

**EVENTUALES A LLAMADA: LOS LÍMITES A
LA POSIBILIDAD DE CONFIGURACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN TEMPORAL POR
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

STS (Social) de 17 diciembre 2001 (Rec. 66/2001)

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO
ANTONIO J. VALVERDE ASENCIO*

SUPUESTO DE HECHO: La Federación de Bebidas y Tabacos de la Unión General de Trabajadores impugnó el art. 4 del Convenio Colectivo del Manipulado y Envasado de Agrios de la Región de Murcia. Dicho artículo regulaba entre otros el contrato eventual en los siguientes términos: “Los trabajadores que se contraten bajo esta modalidad, bien sea por acumulación de tareas, exceso de pedidos, circunstancias de la producción o mercado, aún tratándose de la actividad normal de la empresa, deberán suscribir el correspondiente contrato, con duración máxima de 180 días de trabajo efectivo, y dentro del periodo de 265 días, pero serán llamados al trabajo, y, lógicamente retribuidos exclusivamente los días en que sean precisos sus servicios a la empresa, dentro del periodo pactado, y ello por posibilitarlo el art. 3 del RD 2720/1998 de 18 de diciembre... ya que se está en presencia de Convenio Colectivo sectorial, y se establece la duración de estos contratos en la forma expuesta, en atención al carácter estacional de la actividad. Las partes suscriptoras del convenio entienden ajustada a Derecho esta modalidad de contratación, en función de las características del sector a que se aplica y las peculiaridades del mismo. En todo caso este contrato no puede ser utilizado a través de empresas de trabajo temporal, con contratos de puesta a disposición”. Igualmente se establecía la preferencia de los eventuales, a partir de un

* Profesores Titulares de la Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

mínimo de días de trabajo en la temporada anterior, para ser contratados en la siguiente, del mismo modo que el acceso a la fijeza discontinua de los trabajadores eventuales a partir de un número de días de trabajo en la campaña anterior superior al previsto para la simple preferencia anterior.

FUNDAMENTO DE DERECHO: La Sentencia del Tribunal Supremo casa la previa Sentencia del TSJ de Murcia, declarando nula la mencionada cláusula por violación tanto del art. 1256 del Código Civil como del art. 15 ET. Para la sentencia, el contrato eventual no puede ser intermitente; la norma convencional sólo podría alterar la duración máxima y el periodo de referencia dentro del cual habría de celebrarse; y el trabajo “a llamada” sería incompatible con el art. 1256 Cc.

COMENTARIO:

1.- La Sentencia que nos ocupa –y, traslaticiamente, la norma convencional que es objeto de su atención– constituye un ilustrativo ejemplo de buena parte de las cuestiones más complejas, y a la vez actuales, que se suscitan en el ordenamiento laboral.

Además de señalar desde una perspectiva procesal que la firma por el demandante de cláusulas similares en anteriores convenios no le priva ni de la acción¹, ni garantiza necesariamente la bondad de estas cláusulas en función de su carácter representativo, surgen en este pronunciamiento judicial cuestiones más que interesantes que afectan o atañen al propio esquema de fuentes laborales. Problemas como el papel y la relación entre la norma legal y la norma colectiva en la configuración de instituciones centrales del sistema como la contratación temporal; la búsqueda –en una suerte de “ingeniería laboral”– de nuevas modalidades y posibilidades que permitan conciliar los cambiantes intereses de las partes; el papel que en todo ello ha de adoptar el control judicial, o la necesidad –implícita en todo el problema– de adecuar el tiempo de trabajo con las puntuales necesidades empresariales a cambio de otras ventajas sociales, en una especie de intercambio de flexibilidad contractual por ventajas de empleo y salariales, todas estas cuestiones, como decimos, transitan con mayor o menor importancia dentro de la sentencia y del voto particular que la acompaña.

Las escasas posibilidades de espacio que brinda este comentario nos obligan a dejar de lado varios de estos problemas para centrar nuestro análisis en lo que es, en sí mismo, el centro de la decisión: la licitud o no de una figura híbrida y compleja, construida sobre el contrato eventual, pero que presenta

¹ A diferencia de lo que sucedería si hubiese firmado. En extenso sobre el tema R.M. PÉREZ YAÑEZ *El control judicial de los pactos colectivos*, CES, Madrid, 1997.

rasgos que la asemejan a los contratos a tiempo parcial, a los fijos discontinuos o a problemas de suspensión contractual.

2.- Desde esta perspectiva, y dada la naturaleza híbrida de la figura, la primera pregunta que quizás debiéramos plantearnos –y que desde luego se plantean tanto la Sentencia como el voto particular– es la posibilidad, el marco general en el que puede moverse la negociación colectiva española en relación, específicamente, con las modalidades contractuales y, sobre todo, con la contratación temporal. Es ésta, sin duda, la piedra angular, la clave de toda la resolución y el aspecto en el que se observa, ya desde un principio, una notoria diferencia entre la posición mayoritaria y la adoptada en el voto particular.

A estas alturas de la evolución del ordenamiento laboral parece ya un dato incontestable que, a pesar de las reformas legales de 1994, nuestra negociación colectiva no puede crear o establecer modalidades contractuales temporales atípicas o diferentes a la legales, incluso por muy apoyadas que éstas se encuentren en la tradición. El principio de causalidad y la tipicidad que, al menos formalmente, rige nuestra contratación temporal ha hecho que la jurisprudencia admita como términos contractuales tan sólo aquellas causas establecidas legalmente². Y aunque es cierto que en específicas ocasiones ha admitido el peligroso instrumento de la simple condición resolutoria, lo cierto es que más tarde ha procedido frecuentemente a integrarlas o subsumirlas en alguno de los tipos establecidos en el art. 15 ET³. Y ello aún a costa de una cierta desnaturalización, o de una significativa ampliación del ámbito, por ejemplo, del contrato de obra o servicio que nos es imposible abordar en estos momentos⁴.

El problema, por tanto, no parece ser ya esta capacidad de creación ex novo de modalidades contractuales temporales –volvemos a repetir, negado tradicionalmente por nuestra jurisprudencia–, sino otro aún más complejo y seguramente situado en un nivel inferior. La cuestión, así, no sería ya esta capacidad creadora ex novo sino más bien, y más matizadamente, los límites a la capacidad de esta misma fuente para alterar a través de instituciones en apariencia comunes el régimen legal de la específica modalidad de contratación temporal.

² Por todos, A.V. SEMPERE NAVARRO, M. CARDENAL CARRO, *Los contratos temporales ordinarios en el ordenamiento laboral*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996.

³ Ya abordamos este tema en J. CALVO GALLEGU, “Arrendamiento de empresa y contrato de obra o servicio determinado”, en *Temas Laborales*, 199, n. 51, pág. 233 y sig.

⁴ Sobre este problema, por todos, J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación laboral temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; J.I. GARCIA NINET, J.I. VICENTE PALACIO, *Contrato de obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

En este sentido, coincidimos con el voto particular al señalar el carácter, cuanto menos discutible de algunas de las afirmaciones o razonamientos que realiza –quizás de forma extremadamente genérica– la mayoría de la Sala. De hecho, no parece muy acertada la amplia afirmación según la cual la negociación colectiva tan sólo podría actuar alterando la duración del periodo de referencia o la del propio contrato eventual. Afirmar, como se hace por la Sala, que “el resto de la regulación del contrato eventual queda sustraída a la posibilidad negociadora de la negociación colectiva”, no sólo supone olvidar expresas posibilidades abiertas por la misma ley a la negociación colectiva –como fijar un porcentaje máximo de trabajadores eventuales o determinar las actividades en las que puede contratar– sino también confundir –al menos a nuestro juicio– las llamadas expresas del legislador con las únicas habilitaciones a la negociación colectiva.

En cambio, en lo que sí coincidimos totalmente con la Sala es el hecho de que esta capacidad de regulación o adaptación convencional de las modalidades contractuales no puede ni debe llegar tan lejos que altere radicalmente el modelo legal original hasta hacerlo prácticamente irreconocible. Si hemos de ser coherentes con la primera premisa de toda esta argumentación –esto es, la imposibilidad de creación de modalidades contractuales temporales distintas a las legales– habremos de concluir que el negociador colectivo no puede “retocarlas”, alterarlas o modificarlas hasta tal punto que convierta en un puro nominalismo la consideración de dicha modalidad como una de los tipos recogidos en el art. 15 ET. La contratación temporal no sería así, en conclusión, una materia sometidas a una hipotética “reserva de ley”, como espacio cerrado o acotado a la negociación colectiva, salvo expresa autorización legal. No existen las razones de orden público que, por ejemplo, es posible apreciar –por su conexión con la mayor representatividad– en relación con la regulación de los órganos unitarios. Por ello creemos que la ley puede entrar en diversos aspectos de esta modalidad. Pero siempre y cuando –y esto es lo que nos interesa resaltar– que esta regulación convencional no altere las líneas identificativas, los rasgos básicos y esenciales que caracterizan naturalmente la institución temporal.

El problema, obviamente, es que no siempre estos rasgos aparecen o pueden deducirse con absoluta nitidez en la regulación legal. Y que, quizás por ello, no siempre podrá saberse con exactitud hasta qué punto la regulación convencional de aspectos en apariencia comunes como las causas de suspensión o la jornada y su distribución, o de regulaciones de perfiles dudosos como la que nos ocupa, podrían alterar los rasgos esenciales de la institución. Y todo esto con el problema añadido, y en ocasiones casi irresoluble, de deslindar lo que son condiciones generales de trabajo, abiertas a la más amplia configuración convencional, de las reglas peculiares de la modalidad, que le otorgan su identidad, y cuya alteración o desnaturalización, sí podría producir este efecto y, por tanto, caer bajo la calificación de ilegal. La diferencia de

perspectiva se apreciará cuando analicemos el problema de la suspensión y su caracterización como condición general de trabajo o como factor que altera la configuración de la entera modalidad. Pero sobre ello volveremos más tarde.

3.- Desde esta perspectiva, y pasando ya al análisis de la concreta modalidad contractual, lo primero que resulta llamativo comprobar es cómo uno de los principales problemas que plantea esta cláusula, y, sin duda, uno de los datos fundamentales para comprender parte de las discrepancias existentes dentro de la propia Sala, radica en la dificultad de interpretar o comprender el mismo sentido de la norma convencional.

Basta la lectura de la sentencia y de su correspondiente voto particular para comprender cómo ambos parten básicamente de dos interpretaciones ciertamente distintas del mismo texto normativo. Y así, mientras para la mayoría esta cláusula permitiría al empresario disponer a completa voluntad de la vigencia del contrato, llamando al trabajador únicamente “cuando, a su sólo juicio, requiera de sus servicios”, para el voto particular, en cambio, dicha cláusula “no atribuiría una facultad al empresario de llamada discrecional y menos aún arbitraria, sino que obligaría a la llamada... cuando concurra la acumulación de tareas que justifica el recurso al trabajo eventual”.

Evidentemente, estas distintas interpretaciones de la misma norma convencional provoca inevitables repercusiones jurídicas. Y es que no es lo mismo conectar la dinámica de un contrato de trabajo a un dato objetivo, por muy evanescente que éste sea, que ligar su devenir o eficacia a la simple voluntad de una de las partes.

Si asumimos la primera de las interpretaciones –esto es, la adoptada por la mayor parte de la Sala– la conclusión del Tribunal parece incontestable. Y ello porque tanto del art. 1256 Cc, como, sobre todo, del art. 45 ET cabe y puede deducirse con relativa facilidad la imposibilidad de admitir que el empresario pudiera proceder a suspender el contrato por su mera voluntad, sin alegar causa o motivo alguno. Esta supeditación de la vigencia y dinámica del pacto a la mera voluntad empresarial, sin límite temporal y causal alguno, supondría, como bien resalta la sentencia, alterar la estructura sinalagmática del propio contrato, desnaturalizando la institución de la suspensión y otorgando –o permitiendo otorgar– al empresario una facultad unilateral injustificable, no deseada por el ordenamiento y que podría alterar la propia funcionalidad de buena parte del entramado normativo propio de nuestro ordenamiento.

En estos casos, es claro, no nos encontraríamos ante una simple regla de distribución de la jornada. Sin perjuicio de que más tarde volvamos sobre este tema, baste por ahora señalar cómo, a pesar de las referencias en el voto particular al art. 5 del RD 1561/1995 no creemos que dicha norma sea aplicable a este caso. La distribución parte siempre de un reparto, de una división de una cantidad fija de tiempo de trabajo entre los distintos parámetros temporales que pueden ser de referencia. Y en este caso, no parece ser éste el problema. No se trata tanto de distribuir un quantum fijo como de un mecanismo que

permite alterar el mismo; que permite ampliarlo o reducirlo adecuándolo perfectamente a las sobrevenidas necesidades de la empresa. Y, por tanto, no parece que nos movamos en el amplio margen que proporciona el art. 34 ET o en el art. 5 RD 1561/1995, sino en el más estrecho que posibilitan el art. 45 ET y el art. 1256 Cc. Y ninguno de ellos parece permitir este condicionamiento, no de la existencia, pero sí de la dinámica de la relación, a una sólo de las partes.

4.- Ahora bien, una vez dicho todo esto, y rechazada por tanto la licitud de la cláusula interpretada tal como hace la mayoría de la Sala, una segunda cuestión que debemos plantearnos es si realmente es éste el sentido de la mencionada cláusula convencional, o si como señala el voto particular, el llamamiento, la reanudación, o la reactivación de la relación sería obligatoria para el empresario caso de reanudarse al menos una vez, o de iniciarse durante dicho periodo una nueva necesidad eventual.

Un simple análisis literal de la norma, el único que nos permite la lectura de la sentencia, no parece aportar datos concluyentes a favor de una u otra posición. Es cierto que los términos imperativos de la cláusula parecen apoyar la posición del voto particular, pero tampoco cabe olvidar que la “evanescencia” de esta acumulación de tareas o exceso de pedidos, acertadamente señalada por la doctrina⁵, podría dificultar el control real de esta reanudación. Para no suscitar estas dudas, la norma hubiera debido ser bastante más clara, concreta y precisa controlando el posible llamamiento, negando nuevas contrataciones o la realización de horas complementarias o extraordinarias que pudieran cubrir dicha reactivación. Pero una cosa es la imprecisión de la norma que facilite su utilización abusiva, y otra es considerar que es ésta misma interpretación abusiva la realmente establecida en el precepto.

Esta distinción es la que resalta el voto particular planteando un nuevo problema: esto es, el papel del control jurisdiccional de legalidad de lo convenido colectivamente y su relación con el control individualizado de las posibles ilegalidades empresariales. Para comprender esta discrepancia baste recordar como la decisión mayoritaria de la Sala asume simple y llanamente aquella interpretación que considera inmediata, y tras constatar su ilegalidad o abusividad, procede a anular el precepto. En cambio, para el voto particular la actitud de la mayoría supondría desenfocar el “*thema decidendi*” analizando la cláusula del convenio como si fuera una cláusula de un contrato de trabajo eventual. La Sala utilizaría así la posible interpretación abusiva de dicha cláusula para justificar su nulidad sin entrar a valorar la posibilidad de una

⁵ I. BALLESTER PASTOR, *El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

interpretación distinta, fuera o no la más correcta, que dejara el posible control del uso abusivo —o conforme a una interpretación ilegal—, a las reclamaciones individuales de los trabajadores entrara a valorar la licitud o no de esta segunda interpretación.

La cuestión, evidentemente, dista de ser clara. Nada obliga a la Sala a asumir una interpretación correctora de un precepto en exceso ambiguo y de dudoso significado. Pero tampoco cabe olvidar como la posibilidad de reclamaciones individuales, el principio de la conservación de la norma y, sobre todo, el respeto a la autonomía colectiva quizás hubieran debido mover a la propia Sala a considerar al menos la segunda interpretación, aquella según la cual el llamamiento resultaría debido de apreciarse nuevas circunstancias productivas o el renacer de las originarias —al menos una vez, dado el actual límite de prórrogas—. Y es que tampoco resulta extraordinariamente claro que asumiendo dicha interpretación la cláusula dejara de plantear varias dudas sobre su legalidad.

5.- Antes de entrar en el análisis sobre la legalidad o ilegalidad de esta segunda forma de interpretar la cláusula convencional, quizás sea conveniente clarificar algo la naturaleza de esta institución; y ello porque aunque el impacto del factor tiempo sobre la relación laboral puede llevar a confundir materialmente diversas instituciones —sobre todo en las de carácter temporal—, quizás no esté de más reiterar aquí la necesidad de distinguir tres conceptos diversos aunque ciertamente relacionados: duración y extinción del contrato, vigencia y suspensión del mismo, y jornada de trabajo y su distribución.

Esta distinción resulta evidente en los contratos fijos discontinuos⁶, pero quizás sea conveniente reiterarla aquí sobre todo por la confusión que fácilmente puede existir entre los mismos.

En principio, y como decimos, un rápido análisis de la cláusula no parece inducir a que nos encontremos ante un problema de duración formal de la relación. Ésta modalidad parece haber sido diseñada desligando su duración de la extensión efectiva de las necesidades productivas de la organización. El contrato eventual sólo se extinguiría así al finalizar su duración, de forma, por tanto, completamente independiente a los avatares de la producción.

Y es que en realidad estos avatares tan sólo producirían la activación o desactivación del contrato; lo que, referido a las obligaciones principales de la relación, nos lleva a considerar que nos encontramos formalmente ante un supuesto suspensivo que interrumpiría las obligaciones esenciales del sinagrama contractual sin extinguir en cambio el pacto⁷. La vigencia se referiría

⁶ A.J. VALVERDE ASENCIO, *La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*. Tirant lo Blach, 2001; págs. 103 y ss.

⁷ Vid I. BALLESTER PASTOR en su comentario a esta sentencia. Aranzadi Social n° 22/2001; págs. 8 y ss.

así no ya tanto a la duración del contrato, a su término final, sino a este período en el que se “activaría” o desactivaría el contrato. Cuestión distinta es que materialmente causa de suspensión y causa de extinción pueden desarrollar funcionalmente tareas similares de adecuación de costes salariales a las concretas e intermitentes necesidades empresariales. Pero sobre ello volveremos poco más tarde.

Por ahora, lo que nos interesa nuevamente reiterar es que tampoco bajo esta interpretación el problema se plantea como una cuestión de jornada y/o de su distribución. Aunque funcionalmente pueden llevar a resultados similares⁸, es evidente que no nos movemos ante un problema de determinación de la jornada laboral, o de su distribución dentro del periodo semestral, que debe respetar los límites legales y convencionales impuestos, y que puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial, de distribución regular o irregular o incluso con posibles ampliaciones de jornada si así lo prevé la norma convencional. El problema no es tanto el distribuir ese quantum como el fijarlo. De ahí nuevamente que no consideremos muy adecuada la posible aplicación en este campo del art. 5 RD 1561/1995 o toda referencia a las amplias posibilidades que en este campo otorga el art. 34 ET.

6.- Una vez delimitado el problema, su resolución debe partir, al menos a nuestro juicio, de dos premisas fundamentales.

La primera es evidente. Y es que en ningún caso –y con independencia de lo que se diga a continuación– esta modalidad podría ni debería ser utilizada como una vía o un instrumento para eludir la prohibición, primero reglamentaria, y más tarde legal, de más de una prórroga del contrato eventual. Utilizar este sistema como norma de cobertura para eludir la norma imperativa que prohíbe esta ampliación constituiría, al menos a nuestro juicio, un clarísimo fraude de ley⁹. De ahí que dicha necesidad debiera responder o bien a la primera y única reactivación lícita de este contrato o, en una suerte de “contrato programa”, para articular jurídicamente relaciones basadas en acumulaciones de tareas o excesos de pedidos diversos a las originales. Y ello, claro está, siempre que se admita que esta prohibición de una prórroga –recientemente legalizada¹⁰– no impide esta formalización de sucesivos contratos por distintas causas o acumulaciones de tareas –como parece asumir el voto particular–.

⁸ Como después plantearemos. De cualquier forma, respecto a la relación entre la figura pretendida y el contrato eventual a tiempo parcial en esta sentencia véase nuevamente I. BALLESTER PASTOR en su comentario a esta sentencia previamente citado págs. 8 y ss.

⁹ Coincidimos aquí, nuevamente, con el comentario a esta misma Sentencia de I. BALLESTER PASTOR, previamente citado.

¹⁰ Vid. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. CALVO GALLEGO, “La contratación temporal en las reformas de marzo y julio de 2001”, en *Relaciones Laborales*, 2002.

La segunda cuestión es bastante más complicada. Y ello porque exige plantear la posibilidad y licitud de otorgar un cierto valor en la dinámica, vicisitudes y/o extinción del contrato eventual, a la desaparición o extinción de la acumulación de tareas o al exceso de pedidos que justificaron en su momento su estipulación. Y es que no debe olvidarse que, si bien de forma indirecta, lo que esta interpretación permite es que la ausencia o disminución de la acumulación de tareas actúe como causa, no ya de extinción, sino de suspensión del pacto, a cambio, eso sí, de su obligada reanudación cuando estas causas reaparezcan por primera y única vez o cuando en ese mismo periodo se produzcan otras nuevas –siempre, repetimos que se asuma la interpretación del voto particular antes señalada–.

7.- Para comprender este problema quizás deba traerse a colación la jurisprudencia que el mismo Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de elaborar en relación con la incidencia de este descenso de actividad sobre la propia duración y/o extinción del pacto. Como ya hemos tenido ocasión de señalar en alguna otra ocasión¹¹, la primera vez que esta cuestión se suscitó ante nuestro Alto Tribunal fue con ocasión de la impugnación del art. 41 del II CC Estatal de ETT. Dicho artículo consideraba como condición resolutoria la extinción del contrato de puesta a disposición presumiblemente por la desaparición de la acumulación de tareas o exceso de pedidos en la empresa usuaria. Y esta misma conexión entre vigencia del pacto y vigencia de la causa de su estipulación se planteó igualmente en relación con prórrogas de contratos eventuales de muy escasa duración, que se actualizaban automáticamente si a la fecha de su finalización del pacto originario persistía la acumulación de tareas o exceso de pedidos¹².

En ambos casos, la evidente finalidad empresarial era clara y similar a la que parece orientar ahora, al menos por parte empresarial, la cláusula objeto de este estudio: ajustar un contrato de duración cierta, o, en este caso, la vigencia de las principales obligaciones deducidas del mismo, a la incierta finalización de la causa que justificó su estipulación. Y ello para evitar la prolongación de un contrato –y, por tanto, de los costes salariales– carente por causas sobrevenidas de toda utilidad empresarial.

¹¹ M. C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, J. CALVO GALLEGU, “La extinción del contrato de puesta a disposición eventual por desaparición de las circunstancias de mercado y sus consecuencias sobre los contratos de trabajo estipulados por la Empresa de Trabajo Temporal. A propósito de la STS de 4 de febrero de 1999” en *Actualidad Laboral*, 1999, T/III, n. 33, pág. 625 y sig.

¹² Nuevamente, M. C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, J. CALVO GALLEGU, “La extinción del contrato de puesta...”, cit., pág. 630 y sig.

Pues bien, lo que es importante destacar es que de forma tajante nuestro Alto Tribunal vino a denegar la licitud de estas cláusulas. Para el Tribunal Supremo, la justificación de esta imposibilidad –por cierto, ya avanzada por un sector de nuestra doctrina– nacería de la propia configuración del contrato eventual que, desde sus mismos orígenes, y a diferencia del de obra o servicio se habría caracterizado en Ordenanzas y Reglamentaciones de trabajo, por estar sometido a un término fijo, a un tiempo cierto, que lo desligaba de un opus concreto, mensurable e identificable¹³. De este modo, y ante la peculiar y amplia definición de la causa de este contrato¹⁴, no debería extrañarnos que su duración –no así la propia posibilidad de su estipulación– se hubiera ido desligando paulatinamente de la subsistencia o no de las concretas causas que lo motivaron, sometiéndolo, en cambio, a una expresa y cierta vigencia temporal¹⁵ tanto en el art. 3.c RD 2104/1984, como más tarde en el art. 8.1 RD 2546/1994, o, actualmente, en el art. 8.1.b) RD 2720/1998 de 18 de diciembre. De ahí, en conclusión, que un autorizado sector de la doctrina pudiera concluir señalando cómo “la finalización de la causa de la temporalidad debe(ría) ceder en atención al término del contrato que por ello ha de ser siempre cierto”; y que “el contrato se extinguiría al llegar éste y no por referencia a la finalización de las necesidades extraordinarias que lo hicieran preciso”¹⁶. La imposición de una fecha cierta de término actuaría así no sólo como un límite frente a actuaciones fraudulentas del empleador –tope máximo de duración– sino también como un elemento protector del trabajador que al menos tendría garantizado –término cierto– una duración determinada y fija de su contrato.

Si esto era así poco o nada cabía objetar a esta posición jurisprudencial cuando rechazaba la posibilidad de que mediante convenio colectivo se pretendiese ligar simple y llanamente la duración del contrato eventual a la subsistencia de las causas productivas o de mercado que en un primer momento la motivaron. Desde esta perspectiva, resultaba difícil negar que el establecimiento de una condición de este tipo –admitida no obstante en algunas

¹³ Vid. I. BALLESTER PASTOR, *El contrato de trabajo eventual ... cit.*, pg. 235-236 con varios ejemplos al respecto.

¹⁴ Nuevamente I. BALLESTER PASTOR, *El contrato de trabajo eventual ... cit.*, pg. 263.

¹⁵ Vid. M. RODRÍGUEZ PIÑERO “La contratación temporal en la Ley 32/1984 y en los Decretos de desarrollo”, en AAVV., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, (coord. M. RODRÍGUEZ PIÑERO), Tecnos, Madrid, 1985, pg. 95 “Entre nosotros, paradójicamente la doctrina jurisprudencial, para marcar el contraste con el supuesto de la letra a), viene exigiendo el tiempo cierto para la contratación de carácter eventual, que no sólo sería un contrato temporal por su duración limitada, sino además por tiempo cierto”.

¹⁶ Vid. M. I. BALLESTER PASTOR, *El contrato de trabajo... cit.*, pg. 263-264.

ocasiones por nuestros Tribunales en suplicación¹⁷— no desnaturalizase —como ya hemos visto— esta concreta modalidad contractual, difuminando inaceptablemente su diferenciación con el contrato de obra o servicio y, sobre todo, mermando los ya depauperados derechos de los trabajadores temporales, al eliminar, en definitiva, la escasa “estabilidad” o garantía temporal de la que al menos dispone el trabajador eventual. Parecía, por tanto, fuera de toda duda que dado el carácter a tiempo cierto de los contratos eventuales, este tipo de cláusulas habrían de considerarse necesariamente nulas de pleno derecho¹⁸. Y ello con independencia de que hubiesen sido incorporadas mediante la simple voluntad contractual —como, por otra parte sucedía en la STCT citada por el Tribunal Supremo¹⁹— o a través de norma convencional, ya que la capacidad de actuación de la misma sobre los tipos contractuales no le permite —como ya hemos señalado— ni desnaturalizarlos ni, desde luego, mermar los escasos derechos que la norma legal reconoce a tales trabajadores —art. 3.3 ET—.

8.- Ahora bien, lo peculiar de la cláusula objeto de la presente resolución es que no provoca la extinción, sino tan sólo la suspensión o interrupción del contrato.

Por ello, la serie de argumentos normativos de aquellas sentencias, centrados en normas sobre extinción del contrato desaparecerían necesariamente. Y además, tampoco cabe olvidar que la aceptación sindical de la misma, además de otras ventajas como su teórica “mayor estabilidad” podrían acabar justificando —al menos en opinión del voto particular— esta construcción y su mayor favorabilidad para los empelados eventuales. No debe olvidarse que esta fórmula permitiría al trabajador eliminar el riesgo de que el empresario contratase a otros trabajadores, aumentando el flujo y el proceso de sustitución cíclica de eventuales frente al que nada, al menos formalmente, establece la ley.

¹⁷ Si bien, seguramente, por el hecho de que se tipificase como contrato eventual en la Administración lo que debiera haber sido un contrato de interinidad. Véase en este sentido la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 13 de septiembre de 1991 (AS 4949) y su crítica en I. BALLESTER PASTOR *El contrato de trabajo...*, cit., pg. 267, n. 28.

¹⁸ En este mismo sentido parece situarse I. BALLESTER PASTOR, *El contrato de trabajo...*, cit., pg. 268: “No es posible el establecimiento de condiciones resolutorias ante tempus del contrato eventual”.

¹⁹ STCT de 12-1-1983 (Ar. 199).

Sin embargo, a nadie escapa que a través de esta vía, lo que se logra, a cambio de las contraprestaciones que se quiera, y al menos materialmente, es el mismo resultado material que en aquella ocasión el Tribunal Supremo negó; esto es, la perfecta coordinación del coste salarial a las necesidades puntuales del contrato eventual; la asunción por el trabajador de este riesgo, no ya en relación con la duración del contrato, sino de su efectiva dinámica²⁰. Y, además, manteniendo vigente formalmente la relación, sin derecho a desempleo –por el tipo de suspensión– y permitiendo eludir las normas que penalizan la contratación de menor duración temporal. Obsérvese que de este modo logra flexibilizarse el coste salarial adecuándolo a las concretas necesidades empresariales y se niega al trabajador eventual la mínima estabilidad y seguridad consistente en que la duración del contrato y, con él, su lógico correlativo, la vigencia de las obligaciones fundamentales se mantenga hasta la fecha prevista en la finalización.

Es cierto que esta regulación podría considerarse en parte compensanda por las mejoras relativas a estabilidad o exclusión de la contratación indirecta o vía ETT. Pero no debe olvidarse que, como ya recordara hace tiempo el propio Tribunal Constitucional, tales ventajas no pueden bajo ningún concepto compensar globalmente posibles ilegalidades frente a normas de derecho necesario.

Quizás sean éstas las razones por las que la propia sentencia trae a colación lo ya señalado por la STS de 4 de febrero de 1999, y que, por tanto, no fuera descabellado concluir señalando el posible carácter fraudulento de la misma. Si la desaparición de la acumulación de tareas no puede ser considerada causa de extinción del contrato eventual, la simple lógica indica que tampoco debe ser considerada causa de suspensión permitiendo vestir con distinto traje la consecución de una misma finalidad empresarial. Una cláusula de este tipo desnaturalizaría el contrato eventual y, por tanto, está vedada a la negociación colectiva. Y es más, si como parecía apuntarse en la misma STS de 4 de febrero de 1999 –en relación con esta desaparición como causa de despido²¹– esta desaparición debía considerarse como causa técnica, organizativa o productiva, deberíamos plantearnos hasta qué punto una mera condición convencional podría eximir al empresario de los procedimientos y requisitos establecidos en

²⁰ Confr. I. BALLESTER PASTOR en el comentario a esta sentencia; Aranzadi Social nº 22/2001; cit. págs. 5 y ss.

²¹ Al señalar en su F.jco. 3º que el contrato eventual “ha de estar sometido siempre a tiempo cierto, que será el que corresponde a la duración prevista para la circunstancia que justifica la contratación temporal o al máximo... de forma que el contrato debe respetar siempre el término aunque haya desaparecido la circunstancia de hecho que justifica la temporalidad, *sin perjuicio de que en este caso la empresa podrá acudir al correspondiente mecanismo extintivo conforme a los artículos 51 o 52c) ET*”.

el art. 47 ET. En pocas palabras, si la disminución de tareas se considera como causa de suspensión sometida a expediente ex art. 47 ET para los trabajadores indefinidos, ¿por qué habría de considerarse de otra forma para los empleados contratados por una modalidad contractual que, a diferencia del de obra o servicio, desligan su dinámica de la acumulación de tareas o el exceso de pedidos?

En este contexto, cabría concluir por tanto cuestionando la legalidad misma de una cláusula de suspensión que permitiese una actualización automática y no procedimentalizada de la misma, siendo en realidad su causa un motivo fundamentalmente productivo. Esta actualización automática tan sólo sería asumible en los fijos discontinuos para la finalización de la temporada, pero no es posible trasladar sin más esta excepcional posibilidad legal a cualquier necesidad que, además, ni es permanente ni es cíclica, sino tan sólo inestable o intermitente.

Por ello, y en conclusión, tampoco compartimos el voto particular cuando, aún asumiendo este carácter reglado del llamamiento, acaba justificándolo por las peculiaridades de la distribución de la jornada en el ámbito agrícola. Ya hemos dicho que el problema ni es de distribución, ni es de jornada especial. Es un problema básicamente –de eso no cabe duda con el texto de la norma convencional– de utilización del instrumento de la suspensión para alterar la naturaleza y configuración típica de un contrato temporal como es el eventual. Y es que sería cuanto menos incoherente que el Tribunal Supremo procediera a anular la consideración de estas causas como condición resolutoria, y, sin embargo, permitiera la utilización de estas mismas circunstancias como condiciones suspensivas con el mismo efecto material. Además, tampoco cabe olvidar que los juicios sobre la mayor o menor favorabilidad son razonables y plausibles cuando se trata de seleccionar una norma en la que no se producen violaciones del derecho necesario. Pero este caso, hay serios indicios de que tanto en una como en otra interpretación pueden violarse normas de derecho necesario. Y como ya declaró en su momento por el propio Tribunal Constitucional, en la relación conflictiva entre ley y convenio colectivo rige tan sólo el principio de jerarquía sin posibilidad de analizar conjuntamente la regulación de una u otra fuente²².

De ahí, en definitiva que se suscitaran al menos serías dudas sobre la legalidad de esta cláusula, incluso en esta interpretación bienintencionada.

9.- Antes de concluir, al hilo de la propia argumentación de la mayoría de la Sala en la sentencia, por una parte; y, por otra, al hilo de la defensa de la

²² STC 210/1990 de 20 de diciembre (BOE de 10 de enero de 1991).

licitud que de la cláusula convencional hace el voto particular, habría que plantearse la relación de la figura pretendida por el convenio con otras modalidades contractuales.

En este sentido, el voto particular no duda en calificar la figura que crea la cláusula convencional como una forma de trabajo a llamada, caracterizada por los rasgos que antes hemos descrito y que fundamentalmente descansan en la variabilidad del quantum de trabajo –entendido éste en sentido genérico– y de su distribución, en la obligación del trabajador de acudir al llamamiento del empresario y en la suspensión del contrato una vez que concluya la necesidad empresarial que justificó dicho llamamiento.

De esta forma, se plantea la posibilidad de encuadrar la figura pretendida por el convenio dentro de alguna de las modalidades contractuales legalmente tipificadas.

Quizá la modalidad contractual con la que se pudiera plantear una primera relación sería con la del contrato fijo discontinuo. Y ello por varias razones. La primera de ellas por la alternancia entre períodos de actividad y de inactividad. Ello exige aclarar la distinción entre una y otra figura; o, para ser más preciso, exige aclarar si efectivamente se puede admitir algún supuesto de contratación temporal intermitente o, si como afirma la sentencia, dicha posibilidad sólo está prevista para un contrato indefinido como el fijo discontinuo. Pero no es ésta la única razón. Hay otra razón también importante en nuestra opinión. Nos referimos a la relación que se da entre una y otra figura en el propio convenio cuya cláusula se impugna; entre el contrato eventual, tal como se regula, y el contrato fijo discontinuo, considerando incluidos dentro de esta modalidad contractual a quienes repiten su contratación eventual (atendido como mejora de mayor favor en el propio voto particular; argumento que usa para aceptar la licitud y la procedencia de una cláusula como la analizada).

En relación con la primera de las cuestiones que planteamos, el contrato fijo discontinuo ha recibido algunos de los rasgos propios de un trabajo a llamada (sin que efectivamente debiera considerarse como tal ciertamente). Sin embargo, el dato fundamental de esta modalidad contractual, y en la que se fundamenta su carácter necesariamente indefinido, se sitúa en un concepto como el de “temporada”. Si tal concepto puede tener o no un carácter temporal, y por tanto, la posibilidad de considerar un contrato eventual discontinuo, puede ser la cuestión fundamental. En este sentido, la temporada, entendida como término de ejecución del contrato fijo discontinuo²³, ha tenido tradicionalmente un carácter indefinido; rasgo, éste, que ha justificado y que ha

²³ Sobre esta consideración, A.J. VALVERDE ASENCIO; “*La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*”; op. loc. cit.

impuesto el carácter necesariamente indefinido de esta modalidad contractual²⁴. Siendo así, difícilmente se puede establecer la asimilación de una figura como la pretendida inicialmente por los negociadores del convenio y el contrato de trabajo fijo discontinuo. No hay margen para aceptar la existencia de una necesidad cíclica de carácter eventual²⁵.

De esta forma, la “activación” del contrato eventual tal como lo pretende la regulación convencional sólo podría venir dada por sucesivas, alternativas y reiteradamente nuevas necesidades de carácter eventual que justificaran los sucesivos llamamientos. No siendo así, la cláusula establece, como hemos visto antes, un contenido claramente suspensivo, con las connotaciones que antes decíamos y que, desde esta otra perspectiva, podrían reiterarse.

Por otra parte, y en relación con lo anterior, no puede admitirse, entendemos, como mejora del convenio, la consideración como fijo discontinuo de aquellos trabajadores que reiteraran su contrato eventual con estas características. Es cierto que la consideración de fijo discontinuo debería ser inicial en la medida en que se cubre alguna necesidad fija aunque cíclica de la empresa; es cierto, igualmente, que, pese a ello, esta figura ha tenido cierta consideración de condena judicial en los supuestos de reiteración en la contratación eventual y que esto ha sido recibido por la negociación colectiva en el sentido de considerar como fijo discontinuo a aquellos que previamente hayan sido contratados como trabajadores eventuales. Pero lo anterior no puede justificar la licitud de una cláusula como la impugnada sobre la base de la pretendida mejora de considerar a estos trabajadores, en caso de reiteración en la contratación, como fijos discontinuos. O bien estaríamos ante necesidades cíclicas, intrínsecamente indefinidas en el tiempo, y, por tanto, los trabajadores deberían ser considerados como fijos discontinuos –con la más que posible apreciación de un auténtico fraude de ley en estos casos–; o bien estaríamos ante

²⁴ Desde el propio momento de la contratación, como efectivamente afirma, con acierto, I. BALLESTER PASTOR, en el comentario que hace a esta misma sentencia; op. cit. pág. 5; también en el comentario a la STSJ Murcia objeto de casación. Aranzadi Social nº 17/2000; págs. 5 y ss, en relación con la distinción entre el contrato fijo discontinuo y el contrato eventual.

²⁵ Lo que no impide, ciertamente, que se pudieran plantear supuestos en que la contratación discontinua pudiera tener carácter temporal. Este es el caso del contrato de interinidad para sustituir a trabajadores fijos discontinuos. Pero aquí se da una diferencia fundamental respecto del supuesto de hecho del convenio impugnado, dado que en este último caso se trataría de diferentes necesidades eventuales que activarían y desactivarían sucesivamente el contrato de trabajo pretendido frente a la cobertura de una necesidad temporal para cubrir alguna vicisitud en la necesidad cíclica cubierta con personal fijo discontinuo. Sobre el tema, A.J. VALVERDE ASENCIO; “El período de actividad...”; cit. pág. 143.

necesidades eventuales consecutivas, no cíclicas aunque intermitentes, diferentes en todo caso unas de otras, que justificarían la sucesión de contratos eventuales²⁶.

10.- Junto al fijo discontinuo, la figura convencional objeto de la impugnación podría conectarse con las posibilidades de contratación a tiempo parcial, especialmente con la contratación eventual a tiempo parcial vertical.

En este sentido, lo primero que quizás quepa destacar es el hecho sumamente significativo de que el convenio acudiera al contrato eventual y no a esta modalidad para articular esta figura. Seguramente ello se debiera a la pretendida rigidez de la normativa entonces vigente y a la pretendida mayor ductilidad del contrato eventual. Sin embargo, tras la reforma de 2001 y tras esta Sentencia cabría plantearse si la misma finalidad no pudiera ser obtenida a través de esta vía, en la medida en que con la misma se pudieran garantizar aspectos consustanciales al trabajo a llamada como son la determinación, variable, del tiempo de trabajo y de su distribución, que quedarían sometidas –con más o menos límites– a la voluntad del empleador.

Ciertamente, y en este sentido, ya hemos indicado como tras la reforma de 2001 parecen admisibles instrumentos de distribución de la jornada ordinaria y, desde luego de la jornada complementaria en este tipo de pactos, que pueden quedar al albur más o menos condicionado del empleador²⁷. En cambio, la cuestión se complica bastante más cuando se trata de los problemas del “quantum”, ya que a pesar de la opinión de un autorizado sector de la doctrina, seguimos considerando que esta cantidad de jornada ordinaria debe quedar fijada ya desde un principio, sin posibilidad de bandas más o menos amplias.

Desde esta perspectiva, la posible ampliación del número de horas sólo podría producirse –al menos en teoría– mediante el pacto de horas complementarias. Y lo cierto es que, aunque éste se ha visto flexibilizado, aún exige una cierta proporcionalidad con la jornada ordinaria contratada y, sobre todo, sigue estando vetado a los contratos temporales como los que parecen recoger estas cláusulas.

²⁶ Aunque en estos casos se plantearían los problemas propios de los contratos eventuales de corta duración y la debilidad de la prueba de la necesidad organizativa que lo justifican como destaca I. BALLESTER PASTOR en su comentario a esta sentencia (op. loc. cit. supra), ello no justificaría cláusulas como la recogida en el convenio que desnaturaliza la propia concurrencia de la voluntad de ambas partes en la conformación del contrato.

²⁷ F.J. CALVO GALLEGO, A.J. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo”, en *Temas Laborales*, 2001, n. 61 págs. 149 y sig.

Por ello, bien podría pensarse en la inutilidad del contrato a tiempo parcial –aún en los supuestos de contratos eventuales a tiempo parcial vertical– para articular esta posibilidad.

Sin embargo, no querríamos concluir ésta ya prolijo comentario sin apuntar al menos la existencia de otra práctica, bastante extendida en algunos sectores como el comercio, que permitirían materialmente una función similar incluso en los contratos a tiempo parcial temporal: las denominadas –incluso en la negociación colectiva– “ampliaciones de jornada” que, como modificaciones temporales y voluntarias de la jornada, permitirían extender la jornada ordinaria de trabajo de los empleados a tiempo parcial vertical, sin las limitaciones, menores, pero aún existentes, del pacto de horas complementarias. Jugando con la mayoritaria involuntariedad de este tipo de contratos, la empresa mediante ofrecimientos puntuales dentro de una misma relación eventual, podría ampliar el contrato teóricamente cuantas veces quisiera, sin limitaciones por su posible carácter eventual. No obstante quedaría por plantearnos la legalidad de esta práctica, tanto en relación con el pacto de horas complementarias como por la hipotética elusión de la prohibición de más de una prórroga en los contratos eventuales. Pero sobre estos complejos problemas habremos de volver en algún otro momento.