aunque igualmente se prevé la prueba en contrario que acredite el carácter a tiempo parcial de los servicios. La normativa señala que deben indicarse en dicho contrato escrito, el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año y su distribución (art.12.4.a) LET), así como el número de horas complementarias si se diera el caso (art.12.5. LET). Por lo que se está dando menos importancia a la concreción de la fechas de la actividad o campaña y al horario de trabajo. Además deberá indicarse una duración estimada de la actividad, la forma y orden de llamamiento que venga regulado por el convenio colectivo aplicable y una orientación de la jornada laboral y distribución horaria.

El artículo 8.5. de la LET, obliga al empresario a informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan sobre los elementos esenciales del contrato y las condiciones de la relación laboral, en el caso de que no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito y siempre que la duración de este contrato sea superior a cuatro semanas. En este caso, lo más importante, es que el trabajador conozca sus condiciones de trabajo para que pueda desarrollar de forma correcta su actividad profesional y sobre todo para

²⁴ ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, P.O.: “*Trabajo fijo periódico y fijo discontinuo. Consideraciones Actuales*”. Relaciones Laborales, núm. 5/2010, pág. 349, tomo 1 (Consultado en www.laleydigital.es).

que cada año pueda volver cuando le corresponda. La necesidad de que el trabajador este informado de todas sus condiciones de trabajo, es bueno de cara al trabajador para que pueda redistribuir el tiempo que le queda libre²⁵, por ejemplo para el desempeño de otras actividades laborales, para que el empresario no abuse de la relación laboral y para que organismos como Inspección de Trabajo y Seguridad Social puedan verificar que la relación laboral es ajustada a derecho y a lo pactado en el contrato de trabajo.

Los trabajadores fijos discontinuos periódicos tienen los mismos derechos, que los trabajadores indefinidos ordinarios de la empresa, pero siempre en proporción al tiempo trabajado anualmente. También le son de aplicación los derechos de recibir información por parte del empresario en el caso de vacantes de carácter ordinario a tiempo completo, también funciona de este modo para los trabajadores a tiempo parcial y para los trabajadores temporales (art. 12.4.e) y 15.7. LET).

Los convenios colectivos pueden establecer procedimientos o criterios objetivos y compromisos de conversión de contratos a tiempo parcial y de duración determinada en indefinidos ordinarios, de este modo, aunque el empresario requiere muchas veces flexibilidad y adaptación de la plantilla, con trabajadores indefinidos ordinarios va a ganar por tener empleados con experiencia e identificación. Con esta regulación de conversión de contratación a indefinidos, hay que fijarse que se habla de establecer obligaciones y no de mejoras en la contratación, de este modo los convenios pueden convertirse en una herramienta para favorecer al personal contratado a través de contratos fijos discontinuos periódicos frente a trabajadores a tiempo parcial o temporales, ya que aquellos pueden llegar a estar durante muchos años en una misma empresa con esas irregulares condiciones de estabilidad, sin que esto signifique una preferencia, sino un simple reconocimiento a la antigüedad y fidelidad a la empresa.²⁶

Una vez terminada la campaña o temporalidad, se da la interrupción de este contrato, por lo tanto, el trabajador tendrá derecho a la reanudación como si se tratara de una suspensión de trabajo con derecho a reserva del puesto de trabajo, del mismo o similar categoría.

En el caso de que se interrumpiera o desapareciera la necesidad que motivaba la contratación, por motivos económicos, técnicos, organizativos, de producción o de fuerza mayor, no podría hacerse efectivo el derecho de reserva del puesto de trabajo, pero en estos casos el empresario

²⁵ ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, P.O.: “*Trabajo fijo periódico y fijo discontinuo. Consideraciones Actuales*”. Relaciones Laborales, núm. 5/2010, pág. 349, tomo 1 (Consultado en www.laleydigital.es).

²⁶ El convenio colectivo de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harinas de pescados y mariscos, BOE 20 de Septiembre de 2012 en el art. 7.1.2.e) indica que los trabajadores fijos discontinuos tendrán derecho preferente por orden de antigüedad a ocupar vacantes del personal fijo que se produzcan en el grupo o especialidad.

debe iniciar alguno de los trámites legales como podrían ser extinción del contrato por causas objetivas, suspensión del contrato o reducción de jornada por las causas indicadas anteriormente o despido colectivo (art.47,51 y 52.c) LET) para la suspensión temporal que ayude a la empresa a volver a la situación normal , posponiéndose el reingreso hasta que las condiciones lo permitan o extinguir de forma definitiva el contrato.

4.2. FIJO DISCONTINUO NO PERIÓDICO

Se encuentran regulados en el artículo 15.8. de la LET. A tenor de que la regulación del contrato fijo discontinuo no periódico se ubique en dicho artículo, podemos llegar a una conclusión importante, y esta es que esta regulación ha supuesto separar esta modalidad del trabajo a tiempo parcial, configurándose como una modalidad autónoma.

El contrato fijo discontinuo no periódico, es un tipo de contrato que se utiliza cuando la reanudación de la actividad depende de factores variables, por lo tanto, es de duración incierta. Ni la empresa ni el trabajador conocerán exactamente cuándo va a empezar de nuevo la temporada o campaña ni la duración (art.15.8. de la LET). Esto es debido a que la realización de las actividades van vinculadas con la naturaleza y el clima.

Un ejemplo de sector donde se utiliza este tipo de contratación es en las actividades agrícolas cuyo desarrollo está condicionado por circunstancias meteorológicas, que pueden ir variando dependiendo el año.

En los casos en los que los contratos fijos discontinuos se repitan en fechas ciertas, les serán de aplicación las reglas sobre el contrato a tiempo parcial indefinido (art. 15.8. de la LET). Esta regla es consecuente con el concepto de que si se reitera en fechas ciertas no estamos ante una prestación fija discontinua, sino fija periódica.

5. DELIMITACION DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO NO PERIODICO RESPECTO DEL CONTRATO FIJO PERIODICO

Por lo tanto, la previsibilidad o no sobre el momento en que se inicia la prestación se configura así como un elemento esencial para la distinción entre ambos mecanismos contractuales, entre fijo discontinuo periódico o no periódico.²⁷

Muchos autores estiman que este elemento no es suficiente para distinguir entre trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, pues en realidad hay muy pocas o casi ninguna prestación cíclica en que pueda establecerse con absoluta certeza el momento inicial, pues siempre hay un margen de indeterminación empresarial.²⁸ En sentido estricto respecto a la distinción entre ambos contratos, desde este punto de vista, se plantea la necesidad de entender ese criterio de certeza o incerteza desde un punto de vista más genérico: en el sentido de estimar que la concreta actividad está garantizada en cuanto a su existencia y duración, aunque haya un cierto margen del empresario a la hora de decretar el momento inicial de la misma, supuestos que se configurarían como trabajos fijos periódicos. El trabajo fijo discontinuo se caracteriza por la incerteza de su existencia o de su duración, así como respecto a la fecha de inicio.

Otra manera de ver la cuestión relativa a la certeza o incerteza del inicio de la prestación como criterio de distinción, es la de entender que si bien en todas las prestaciones intermitentes hay una cierta incertidumbre relativa al inicio de la actividad, en los fijos periódicos dicha incertidumbre se debe a la facultad empresarial de señalar el momento concreto de inicio, aunque hay una certeza absoluta sobre el hecho de que la prestación debe realizarse; mientras que en los fijos discontinuos la incerteza obedece a factores incontrolables como son los de carácter climatológicos, estacionales o similares (no depende por tanto, de la voluntad empresarial), sin que haya una absoluta certeza sobre la necesidad de la prestación.²⁹

²⁷ CAVAS MARTINEZ, F., y CARDENAL CARRO, M.: “Contratación y modalidades contractuales” en VVAA, *La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 35/2001, de 2 de marzo*. Aranzadi, Pamplona, 2001; pág.63.

²⁸ GOERLICH PESET, J.M.: “*Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos...*”, *op.cit*; pag.130.

²⁹ ORTIZ LALLANA, M.C.: Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial” *Relaciones Laborales*, nº II,1998; pág.236.

6. EL LLAMAMIENTO

En el momento de reinicio de la actividad, el empresario está obligado a llamar a sus trabajadores para que puedan reincorporarse a su puesto de trabajo (art. 15.8. de la LET). Se establece así un derecho de los trabajadores a ser llamados al inicio de la actividad, y la obligación empresarial a proceder al llamamiento. Hay que insistir en esta idea: el trabajador tiene un autentico derecho, no una simple expectativa o una preferencia de empleo. Sin embargo, la Jurisprudencia a veces utiliza justamente la terminología de “preferencia” para referirse al derecho del trabajador al llamamiento, así las Sentencias del TS de 12 de Febrero de 2000 (Ar. 902) y 23 de Octubre de 1995 (Ar.7867). El ordenamiento funciona como expresión del derecho a la ocupación (Art.4.2.LET) se genera un derecho a la estabilidad en el empleo que se tutela por el ordenamiento a través de la obligación empresarial del llamamiento. Este llamamiento se producirá en el orden, conforme a los criterios y en la forma que se establezca en el convenio colectivo de aplicación (art. 15.8. de la LET).³⁰ De este modo los trabajadores se irán reincorporando de forma progresiva, en función de las exigencias de la actividad.³¹

El llamamiento por parte del empresario representa un derecho para el trabajador, esto debe considerarse de tal forma ya que el art. 15.8. de la LET indica que “serán llamados” y por tanto se deriva una indiscutible imperatividad, que debe ligarse con el reinicio de la actividad. Porque como ya he indicado, ni empresario ni trabajador pueden saber a ciencia cierta la duración de su jornada, ni la fecha de inicio y terminación, pero lo que sí que es evidente que el empresario será el primero en enterarse de este inicio de la actividad, y entonces le corresponde legalmente convocar a los trabajadores y darles la ocupación efectiva derivada de su contrato de trabajo.³²

El Estatuto de los Trabajadores indica explícitamente que el convenio colectivo de aplicación, será el encargado de regular el orden y forma del llamamiento. Todo esto nos lleva a deducir,

³⁰ A modo de ejemplo, en el Convenio Colectivo de Cataluña para las empresas de exhibición cinematográfica de las provincias de Girona, Lleida y Tarragona para los años 2008-2011, DO. Generalitat de Catalunya 4 noviembre 2008, núm. 5250, en el art.12 nos dice que el orden de llamamiento será el fijado dentro de cada categoría o función, en razón de la mejor aptitud para las necesidades específicas del puesto a cubrir.

³¹ Tal y como nos reitera la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 26 de Abril de 1995 (AS 1995,1752) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 12 de Febrero de 1992 (AS 1992, 525).

³² Como bien señala TARRAGA POVEDA, JOSÉ. El *contrato de trabajo fijo discontinuo*, Editorial Bomarzo (2004); pág. 228.

que el legislador ha querido dejar un amplio margen de regulación a la negociación colectiva, por no haber fijado ni unos mínimos legales y también por la falta de concreción del convenio colectivo que pudiera ser de aplicación, pudiendo ser de empresa o de nivel superior, mostrándose una flexibilidad de tratamiento que permite ajustar las peculiaridades del ámbito de actividad en el que se desenvuelve el trabajo.

Pero además de indicarse este proceso en el convenio, también deberá quedar reflejado expresamente de forma escrita en el contrato de trabajo (art.15.8. de la LET). La lógica de que el convenio colectivo regule este punto, va relacionado con que los convenios colectivos se caracterizan entre otros aspectos por completar regulaciones mínimas, o por regular aspectos con vacíos legales.

Lo que intenta impulsar la norma con la remisión a los convenios colectivos, es que se regule un procedimiento para evitar cualquier problema o confrontación entre empresarios y trabajadores, indicando implícitamente el interés de las partes. Aunque en algunas ocasiones vemos como las partes por falta de acuerdo o por no haber posibilidad de negociación, ponen condiciones de reserva en situaciones de no acuerdo.³³ Pero las partes como se ven en obligación de negociar el orden y forma del llamamiento bajo el principio de buena fe, porque así lo indica el citado artículo 15.8 de la LET, a veces adoptan la posición de rechazo a esta regulación. Pero debe hacerse un esfuerzo para que esta cuestión quede bien resuelta, porque es un tema muy importante para este tipo de contratos porque sin llamada no se da el reinicio o reincorporación del ciclo de actividad.

Normalmente la regulación de los convenios colectivos son por orden de antigüedad en cada especialidad o categoría y el cese en orden inverso, por modernidad.³⁴ Aunque en otras ocasiones se establecen criterios de igualdad en cuanto al número de días trabajado por cada trabajador.³⁵ O por criterios de mejor aptitud para el puesto.³⁶

³³ Como es el caso del Convenio Colectivo de la Hostelería, cafés, bares y similares, B.O Navarra, 8 de agosto, 2007, art. 30.2., que indica que en el caso de trabajos fijos discontinuos los trabajadores deberán ser llamados en orden y forma que pacte la empresa y los representantes de los trabajadores, pero en el caso de falta de acuerdo, el llamamiento se realizara por orden de antigüedad dentro de la categoría, especialidad, grupo profesional departamento.

³⁴ Como el Convenio Colectivo del calzado, azúcar, madera y corcho, AENA o concretamente es el caso del Convenio colectivo general de la industria salinera (2006-2009) BOE 19 octubre 2006, núm. 250. que en su art. 20 establece que deberá realizarse el llamamiento por antigüedad dentro de cada especialidad, entendiéndose el no llamamiento como despido y también es el caso del Convenio Colectivo para las Industrias del Aceite y sus Derivados de Córdoba ,BO. Córdoba 6 julio 2007, núm. 122, y esto lo fija en el art. 17.3.3. Tercer párrafo.

³⁵ Como por ejemplo el Convenio Colectivo de conservas de pescados y mariscos del BOE de 20 de septiembre de 2012.

³⁶ Como es el caso de las empresas de exhibición cinematográfica, que ya he comentado anteriormente.

En cuanto al procedimiento, la norma indica que deberá producirse cuando se reinicie la actividad. Cuando se efectuó la llamada, se debe tener constancia de su recepción y conocimiento por parte del trabajador, tanto para el interés del empresario como del trabajador. Por lo tanto, se induce la forma escrita de la convocatoria, en ocasiones por correo certificado con acuse de recibo u otro procedimiento que acredite la comunicación, pero con un plazo determinado de antelación o preaviso, y con notificación a los representantes de los trabajadores, con sintonía al derecho de información plasmado en el art. 64.2. de la LET. Otro de los procedimientos de convocatoria que más se utiliza es el Buro fax, que garantiza la recepción por parte del destinatario como también el contenido de lo enviado, y además se puede conservar una copia sellada como medio efectivo de prueba en caso de derivarse algún problema.³⁷

Después de todo lo analizado, podemos ver que el empresario ocupa un puesto importante y esencial en el proceso, pero los trabajadores cuando se acerquen las fechas también deberán estar atentos.

Además los trabajadores en caso de cambios de residencia y cualquier otro cambio relacionado con la convocatoria, deberá comunicarlo al empresario, para que se realice de forma correcta y sin incidencias el conocido llamamiento. Deducimos pues, que la inobservancia de este aspecto por parte del trabajador, no puede tratarse como una infracción censurable del empresario.³⁸

Además el contenido de la convocatoria se deduce que debe ser de forma escrita y en él debe contener la fecha de inicio y la fecha que debe presentarse en la empresa o en el lugar de trabajo que se indique. Además debe notificarse con la suficiente antelación, como para que el trabajador notifique de forma adecuada si está en disposición o no de reincorporarse.³⁹

Esto también de cara al empresario para que pueda organizar la actividad productiva de su empresa. Por su parte, el incumplimiento por parte del trabajador o la no reincorporación en el plazo que se establezca, en caso de ser injustificada, suele tener como consecuencia la baja en las listas de fijos discontinuos, la extinción de su contrato y la pérdida de su derecho a ser

³⁷ El Convenio Colectivo de la industria azucarera, BOE de 2 de Agosto de 2011, núm. 184, que señala que el llamamiento se realizara por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio que garantice que la notificación se ha realizado correctamente y con suficientes garantías.

³⁸ Así se interpreta en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 29 de junio de 2006 (JR 209/2006).

³⁹ Así, se señala un margen de quince días de anticipación para la convocatoria, o de diez días a partir de la recepción para que conteste el trabajador en el CC de Industria de hostelería y turismo, de la Generalitat de Cataluña de 30 de Octubre de 2008, art.23.

convocado en campañas posteriores, entendiéndose, su dimisión al contrato⁴⁰, del modo que esta conducta del trabajador no deja de ser un incumplimiento contractual que en ocasiones perjudica a la empresa.⁴¹

Este aspecto por el cual el trabajador, tras el llamamiento no se presente al puesto de trabajo parece muy severo tratándose de las características de este tipo de contratación, de este modo, cabría en ciertos casos el desplazamiento de dichos trabajadores no presentados al último lugar de la lista de llamada, la pérdida de derecho a no ser convocado en la campaña actual o tener preferencia para ser contratado nuevamente y todo esto de acuerdo a la autonomía de las partes y con una buena regulación por ambas partes, que confiere el Estatuto de los Trabajadores que da a entender que estas cuestiones se encuentran dentro de la legalidad.

La extinción del contrato no sería tan grave si se debiera a una decisión tomada por el trabajador, por ejemplo por el hecho de haber mejorado su situación laboral. De este modo, todas las llamadas sin respuesta no pueden ser relacionadas con la intención del trabajador de no seguir en la empresa y este punto no puede ser ajeno a los convenios colectivos, con esto quiero decir que algunos convenios colectivos regulan este tipo de situaciones. Por lo tanto, el trabajador debería aportar inmediatamente la documentación justificativa oportuna, a tenor de lo cual se mantendría la relación con la empresa en las mismas condiciones.⁴²

Se entiende como causa justificativa de esta situación, el hecho que el trabajador este prestando servicios en otra empresa durante el tiempo de suspensión, esto también se da en el caso de fijos discontinuos periódicos, no pudiendo cumplir con ambas organizaciones a la vez.⁴³ Como ya he indicado, junto a este tema se establece la obligación de acreditar el alta y demostrar la

⁴⁰ ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, P.O.: “*Trabajo fijo periódico y fijo discontinuo. Consideraciones Actuales*”. Relaciones Laborales, núm. 5/2010, pág. 349, tomo 1 (Consultado en www.laleydigital.es).

⁴¹ El Convenio Colectivo del sector Agropecuario de la Comunidad Autónoma de Cantabria, BO de 15 de marzo de 2012, núm. 53. art. 11.b. regula que el llamamiento se realizara de manera fehaciente con treinta días de antelación al comienzo de la campaña y debiendo el trabajador en un plazo de quince días a partir de la notificación de llamamiento, confirmar su asistencia, en caso contrario quedaría extinguida la relación laboral.

⁴² Como es el caso del Convenio Colectivo del Personal laboral de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, BOE 11 julio 2006, art. 30.

⁴³ A modo de ejemplo, vemos el Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, BOE 30 noviembre 2007, núm. 287, en el art. 61, que indica que en el caso de prestar servicios en otra empresa demostrándolo de forma justificada y con antelación suficiente, se le concederá un nuevo plazo de preaviso a los efectos de que pueda extinguir o suspender su relación con la otra empresa, pero si tampoco se presentase en el nuevo plazo de preaviso causara baja voluntaria automáticamente extinguiéndose el contrato de trabajo a todos los efectos.

presencia activa en la otra empresa, graduándose distintas consecuencias para el trabajador.⁴⁴

Otros convenios en cambio, alargan este plazo hasta que termine el periodo suscrito con la otra empresa.⁴⁵ Y de modo favorable al trabajador, hay convenios que recogen la iniciativa de posponer el reingreso a elección del trabajador, hasta el siguiente ciclo de actividad.⁴⁶ Resulta deducible que en el caso de no presentación del trabajador después de terminar el plazo en alguno de estos últimos supuestos, ocasionara la extinción del contrato por incumplimiento real de la llamada.

Es frecuente la previsión sobre censos o listas de trabajadores fijos discontinuos con objeto de proporcionar seguridad jurídica a su posición discontinua y cumplimiento de su derecho a ser llamados y a reincorporarse en sucesivas campañas. Considerando la realización de estas listas de trabajadores una para cada sección, especialidad o categoría, que mas tarde se completan con el dato de antigüedad de cada uno en dichos ámbitos. Como se establece en el convenio colectivo de madera corcho, AENA, azúcar, cueros, etc. Esta práctica de las listas o censos trabajadores es la que garantiza al cien por cien la transparencia de la convocatoria, desde el momento en que se fija el orden de llamamiento, ya que en algunos convenios colectivos se prevé la publicación de estas listas en los tablones de anuncios de las empresas, para que tanto trabajadores como representantes de los trabajadores, puedan comprobar el orden relativo y sucesivo de llamadas respecto a la antigüedad.

De igual modo se suele establecer el deber de notificación por escrito de la finalización del periodo de actividad.

Además el empresario, en el momento de la reincorporación, deberá dar de alta en la Seguridad Social a los trabajadores en el momento de la reincorporación (arts. 29 y siguientes del RD 84/1996). También en cada una de las reanudaciones de su relación laboral.

A parte de las sanciones administrativas (art.22.2. Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social), la ley dispone que adquirirán la condición de trabajadores fijos los que no hubieran sido dados de alta, una vez transcurrido el plazo igual al que legalmente se hubieses podido fijar para

⁴⁴ Convenio Colectivo del Transporte de viajeros por carretera de la provincia, BO Valencia 9 septiembre 2006, art. 24.

⁴⁵ Como es el Convenio Colectivo de Manipulado y envasado de agrios, BO Región de Murcia 2 octubre 2006, art. 7.

⁴⁶ Como es el caso del Convenio Colectivo de Arqueología y Paleontología, DO Generalitat de Catalunya 2 enero 2008, art. 16.

el periodo de prueba (art.15.2. LET).⁴⁷

Cabe tener en cuenta que el llamamiento deberá producirse de todos modos, aunque el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal, en estos supuestos, el empresario igualmente deberá dar de alta a los trabajadores en la Seguridad Social.⁴⁸ Y es que resultaría discriminatorio que por enfermedad, accidente, embarazo, etc. no se tuviera derecho a la reserva del puesto de trabajo. El trabajador, por lo tanto, tendrá derecho a reincorporarse al trabajo cuando sea dado de alta, si la temporada no ha finalizado.⁴⁹

En el caso de que se reanude la actividad y el trabajador no sea llamado, teniendo derecho derivado de los criterios establecidos en convenio, el trabajador puede reclamar ante la jurisdicción social como si se tratase de un despido, en el plazo de veinte días desde que se tuviese conocimiento de la falta de llamamiento⁵⁰ (Arts. 15.8. LET y 103 LRJS) y conforme la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 9003/2007 de 18 diciembre AS 2008\663 : “*El demandante no fue llamado (debiendo serlo) en abril de 2007 (Hp 7); por lo que la actuación empresarial es constitutiva del despido frente al que se acciona (...)*” de forma parecida, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 2002 (RJ 2002, 5312), se debate un tema parecido en el cual unas trabajadoras, tenían la condición de fijas discontinuas no periódicas y no fueron llamadas, pero la empresa para defender su postura indico que estas trabajadoras ya habían sido despedidas en el último periodo efectivo de actividad:” *«la circunstancia de que las trabajadoras firmasen a la finalización del curso recibos de finiquito, pues tales documentos producían sus efectos en relación con el curso que terminaba y en absoluto suponía una voluntad extintiva de las relaciones de trabajo»*” Por lo tanto, el computo de los veinte días, como indica el Tribunal Supremo se iniciara en la fecha que debieron ser llamadas.⁵¹

⁴⁷ Como enjuicia la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 7 de Julio de 2000, (JUR 294992)

⁴⁸ Tal y como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Julio de 1995 (RJ 1995,6347).

⁴⁹ Así lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1992 (Ar.4534) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de septiembre de 2000 (AS 4573).

⁵⁰ GARCÍA PAREDES, M.L.: “*Trabajador fijo discontinuo: falta de llamamiento y despido*”. Actualidad laboral, núm. 21/2011, Ref. 699, tomo 2 (Consultado en www.laleydigital.es).

⁵¹ Y también como se establece en el Convenio Colectivo de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harinas de pescados y mariscos, BOE 20 de Septiembre de 2012 en el art. 7.1.2.c) tercer párrafo.

La falta de llamamiento se asimila al despido, a efectos procesales, en los casos en los que la omisión carezca de justificación, lo cual puede darse en distintos supuestos, uno de estos supuestos podría ser el caso en el que el empresario no quisiera reincorporar a un trabajador en concreto.

Si la actividad no va a desarrollarse en futuras anualidades, deberían extinguirse los contratos a través de despidos objetivos o colectivos, previo periodo de consultas en el último caso, o a la suspensión de los contratos, si se pretende reanudar la campaña o temporada. (Art. 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores y RD 1483/2012).

En el caso en el que la expectativa del trabajador se convierta en un derecho a reincorporarse, en el caso de reinicio de la actividad y no ser llamado en función del orden que determine el convenio colectivo, se estaría alargando la interrupción de esos trabajos, pero alargar dicho proceso de interrupción no querría decir que el empresario tuviera la voluntad de extinguir la relación contractual.

Además debemos saber que como nos indica, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Marzo de 2011 (RJ 2011,3565), que si se declara la existencia de despido, los salarios de tramitación (prácticamente eliminados por el RD Ley 3/2012) se deberán hasta la fecha en que habría terminado la actividad o campaña que motiva el contrato si finaliza antes de dictarse sentencia, en otro caso la duración será hasta la notificación de la sentencia de despido.

7. FINALIZACION DE CAMPAÑA O TEMPORADA

Cuando culmine el ciclo o periodo de actividad periódica o no periódica, por finalizar la temporada correspondiente, el contrato se verá interrumpido hasta la próxima campaña, dándose de baja a los trabajadores en la Seguridad Social.

Además, la empresa deberá realizar la liquidación de los salarios devengados hasta el momento y no abonados, ofreciendo un finiquito al trabajador o “propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas” el cual consiste en la parte proporcional de la retribución de vacaciones y de las pagas extraordinarias devengadas y no pagadas, etc. Tal y como establece el artículo 29.1., *in fine*, de la LET, llegado el fin de campaña es necesario proceder a la liquidación de las cantidades adeudadas, de conformidad con el artículo 49.2. de la LET y con sujeción a sus trámites y garantías. Es decir, se debe proceder a realizar un finiquito, ahora bien, no con efecto extintivo, sino exclusivamente liquidatorio, y que tal como hemos indicado, solo indica el punto final de la campaña.⁵² Es necesario tener en cuenta que en el momento de la firma del finiquito, podrá asistir un representante legal de los trabajadores si el trabajador lo solicita. (Arts. 29.1 y 49.2 de la LET).

También carece de valor liberatorio el finiquito firmado al término de cada curso escolar, constituyendo mera “liquidación del periodo trabajado” más si es firmado en “el convencimiento de ser nuevamente llamado al inicio del siguiente curso”.⁵³

De igual modo, carecen de valor liberatorio los finiquitos firmados en cada temporada con las empresas de un grupo⁵⁴. Pero tiene carácter liberatorio para quien no es fijo discontinuo, sino empleado temporal.⁵⁵

⁵² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 de Octubre de 2001, (AS 4259) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana de 27 de julio de 2000 (AS 2001/588).

⁵³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 30 de Junio de 1998, AS 6345.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 Junio de 1994, AS 2570.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de Diciembre de 1999, AS 2000/476.

8. CESE DE LOS TRABAJADORES

Aunque nada indica el Estatuto de los Trabajadores es evidente que la existencia del trabajo por campañas o temporadas no solo comporta el llamamiento a los trabajadores cuando se inician sus labores, sino también el cese cuando terminan.

Este cese de los trabajadores al finalizar cada periodo o ciclo de actividad puede producirse de forma conjunta de todos los trabajadores, o de forma progresiva, es decir, poco a poco hasta que la campaña vaya finalizando, en este caso deberá respetarse el orden regulado en los convenios colectivos, de modo que los trabajadores con mejor derecho serán los que cesen más tarde la actividad. Pero la falta de previsión en dichos convenios concede al empresario la facultad de cesar a su libre disposición.

En los convenios se opta mayoritariamente por un orden inverso al del llamamiento, aplicando los pronunciamientos judiciales en algunos casos el riguroso orden de antigüedad, de menor a mayor, posponiendo su cese, en todo caso, al de los trabajadores eventuales⁵⁶. Como la ley no fija con qué antelación se debe comunicar este cese, deberemos cumplir lo que indiquen los convenios colectivos o la costumbre de modo supletorio. Es válida cualquier forma de comunicación oral o escrita. Los documentos de cese no tienen otra significación que la de comunicar la terminación de la campaña y para que expresen la voluntad empresarial de extinguir la relación laboral se requiere que pongan claramente en conocimiento de los trabajadores que no serán admitidos en temporadas sucesivas.⁵⁷

En el caso de producirse un cese general y anticipado, deberá tramitarse un expediente de regulación de empleo de extinción o de suspensión de dichos contratos. (Artículos 47 y 51 de la LET).

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Abril de 1999 (RJ 4396).

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 1991 (RJ 9081)

9. LOS TIEMPOS DE DESCANSO

Los fijos discontinuos también tienen derecho a los tiempos legales de descanso aplicando el principio de igualdad, si bien su retribución estará en función del tiempo trabajado, aplicando la regla de la proporcionalidad.

El descanso más conflictivo es el vacacional. Que los trabajadores fijos discontinuos tienen derecho a disfrutar sus vacaciones está claro⁵⁸, pues parece razonable que quieran gozar de este periodo vacacional. Los problemas surgen para fijar la fecha de dichas vacaciones que no puede ser ni cuando son contratados ni cuando tienen el contrato suspendido, porque si este tipo de trabajadores prestan servicios durante un periodo activo es porque se les necesita.⁵⁹ Por lo tanto, por esta dificultad de disfrutar las vacaciones dentro y fuera de la campaña o temporada, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 DE Octubre de 2000, AS 2001/887, nos dice que “: *es práctica que los trabajadores fijos discontinuos no disfruten las vacaciones, sino que se les compensa económicamente al finalizar la temporada*”.

El principio de igualdad cede ante el de proporcionalidad en cuanto a la duración y cuantía de las vacaciones. Han de ser retribuidas de igual forma que los tiempos de trabajo, incluyendo la prorrata de pagas extraordinarias.⁶⁰ Por lo demás, el fijo discontinuo que se va de vacaciones sin autorización por parte del empresario queda expuesto a que su despido se califique de procedente.⁶¹

Además el RD 1561/1995 (RCL 1995,2650) sobre jornadas especiales de trabajo, permite en algunos supuestos especiales la posibilidad de acumular los tiempos de descanso y acumularlos en su periodo ordinario de disfrute en periodos más amplios, de varios meses o al mismo tiempo que las vacaciones. Pero en el caso de los fijos discontinuos se encuentra limitada la posibilidad de disfrute dentro del periodo de actividad (Artículo 2.2. RD 1561/1995).

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de Enero de 2004, AS 1356.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 3 de Febrero de 1992, AS 517.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de Julio de 1998, AS 5949.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 17 de Septiembre de 1992, AS 4308.

10. EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO, DESEMPLEO Y ANTIGÜEDAD COMPUTABLE

El RD Ley 5/2002 de 24 de Mayo (RCL 2002,1360) solo permitía el acceso a las prestaciones por desempleo a los trabajadores fijos discontinuos no periódicos. Con la Ley 45/2002 de 12 de diciembre (RCL 2002,2901) dicha limitación desapareció con relación al artículo 208.1.4 de la Ley General de Seguridad Social. Pero realmente la ley que finalmente unificó esta protección a ambos trabajadores fijos discontinuos, es decir, tanto a los periódicos como a no periódicos, fue el RD Ley 6/2005 de 9 de junio (RCL 2006, 1208) para la mejora del crecimiento y del empleo.

En algunos convenios colectivos se establecen periodos de actividad mínimos para que este tipo de trabajadores, una vez finalizada la campaña, tengan derecho a acceder a prestación por desempleo durante los periodos de inactividad, como es el caso de los convenios colectivos de papel y artes graficas, conservas vegetales, etc. en la medida que resulta necesario para muchos fijos discontinuos sumar más ingresos para subsistir o alcanzar un mínimo de cotización con el fin de poder solicitar una prestación por desempleo, que llenaría el vacío hasta el reinicio de la actividad remunerada.

El tema de conceder a este tipo de trabajadores, el acceso a estas prestaciones es un tema problemático, porque se señala que en realidad a los trabajadores discontinuos no se les extingue el contrato, sino solo se suspende hasta la nueva reanudación de la actividad, pero lo que si queda claro es que si estos trabajadores, cumplen con el periodo de cotización suficiente deben tener derecho siempre a cobrar las prestaciones por desempleo. Esto se regula en el artículo 208.1.4. de la Ley General de Seguridad Social y en el artículo 1.5. del RD 625/1985: *“ Los periodos de inactividad propios y ordinarios del trabajo fijo discontinuo son situaciones de desempleo protegidas, tanto en su modalidad contributiva como en la asistencial o subsidiada”*.⁶²

Otro es el caso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social) Sentencia de 16 marzo 2002 (JUR 2002\151502) en el cual la actora, firmó un nuevo contrato con la misma categoría profesional y en el propio centro de trabajo, para la provisión interina de puesto de

⁶² Y también como vemos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 30 abril 2002 (JUR 2002\132287) : *“(…)pues si se atiende a la actividad "fija de carácter discontinuo" para la que fue contratado y que se prolonga durante años, (...)” “debe considerarse a los efectos de las prestaciones de desempleo y entre campañas como trabajador fijo-discontinuo por derivación de una interpretación adecuada del art. 208-l-4, y sin aplicación del art. 208-l-2 (..)*

trabajo con carácter fijo, con suspensión durante el periodo estival en que cesa la actividad, desde el 27-6-97 hasta el comienzo del curso escolar. En junio de 1997, se le reconocen las prestaciones por desempleo por el INEM aportando certificación sobre la suspensión del contrato del 27 de junio al 26 de septiembre, por cese de actividad. Si la actora, es trabajadora fija, de carácter discontinuo, aunque lo sea en régimen de interinidad, resulta evidente que se encuentra en situación legal de desempleo, por imperio de lo normado en el art. 208.1.4 del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Relacionado con las prestaciones por desempleo, es importante indicar, que la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos constituye una situación asimilada al alta a efectos de protección por desempleo (artículo 2.2 RD 625/1985).

Por lo tanto, como hemos visto es importante ver en qué situación queda el trabajador fijo discontinuo una vez que finaliza la temporada y cesa en la prestación de servicios.

De momento debe quedar claro que la suspensión del contrato por finalización de dicha actividad cíclica, no supone la extinción del contrato, sino que sigue vivo.⁶³ En dicho periodo de inactividad, la situación del trabajador entre los periodos de cese en la prestación de servicios, es igual a la del trabajador con contrato suspendido, por lo tanto, este trabajador no tiene derecho a retribución alguna. Pero la situación de interrupción de la actividad no tiene idéntica configuración a las causas de suspensión del contrato reguladas en el artículo 45 de la LET, ya que estamos ante una consecuencia lógica de la naturaleza misma de la prestación de trabajo fijo discontinuo, por lo tanto, cabría tener en cuenta que la interrupción tiene naturaleza propia y distinta de la suspensión de trabajo.⁶⁴

Podemos indicar que durante los periodos entre campañas el trabajador podrá compaginar la situación de interrupción de la prestación fija discontinua con el desempeño de otra u otras prestaciones de trabajo, situación que es incompatible con la de suspensión del contrato de trabajo.

Otra cuestión es la relativa a la antigüedad en la empresa de este tipo de trabajadores, se puede computar la antigüedad en función del periodo trabajado⁶⁵ o computar los periodos anuales completos con independencia del periodo efectivamente trabajando.⁶⁶ Una sentencia más

⁶³ ORTIZ LALLANA, M.C. : "Algunos problemas...", *op.cit.*, pag.237.

⁶⁴ RIOS SALMERON, B. : "La contratación de trabajadores fijos discontinuos" *Documentación Laboral*, nº16; págs. 48 a 50.

⁶⁵ Sentencia de Tribunal Supremo de 5 de Marzo de 1997 (ar.2250).

⁶⁶ CRUZ VILLALON, J.: "El contrato...", *op.cit.* pag.457

reciente, como es la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 6 febrero 2008, también trata este tema en el que el demandante es un trabajador que presta servicios como trabajador fijo discontinuo y se valora de qué forma debería computarse su antigüedad. En dicha sentencia se indica que la antigüedad debería computarse en función del trabajo desarrollado, teniendo en cuenta también en todo caso, lo que se establezca mediante el convenio colectivo de aplicación (art.25 LET).

Desde mi punto de vista, el periodo computable de antigüedad más lógico sería el periodo efectivo trabajado, ya que computar por periodos anuales no tiene sentido porque no se trabajan estos periodos de forma completa, y sería “regalar” periodos de antigüedad a personas que realmente no la han obtenido legalmente.

11. CONCLUSIONES

Las cuestiones jurídicamente más importantes, o lo que es lo mismo, las ideas principales a las que he llegado tras el estudio realizado, son las detalladas a continuación.

El contrato de trabajo fijo discontinuo sirve para solventar periodos de incremento de actividad en determinadas temporadas del año y acostumbra a utilizarse este tipo de contratación en determinados sectores o actividades concretas, como pueden ser la hostelería, agricultura y periodos de rebajas en comercios. Este tipo de contratación se considera indefinida porque la actividad se lleva a cabo año tras año, pero en periodos concretos, de modo que dicho desarrollo se va interrumpido por uno o varios periodos de inactividad.

El principal problema que encontramos para delimitar el trabajo fijo discontinuo es la distinción de este tipo de contratación con el contrato temporal. Debemos tener claro que la contratación temporal se justifica cuando se dan necesidades extraordinarias, mientras que el contrato fijo discontinuo se lleva a cabo para cubrir necesidades permanentes pero de forma intermitente en el tiempo.

En función de cómo se reiteran dichos periodos de actividad y del modo en que se produce, los contratos fijos discontinuos pueden ser fijos discontinuos periódicos o fijos discontinuos no periódicos. En los periodos en los que el reinicio de la actividad se produce en fechas ciertas, es decir, la fecha de reinicio de la actividad siempre es la misma, los trabajadores deben reincorporarse de forma directa, este es el contrato conocido como fijo periódico. Y en el caso, en que la reanudación es de duración incierta, es decir, no se conoce la fecha exacta de reinicio de la actividad, este contrato recibe el nombre de contrato fijo no periódico. En este tipo de contrato como hemos analizado, en el momento de reinicio de la actividad el empresario esta obligado a llamar a sus trabajadores y los trabajadores tienen el derecho a ser llamados. Porque ni empresario ni trabajador pueden saber la duración de su jornada, ni la fecha de inicio y terminación, pero lo que si que es evidente es que será el empresario el primero en ver cual será el inicio de dicha actividad, y por lo tanto, le corresponde convocar a los trabajadores.

Como hemos visto, cabe señalar la gran importancia de los convenios colectivos respecto al llamamiento de los trabajadores ya que estos son los que regularan la forma de llevarlo a cabo y orden para evitar confrontaciones entre empresarios y trabajadores, como hemos podido comprobar tras el análisis de múltiples convenios colectivos de varios sectores, la mayoría de estos apuestan por el orden de antigüedad de cada especialidad o categoría y el cese de la actividad en el orden inverso, por modernidad. Aunque en algunas ocasiones se establecen

tambien criterios de igualdad en cuanto al numero de dias trabajados por cada empleado o criterios de mejor aptitud para el puesto.

Ademas debemos tener en cuenta que la convocatoria debiera llevarse a cabo de forma que quede constancia de su recepcion al trabajador, para que de este modo si el trabajador no contesta al llamamiento, el empresario pueda dar por finalizada la relacion laboral. De igual modo se suele establecer el deber de notificación de la finalización del periodo de actividad.

Por lo tanto, el papel del empresario es fundamental y esencial, ya que si el empresario no realiza el conocido “llamamiento” a los trabajadores, estos no sabrán en que fecha deberan reincorporarse. En el caso de no llamamiento por parte del empresario el trabajador puede ejercer su derecho ante la jurisdiccion social como si se tratase de un despido en un plazo de veinte dias, tal y como el Tribunal Supremo en varias sentencias analizadas. Y en el caso de llamamiento a los trabajadores, si el trabajador no contestase a la demanda, se podria dar por entendida la suspension de la relacion laboral. Como hemos podido ver, del llamamiento, se derivan un conjunto de consecuencias tanto para empresario como para los trabajadores, que pueden conllevar tanto por una parte como por la otra, a dar por entendida la extinción de dicho contrato, como hemos podido comprobar, es un elemento muy importante y de gran relevancia para este tipo de contratacion fija discontinua.

En el momento de culminacion del periodo de actividad, el contrato se vera interrumpido hasta la proxima campaña. Esto conlleva, que la empresa debiera proceder a realizar un finiquito a cada uno de este tipo de trabajadores, pero no con efecto extintivo sino simplemente liquidatorio. Dicho cese de los trabajadores, podra producirse de forma conjunta o progresiva, en este aspecto tambien se da alto margen a la regulacion de los convenios colectivos y la mayoría de veces se opta por el orden inverso al del llamamiento, es decir, de menor a mayor antigüedad.

El tema de conceder a los trabajadores fijos discontinuos, el acceso a las prestaciones por desempleo es un tema problematico, pero lo que si queda claro es que si estos cumplen con los periodos de cotizacion suficientes deben tener derecho, tal y como regula la normativa y reitera la doctrina judicial. Ademas dichos trabajadores en los periodos entre campañas podran compaginar la situacion de interrupcion con el desempeño de otra u otras prestaciones de trabajo.

A parte de todos los conocimientos adquiridos teoricamente sobre los trabajadores fijos discontinuos y tras el largo estudio realizado, tambien creo conveniente destacar todo lo que he aprendido de cara a realizar un correcto proceso de investigacion, desde buscar en las fuentes

correctas, saber extraer la información necesaria, saber estructurarla y poder sacar el mayor provecho.

Desde mi experiencia personal, había realizado muchos trabajos, pero ninguno con la importancia y el peso de este, y creo que sin duda todas las horas aplicadas y todo el duro trabajo durante estos últimos meses, ha merecido la pena en muchos aspectos.

Teniendo también en cuenta, que el tema tratado en mi trabajo, ha sido complicado de analizar ya que la información que obtenía o encontraba en la mayoría de ocasiones era información no muy reciente y esto supongo, porque este tema se ha tratado pero no de igual forma como pueden ser otros, pero pese a esto y tras mucho esfuerzo, he intentado obtener el mayor número de información más actual posible y contrastarla con varias fuentes, reflexiones y opiniones personales, y creo que el resultado final ha sido satisfactorio.

12. AGRADECIMIENTOS

Al finalizar este largo y costoso trabajo y sobre todo lleno de dificultades como es el desarrollo de un documento de investigación, es inconcebible que centre el mérito únicamente en mi persona. Quiero aprovechar la ocasión para agradecer a varias personas el correcto desarrollo de este trabajo, porque sin su participación esto no hubiera sido posible. Por ello, es para mí un verdadero placer utilizar este espacio para ser justa y consecuente con ellas, expresándoles mis agradecimientos.

Debo agradecer de forma especial y honesta al Profesor Josep Maria Fusté Miquela, por tutorizar la investigación de mi trabajo, su confianza en mi trabajo y su capacidad para guiar mis ideas ha sido una aportación esencial, ya que su orientación y rigurosidad han sido la clave para llevar a cabo un buen trabajo. También le agradezco el haberme facilitado siempre los medios suficientes para llevar a cabo el correcto desarrollo de dicho trabajo y además debo destacar su disponibilidad y paciencia en todas las tutorías llevadas a cabo.

Quiero expresar también mi agradecimiento a la Profesora Olga Paz, por sus explicaciones, interés e implicación en el trabajo de fin de grado, ya que gracias a esto el desarrollo del trabajo se ha hecho mucho más fácil. Y como no, a todos los Profesores de Derecho del Trabajo del grado de RRL, que tal vez sin darse cuenta, han aportado cada uno de ellos un grano de arena para el correcto desempeño.

13. FUENTES DE CONSULTA

13.1. BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, P.O.: “*Trabajo fijo periódico y fijo discontinuo. Consideraciones Actuales*”. Relaciones Laborales, núm. 5/2010. Consultado en www.laleydigital.es.
- ALFONSO MELLADO, C.L. : *La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ALVAREZ DE LA ROSA, M.: “*El trabajo fijo-discontinuo, modalidad de contrato a tiempo parcial*” en VVAA(CASAS BAAMONDE, M.E. y VALDES DAL-RE, coords.): *contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid 2000.
- BENAVENTE TORRES, I. : “*Tareas fijas discontinuas y contrato temporal en la administración pública*”. Relaciones Laborales, núm.1/2007. Consultado en www.laleydigital.es.*
- CAVAS MARTINEZ, F., y CARDENAL CARRO, M.: “*Contratación y modalidades contractuales*” en VVAA, *La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 35/2001, de 2 de marzo*. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- CRUZ VILLALÓN, J., “*El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984*”. *Relaciones Laborales*, t. I, 1985.
- FERNANDEZ MÁRQUEZ, O.: “*Modalidades de contrato de trabajo*, en VVAA: *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva*, Consejo Económico y Social , Madrid 1998.
- GARATE CASTRO, JAVIER: *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*, Netbiblo (La Coruña, 2009) *
- GARCÍA PAREDES, M.L.: “*Trabajador fijo discontinuo: falta de llamamiento y despido*”. *Actualidad laboral*, núm. 21/2011. Consultado en www.laleydigital.es.
- GOERLICH PESET, J.M. : “*Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?*”, *Temas Laborales* n°61.
- MARÍN CORREA, J.M. : “*Contrato eventual y fijo discontinuo*”. *Actualidad laboral*, núm. 17/2006. Consultado en www.laleydigital.es.*

- OJEDA AVILÉS, A.: *Modalidades de contrato de trabajo*. Comentarios a la legislación, Tecnos (Madrid, 2003).
- ORTIZ LALLANA, M.C.: “*Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial*” *Relaciones Laborales*, nº II, 1998.
- RIOS SALMERON, B. : “*La contratación de trabajadores fijos discontinuos*” *Documentación Laboral*, nº16.
- RUIZ CASTILLO, M.M.: “*La duración del contrato de trabajo: Estudio de su régimen legal y jurisprudencial*”, *Revista de Política Social*, nº138, 1983.
- SALA FRANCO, TOMAS; PEREZ INFANTE, JOSE IGNACIO; LOPEZ TERRADA, EVA. *Las modalidades de la contratación laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2009)*
- TARRAGA POVEDA, JOSÉ. *El contrato de trabajo fijo discontinuo*, Editorial Bomarzo (2004)
- VALVERDE ASECIO, A.: “*La determinación del periodo de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*”, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.
- YANINI BAEZA, J.: *La contratación para trabajos fijos discontinuos*, Mc Graw-Hill (Madrid, 1998)*

13.2. WEBGRAFIA

- www.aranzadi.es
- www.laleydigital.laley.es
- www.noticiasjuridicas.com
- www.poderjudicial.es
- www.sepe.es
- www.westlaw.es

13.3. NORMATIVA

- Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: artículos 8,9,12,15,29,42,45,47,49,51,52 y 64.
- Ley General de la Seguridad Social: artículos 208.
- Real Decreto 84/1996 de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social: artículos 29 y siguientes.

- Real Decreto 1561/1995 de 21 de Septiembre sobre jornadas especiales de trabajo: artículo 2.
- Real Decreto 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo: artículos 1 y 2.
- Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora y crecimiento del empleo: artículo 1.
- RD 2720/1998 de 8 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada: artículos 2 y 9.
- Ley 35/2010 de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo: artículo 1.
- Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto: artículo 22.
- RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

13.4. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL)

- Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 1991 (RJ 9081)
- Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1992 (Ar. 4534)
- Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1994 (RJ 1994, 4750)
- Tribunal Supremo de 10 de Abril de 1995 (RJ 1995, 3038)
- Tribunal Supremo de 28 de Julio de 1995 (RJ 1995, 6347)
- Tribunal Supremo de 23 de Octubre de 1995(Ar. 7867)
- Tribunal Supremo de 05 de Marzo de 1997 (Ar.2250)
- Tribunal Supremo de 26 de Mayo de 1997 (RJ 1997,4426)
- Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1998 (RJ 1998, 2210)
- Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1998 (RJ 1998,5483)
- Tribunal Supremo de 18 de Noviembre de 1998 (RJ 1998,10000)
- Tribunal Supremo de 06 de Abril de 1999 (RJ 4396)
- Tribunal Supremo de 05 de Julio de 1999 (Ar. 6443)
- Tribunal Supremo de 12 de Febrero de 2000 (Ar. 902)
- Tribunal Supremo de 01 de Octubre de 2001 (RJ 2001, 8488)
- Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 2001 (RJ 2002,2116)

- Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 2002 (RJ 2002,5312)
- Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 2003(RJ 2003,4502)
- Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 2006
- Tribunal Supremo de 30 de Mayo 2007 (RJ 2007,6113)
- Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 2010 (RJ 2010,4002)
- Tribunal Supremo de 15 de Marzo de 2011 (JUR 2011/126557)
- Tribunal Supremo de 23 de Marzo de 2011 (RJ 2011,3565)
- Tribunal Supremo de 14 de Abril de 2011 (RJ 2011, 3954)
- Tribunal Supremo de 22 de Septiembre de 2011(RJ 2011, 7284)
- Tribunal Supremo de 24 de Abril de 2012 (RJ 2012/8954)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 3 de Febrero de 1992 (AS 517)
- Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 12 de Febrero de 1992 (AS 1992,525)
- Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 17 de Septiembre de 1992 (AS 4308)
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de Junio de 1994 (AS 2570)
- Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 26 de Abril de 1995 (AS 1995,1752)
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 5 de Diciembre de 1995 (AS 1995, 4553).
- Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 30 de Junio de 1998 (AS 6345)
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de Julio 1998 (AS 5949)
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de Diciembre de 1999 (AS 2000/476)
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 7 de Julio de 2000 (JUR 294992)
- Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de Julio de 2000 (AS 2001/588)
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de Septiembre de 2000 (AS 4573)
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 02 de Octubre de 2000 (AS 2001/887)
- Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de Julio de 2001 (AS 3474)
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 de Octubre de 2001 (AS 4259)
- Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) de 30 de Enero de 2002 (AS 2002, 2240)

- Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de Marzo de 2002 (JUR 2002/151502)
- Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de Abril de 2002 (JUR 2002/132287)
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) de 30 de Enero de 2003 (AS 2003,939)
- Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social) de 15 de Diciembre de 2003 (AS 2004, 1745)
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de Enero de 2004 (AS 1356)
- Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 29 de Junio de 2006 (AS 209/2006)
- Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 12 de Julio de 2006 (AS 2006/3261)
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de Diciembre de 2008 (AS 2008/663)

13.5. CONVENIOS COLECTIVOS

- Convenio Colectivo del calzado para el sector de fabricación del artesano manual y ortopedia y a medida y talleres de reparación y conservación del usado BOE 3 junio 1998, núm. 132.
- I Convenio Colectivo entre el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea, BOE 18 marzo 1999, núm. 66.
- Convenio Colectivo del Personal laboral de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, BOE 11 julio 2006.
- Convenio Colectivo del Transporte de viajeros por carretera de la provincia, BO Valencia 9 septiembre 2006.
- Convenio Colectivo general de la industria salinera, BOE 19 octubre 2006, núm. 250.

- Convenio Colectivo para las Industrias del Aceite y sus Derivados de Córdoba, BO. Córdoba 6 julio 2007, núm. 122.
- Convenio Colectivo de la Hostelería, cafés, bares y similares, B.O Navarra, 8 de agosto, 2007.
-
- Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, BOE 30 noviembre 2007, núm. 287
- Convenio Colectivo de trabajo de Cataluña para las empresas de exhibición cinematográfica de las provincias de Girona, Lleida y Tarragona para los años 2008-2011. DO. Generalitat de Catalunya 4 noviembre 2008, núm. 5250
- Convenio Colectivo de la industria azucarera, BOE 2 agosto 2011, núm. 184.
- Convenio Colectivo del sector agropecuario de la Comunidad Autónoma de Cantabria, BO de 15 de marzo de 2012, núm. 53.
- Convenio Colectivo del papel y las artes gráficas, BOE 21 abril 2012, núm. 96.
- Convenio Colectivo Nacional de pastas alimenticias, BOE de 5 de Julio de 2012, num.160
- Convenio Colectivo de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harinas de pescados y mariscos, BOE 20 de Septiembre de 2012.
- V Convenio Colectivo Estatal del corcho, BOE 21 septiembre 2012, núm. 228.