

**LA RELACIÓN LABORAL DE LOS ENCUESTADORES
DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA:
SU RECONOCIMIENTO COMO INDEFINIDOS
DISCONTINUOS TRAS LA CELEBRACIÓN
DE CONTRATACIONES TEMPORALES
FRAUDULENTAS**

Sentencia TSJ de Cantabria, de 17 de marzo de 2009

E. MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO*

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora, incorporada a una bolsa de empleo temporal del Instituto Nacional de Estadística (INE) viene prestando servicios como Técnico Superior de Gestión y Servicios desde el año 2003, suscribiendo distintos contratos temporales (eventual en unos casos y por obra o servicios en otros) que se sucedieron de forma reiterada desde el 2005 hasta el 2008. Dichos contratos tienen por objeto la elaboración de distintas encuestas que se contemplan en el Plan Estadístico Nacional y se enmarcan dentro de los Acuerdos de contratación temporal de personal y consolidación de empleo suscrito por el INE y los sindicatos U.G.T., CC.OO. y CSI-CSIF durante los años 2007 a 2009. La trabajadora plantea reclamación previa y posterior demanda para que se le reconozca su condición de indefinida discontinua en la empresa.

RESUMEN: La Sentencia de instancia estima la demanda de la trabajadora declarando la relación laboral de carácter indefinido discontinuo desde el 2005. Esta sentencia es recurrida en Suplicación por la representación del INE por entender que el cumplimiento del Plan Estadístico Nacional 2005–2008

* Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

exige la celebración de contratos temporales debido al déficit de plantilla, justificándolo además en la existencia de pactos con las organizaciones sindicales a estos efectos. El TSJ de Cantabria, tras realizar un análisis de la secuencia contractual íntegra, deduce que la contratación de la trabajadora tenía como finalidad cubrir una necesidad de trabajo cíclica o reiterada en el tiempo, dotada de homogeneidad y previsible, lo que justifica la declaración de la relación laboral como indefinida discontinua.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL TRABAJO FIJO DISCONTINUO
 - 2.1. Regulación actual
 - 2.2. El deber de llamamiento empresarial
 - 2.3. Su delimitación con los contratos eventual y por obra o servicios determinados
3. LOS ASPECTOS ANALIZADOS POR EL TSJ DE CANTABRIA EN LA DETERMINACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente los estudios jurídicos acerca de una institución como es el trabajo fijo discontinuo (TFD) arrancan de su evolución histórica para poder comprender las peculiaridades que le caracterizan y lo distinguen de otras modalidades contractuales, así como también para poder explicar las variables fórmulas utilizadas por el legislador para perfilar su dificultoso y controvertido régimen jurídico. Han sido múltiples los análisis realizados por la doctrina laboralista para interpretar las dispares modificaciones a las que se ha visto sometido el TFD desde su reconocimiento como figura contractual en el año 1976, trabajos que están enriquecidos con el añadido de ofrecernos la citada perspectiva histórica, por lo que en este trabajo, un comentario de sentencia, no nos parece oportuno volver a retomar esta figura desde sus inicios sino remitirnos a ellos y partir de su régimen jurídico actual¹.

No obstante, si conviene precisar que el TFD ha sido una institución jurídica inconstante y versátil, poco clara desde sus primeras regulaciones secto-

¹ Por todos vid. entre otros Ríos Salmerón B.: "La contratación de trabajadores fijos discontinuos", Documentación Laboral nº 16, año 1985, págs 10 y ss.; Tárraga Poveda J.: "Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo" 1ª edic., Edit. DM, Murcia 1991, págs.23 y ss; García Ortega J.: "Las relaciones laboral y de Seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos", Edit. José M^a Bosch S.A., Barcelona 1990, págs.1-20; Valverde Asensio A.J.: "La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, págs. 21-46.

riales –debido a las múltiples denominaciones con que se le identificada (trabajadores de temporada, personal fijo de temporada, de campaña, eventual o de campaña, personal temporero, temporero o de campaña, personal fijo en cuanto al puesto y eventual en lo relativo al salario, personal complementario) y a su escasa delimitación respecto de otras figuras contractuales², siendo en el Reglamento para el trabajo en las Industrias de Conservas de Pescado, Salazones y Escabeche (O.17–7–1939) donde por primera vez los trabajadores de temporada quedaron identificados como fijos discontinuos³. Su compleja evolución se ha desarrollado al compás de las distintas reformas que se han sucedido en el mercado de trabajo en un intento de reducir los niveles de desempleo e incrementar el nivel de ocupación. Se puede decir que, a raíz del ET (1980), el TFD ha crecido con el contrato de trabajo a tiempo parcial, se ha distinguido del mismo y también se ha entremezclado con él en un vaivén de sucesivas reformas normativas que cambiaban y mezclaban tanto su régimen, como su ubicación –entre los artículos 12 y 15 e incluso dentro de los mismos en distintos apartados⁴, en un tira y afloja entre la autonomía contractual y la

² Vid. García Ortega J.: “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, José M^o Bosch editor, S.A., Barcelona 1990, págs.20–22; Valverde Asensio J.A.: “La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., págs. 46–50. Pero la doctrina y la jurisprudencia tampoco mantenían una denominación unánime (trabajadores de temporadas, trabajadores de campaña, trabajadores temporeros, contrato de temporada, contrato para trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo fueron utilizadas para referirse a unos mismos trabajadores y a un mismo tipo de contrato. Ante esa ausencia de denominación común García Ortega calificó el contrato de innominado, por tratarse de una institución jurídica que carecía de un “nomen iuris” propio. Vid. en: “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, José M^o Bosch editor, S.A., Barcelona 1990, págs. 63–66.

³ Según el art. 3 de este Reglamento los trabajos fijos discontinuos se definían como: “el que habitualmente es llamado para realizar las faenas propias de la industria, pero que actúa intermitentemente en razón de la falta de regularidad de tales faenas”. Vid. García Ortega J.: “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., pág. 17; Tárraga Poveda J.: “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, op.cit., pág. 28.

⁴ La redacción originaria del ET incorpora el CTFD en el art. 15.1.e. La Ley 32/1984, de 2 de agosto, modifica el art. 15 regulando de forma autónoma el CTFD que pasa a ubicarse en el apartado sexto (art. 15.6) desarrollándose reglamentariamente en los arts. 11 a 14 del RD 2104/1984, de 21 de noviembre y que posteriormente fueron derogados por el RD 2137/1993, de 29 de diciembre. El RD 18/1993 y la posterior L.10/1994, de 19 de mayo introduce una nueva reforma en el CTFD que pasa a ubicarse en el art.12.2 ET. Tras la reforma llevada a cabo por el RDL 8/1997, de 16 de mayo y posterior L.63/1997, de 26 de diciembre el CTFD pasa al art. 12.3 ET que queda subdividido en dos apartados para distinguir los contratos fijos periódicos y los contratos fijos discontinuos. La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, introduce en el art. 12.3 el apartado b). Finalmente el RDL 5/2001, de 2 de marzo y la posterior L.12/2001, de 9 de julio mantienen el contrato fijo periódico en el art. 12.3 ET y trasladan el contrato fijo discontinuo al art. 15.8 ET. Vid. un resumen de la evolución legal del CTFD en la STSJ de Canarias de 19–9–2003 (RJ 2003, 4160).

dependencia como especialidad o tipología del trabajo a tiempo parcial. Su ubicación y regulación actual producto de la reforma llevada a cabo por el RDL 5/2001, de 2 de marzo –posterior Ley 12/2001, de 9 de julio– no mejora mucho su situación. De ahí que la doctrina califique esta nueva intervención del legislador como experimental, inacabada y con imprevisibles consecuencias sobre el trabajo fijo periódico⁵.

En todo este recorrido el TFD, como modalidad característica de actividades productivas cíclicas, de campaña o de temporada y con importante peso en múltiples sectores y, muy en particular, en determinadas regiones de España parece haber perdido fuerza. Se ha desdibujado a favor de la contratación a tiempo parcial siendo ésta, fundamentalmente en la modalidad del contrato eventual y, menor medida en la del contrato por obra o servicios, los que ha venido a sustituir en múltiples ocasiones –y no siempre de forma adecuada– al contrato de trabajo fijo discontinuo (CTFD). En efecto, el uso de estos contratos temporales ha sido el recurso habitualmente utilizado por el empresario para eludir la contratación fija discontinua en supuestos en los que las características particulares del trabajo en cuestión requerían el uso de esta modalidad y no de aquéllas. La sentencia objeto de este comentario constituye uno de esos supuestos.

Lo anterior, junto a la incorporación del TFD como una modalidad del trabajo a tiempo parcial en 1994⁶ ocasionó que desde 1995 en adelante y hasta la actualidad el CTFD deje de aparecer en las encuestas de población activa como modalidad contractual autónoma, careciendo por lo tanto de datos estadísticos generales que nos permitan conocer a nivel nacional y autonómico o por sectores de producción su evolución en relación al número de trabajadores ocupados con estos contratos según edad, sexo y nacionalidad.

Si a ello le añadimos su debilitado y complejo régimen jurídico caracterizado por las distintas normas legales que le han afectado, por las diferentes disposiciones transitorias que mantienen la vigencia del régimen anterior apli-

⁵ Vid. Casas Baamonde M^a.E.: "La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial (y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo)", *Revista de Relaciones Laborales* n.º 1, año 2002, pág. 554. Para Goerlich Peset "Las prestaciones de carácter discontinuo continuarán dando que hablar. No creo, pues, que estemos ante el final de una larga discusión sino más bien ante el principio de una nueva fase". Vid. en "Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿El final de una larga discusión", *Revista Temas Laborales* n.º 61, año 2001, pág. 146.

⁶ Vid. una crítica a la reforma laboral de 1994 en Alarcón Caracuel M.R.: "Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo" en la obra colectiva "Reforma de la legislación laboral". Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García, edit. Marcial Pons, Madrid 1995, págs.162 y ss.

cable a los contratos celebrados bajo su regulación⁷, así como también por su fragmentada estructura que se diversifica en dos modalidades o tipologías reguladas en dos pasajes del ET (arts. 12.3 y 15.8) podríamos pensar que nos encontramos ante una modalidad contractual que paulatinamente va reduciendo su protagonismo en las relaciones laborales en favor de otras modalidades contractuales⁸. Sin embargo y, al contrario de lo que podría pensarse, a la vista de las variaciones normativas que se han sucedido, el CTFD sigue teniendo un significativo peso en nuestro país e incluso en un período como el actual, caracterizado por una fuerte crisis económica, el CTFD comienza a aparecer como un recurso a utilizar por empresas que presentan una difícil situación financiera.

En este sentido, y ya en algunos sectores de actividad productiva cíclica como es el del calzado se están planteando la extensión de esta modalidad contractual a otras ramas del sector que hasta el momento se habían desarrollado de forma continua como es el diseño o la administrativa⁹.

Esta idea, es decir la de modificar las estructuras organizativas de las empresas de tal forma que determinadas actividades que hasta ahora se han desarrollado de forma continua durante todo el año sólo permanezcan activas durante una parte o en determinados períodos del mismo, puede ser extensible hacia el resto de sectores de la industria y de los servicios, sean o no de temporada como una medida que intente evitar los despidos –siempre que la actividad lo permita– utilizándose para ello esta modalidad contractual que por su flexibilidad permite al empresario disponer de mano de obra en aquellos períodos en los que se haya concentrado y organizado la actividad, así como un ahorro de costes para el empresario. De llevarse a cabo la hipótesis anterior, entiendo que ésta habría de realizarse a través de una novación contractual (de los

⁷ Se tratarían de las siguientes: la DT 2ª del RD 18/1993, DT 1ª del RD 1º5/1998 y DT 1ª de la L.12/2001 y DT 2ª del ET. La vigencia de contratos realizados conforme a normas posteriormente derogadas puede dar lugar a que exista en una misma empresa trabajadores fijos discontinuos que se regulan por normativas distintas. Vid Tárrega Poveda J.º "El contrato de trabajo fijo discontinuo, Un estudio jurisprudencial", Edit. Bomarzo, Albacete 2004, pág. 10.

⁸ Así lo pone de manifiesto Tárrega Poveda al criticar la utilización indiscriminada de contratos eventuales para la cobertura de actividades cíclicas que se reiteran anualmente, apuntado la posibilidad de una futura extinción del mismo. Vid. en: "Otro paso discontinuo", Revista de Derecho Social nº 6, año 1999, pág. 232-233.

⁹ Vid. declaraciones realizadas el 4-1-210 por D. Rafael Calvo, Presidente de la Federación de Industrias del Calzado español (FICE) en el enlace http://elche.portaldetuciudad.com/noticias/la-alternativa-al-contrato-fijo-discontinuo-en-el-calzado-no-es-el-indefinido-sino-el-paro-elche-006_1_4_55957_56.html. También vid. las declaraciones realizadas el 18-12-2009 por D. José Orts, Secretario de la Asociación de Industriales del Calzado de Elche (AICE) en el enlace <http://www.diarioinformacion.com/elche/2009/12/18/patronal-apuesta-aplicar-contrato-fijo-discontinuo-empleos-calzado/962620.html>

contratos fijos continuos existentes en contratos fijos discontinuos), posibilidad que no resulta novedosa, pues ya quedaba recogida en algunas regulaciones sectoriales de los años 70 y 80 del siglo pasado¹⁰. No obstante si entiendo que habría de concretarse el régimen a utilizar para esta modificación (acuerdo entre las partes, vía negociación colectiva, o a través de una modificación sustancial de las condiciones de trabajos)¹¹. También habría de tenerse en cuenta las características propias que particularizan el TFD, de manera que se llegase a efectuar un adecuado uso del mismo sin obviar aquellas y sin que se confundiesen con otras modalidades contractuales a tiempo parcial, estableciéndose, de una vez, las reformas jurídicas adecuadas que perfilasen con claridad el régimen jurídico de esta institución y evitasen situaciones de desprotección.

2. EL TRABAJO FIJO DISCONTINUO

Los diferentes modos de producción de bienes y servicios que se ofertan al mercado (sistemas de producción continuos o discontinuos) han exigido al empresario adaptar sus necesidades de mano de obra a la actividad de su empresa en función del espacio temporal para el que se requiere la misma. Así pues, y en función de cómo se determine el tiempo de trabajo entre las partes el vínculo laboral resultante puede ser con carácter fijo –o indefinido– o temporal. En función de cómo se distribuya ese tiempo de trabajo pactado la relación laboral podrá desarrollarse a tiempo completo o a tiempo parcial¹². En función de cómo se ejecute el trabajo (según la naturaleza del mismo atendiendo al tipo de actividad o a la forma en que ésta esté organizada) la prestación de servicios podrá desarrollarse de manera continuada o, por el contrario, de forma periódica o discontinua.

¹⁰ Esta posibilidad no es una novedad, pues ya quedaba recogida en la extinta Ordenanza Laboral de Hostelería de 28-2-1974 y en el art. 58 del Convenio de Textil y Confección –BOE 25-1-1988-. Vid. al respecto Tárrega Poveda J.: "Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo", *op.cit.*, pág. 59.

¹¹ En este sentido Cruz Villalón ya apuntaba la posibilidad de transformar contratos fijos en contratos fijos discontinuos a través de la negociación colectiva pudiendo recogerse en el convenio los criterios a tener en cuenta para su realización voluntaria (dada la asimilación de situaciones con los trabajos a tiempo parcial). Vid. en: "El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984", *Revista de Relaciones Laborales, T.I.*, año 1985, pág. 454. Por su parte, Casas Baamonde, siguiendo a Goerlich Peset apunta al acuerdo entre las partes como criterio a seguir para la conversión. Vid. en: "La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial (y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo)", pág. 552.

¹² Vid. Yanini Baeza J.: "La contratación para trabajos fijos discontinuos", Edit. Mc Graw Hill, Madrid 1998, pág. 27.

Frente a la prestación de servicios indefinida y desarrollada de forma continua se alza por contraposición los trabajos fijos discontinuos. En ambos supuestos el vínculo laboral existente entre las partes es el mismo, es decir, hay una relación de fijeza o de permanencia en la duración del contrato suscrito entre las partes. La singularidad que caracteriza al segundo respecto del primero está en la forma de ejecutar la prestación laboral, es decir, el trabajo no se va a llevar a cabo siguiendo una secuencia temporal de tracto continuo a lo largo del año sino que va a quedar condicionado por el espacio temporal que marque la actividad empresarial, de manera que será dentro de ese período cuando el trabajador permanecerá en activo. Ahora bien, ello no significa, necesariamente, que la prestación de servicios sea equiparable, en cómputo temporal, a la duración del período de actividad, pues aquélla estará vigente durante el tiempo pactado por las partes.

Una vez que se haya cumplido dicho tiempo la prestación de servicios no se extingue sino que quedará interrumpida hasta que tenga lugar un nuevo período de actividad comenzando de nuevo la prestación de servicios. Esta reiteración o intermitencia en los períodos de actividad, para los cuales será necesario la prestación de servicios, atendiendo a la actividad que desarrolle la empresa seguirá unos patrones temporales que, en unos casos, serán regulares y, en otros, irregulares. Como consecuencia de esa necesidad empresarial permanente pero discontinua y reiterada de forma cíclica o intermitente en el tiempo y de la vinculación indefinida del trabajador en la empresa pesa sobre los empresarios que desarrollen este tipo de actividades discontinuas un deber de llamamiento –a los trabajadores– cada vez que se inicie el ciclo¹³.

Por las citadas particularidades este modo de prestación de servicios se ajusta a procesos productivos condicionados por factores estacionales o climáticos de secuencia cíclica que requieren la sucesión repetitiva de la prestación laboral. Y así el trabajo fijo discontinuo ha sido un recurso muy utilizado por los distintos sectores de la industria y los servicios como lo pone de manifiesto desde su inicial regulación en las distintas Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajos (fabricación de conservas vegetales, industria de conservas y salazones de pescado, manipulado y envasado de frutas, industria resinera, alma-

¹³ En la Ley de Relaciones Laborales de 1976 ese orden debía de realizarse por rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad. De no respetarse lo anterior el trabajador podría reclamar por despido desde el día que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria (art. 16). Este llamamiento por orden de antigüedad quedó suprimido en la redacción originaria del ET (1980) remitiendo a la negociación colectiva el criterio a seguir, siendo restituido por la reforma operada por la L.32/1984 y por el RD 2104/1994 hasta su desaparición del texto estatutario tras el RDL 18/1993, de 3 de diciembre.

drabera, chocolates, bombones y caramelos, de dulces navideños, helados, fabricación de embutidos y conservas cárnicas, industria azucarera, industria resinera etc.)¹⁴.

No obstante, la flexibilidad que posee el TFD para adaptarse a los ciclos productivos de las empresas ha permitido la extensión de esta institución jurídica hacia otro tipo de empresas no condicionadas por factores estacionales, de temporada o de campaña, pero que sí desarrollan su actividad de forma cíclica. Tal es el caso de las empresas que realizan estudios de mercado, de opinión pública, encuestas (como por ejemplo, el Instituto Nacional de Estadística, tal y como se pone de manifiesto en esta Sentencia del TSJ de Cantabria)¹⁵.

2.1. Regulación actual

La regulación actual del CFD se ubica, tras la reforma llevada a cabo por el RDL 5/2001, de 2 de marzo y reiterada por la posterior Ley 12/2001, de 9 de julio, en el art. 15.8 ET. A raíz de esta nueva modificación parcial del ET el CTFD recupera su independencia, como modalidad contractual autónoma, que perdió en 1993 con la reforma introducida por el RDL 18/1993¹⁶. Pues bien, el RDL 5/2001 extrae al CTFD del art. 12. Esto supone de ventaja para el CTFD el que éste deje de ser calificado como una modalidad del contrato a tiempo parcial. Sin embargo, lo sitúa en el art. 15 (precepto que regula la duración de los contratos) en un nuevo apartado, el número 8, en lugar de haber continuado la sistemática del ET y dedicarle un precepto independiente como una modalidad contractual más.

Otro inconveniente añadido al anterior es que la extracción no se efectúa de manera limpia o completa al mantenerse en el art. 12.3 la regulación de los trabajos fijos periódicos. Esto implica la fractura del CTFD en dos modalidades las cuales se regularán por regímenes jurídicos diferentes: los trabajos fijos periódicos – o trabajos fijos discontinuos que se repitan en fechas ciertas– y que se desarrollan dentro del volumen normal de la empresa y los trabajos fijos discontinuos que, dentro del volumen normal de la empresa no se repitan en

¹⁴ Vid. García Ortega J.: "Las relaciones laboral y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos", op.cit., págs.17 y siguientes

¹⁵ La calificación de la actividad de los encuestadores como fija discontinua ya fue reconocida por algunas sentencias del TCT como la de 3-11-1987 – ponente J. García Fenollera-Vid.Tárraga Poveda J.: " Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo" op.cit., págs.41-42 y cita de la sentencia del TCT en nota a pie nº 67. La ampliación de los TFD a los trabajos que no siendo de temporada o campaña son intermitentes porque no se desarrollan todos los días laborales del año fue reconocida por el TS en la S. 30-6-1994 (RJ 2004, 4750). Vid. del mismo autor, "El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial", op.cit., pág. 12.

¹⁶ Recuérdese que fue con el RDL 18/1993 y posteriormente la L.10/1994 cuando el CTFD se incluyó dentro de la regulación del contrato a tiempo parcial en el art. 12.2 ET.

fechas ciertas. A la primera modalidad le resulta aplicable la regulación del contrato a tiempo parcial indefinido –art.12 ET– y a la segunda, la peculiar y propia de los trabajos fijos discontinuos –art. 15. ET–¹⁷.

A) Los trabajos fijos periódicos dentro del volumen normal de la empresa:

El art. 12.3 del ET reconoce que los trabajos fijos periódicos son una modalidad de contrato a tiempo parcial indefinido. Paralelamente el art. 15.8 ET se refiere a los trabajos fijos discontinuos que se repiten en fechas ciertas, a los cuales les resulta de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial indefinido. Atendiendo a lo anterior, se puede interpretar que, a pesar de la diferente ubicación el legislador viene a identificar, aunque de forma un tanto confusa, el supuesto citado contemplado en el art. 15.8 ET con el establecido en el art. 12.3 ET, con lo cual los trabajos fijos discontinuos que se repiten en fechas ciertas y los trabajos fijos periódicos son una misma cosa –con las consecuencias jurídicas que de ello se deriva–.

Por lo tanto, para poder distinguir a este tipo de trabajos del resto, o dicho en otros términos, para poder identificar los supuestos que tienen aquí cabida hemos de incidir en sus notas diferenciales:

–Trabajos fijos: con esta expresión el legislador se centra en la propia actividad objeto de la prestación de servicios a desarrollar por el trabajador¹⁸. Con ello se refiere a que se tratan de actividades que operan de forma permanente en la empresa. No son pues, trabajos esporádicos o puntuales, sino que responden a una necesidad básica de la empresa. Esa necesidad permanente de mano de obra determina la vigencia de carácter indefinido de la relación laboral que une al trabajador con la empresa. Y ello tiene su consecuencia en el derecho al llamamiento cada temporada¹⁹. Es esta una de las notas que lo separan o distinguen de los contratos temporales.

¹⁷ Vid. Cardenal Carro M. y Arias Domínguez A. "La contratación fija discontinua: diferencias y régimen básico", Parte Segunda, p. VII de la obra colectiva "Los contratos de trabajo temporales" Dir. A.V. Sempere Navarro, Coord. R. Martín Jiménez, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pág. 260.

¹⁸ Vid. González del Rey Rodríguez I.: "El contrato de trabajo a tiempo parcial", edit. Aranzadi, Pamplona 1998, págs.282–284.

¹⁹ La proyección del llamamiento sobre los TFD puede tener consecuencias diferentes según el tipo de trabajo fijo discontinuo a considerar. En este sentido Cruz Villalón, a propósito de la reforma del ET llevada a cabo por la L.32/1984 diferenciaba entre los fijos discontinuos estables, para los cuales existe un derecho a la ocupación cada temporada, debiendo ser llamados los trabajadores cada vez que se inicie la misma –aunque matizaba que había de reconocerse cierta flexibilidad en el momento de la llamada, según la actividad – y los fijos discontinuos inestables a los que se les reconoce el derecho a ser llamados con preferencia según un orden de antigüedad. Vid. en: "El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984", op.cit., pág. 460.

–Trabajos periódicos –o discontinuos que se repiten en fechas ciertas–: esta nota viene a complementar a la anterior, pues el legislador con esta expresión se está refiriendo a la duración de la actividad a desarrollar y por extensión al tiempo de trabajo y a su ordenación delimitando la duración de la jornada laboral del trabajador y la forma en que se va a reproducir o ejecutar en el tiempo.

De esta forma la periodicidad va a caracterizar a prestaciones de servicios que tienen lugar durante un espacio temporal concreto de duración inferior al año marcado por una causa: el tipo de actividad a desarrollar atendiendo a factores: estacionales, de campaña o de temporada o a la organización de la actividad productiva dispuesta por el empresario. Por consiguiente, estas actividades no se prolongan con continuidad durante todo el año sino durante una parte del mismo, siendo la jornada del/los trabajador/es que va/n a cubrir dicha actividad –ya sea a tiempo parcial o completo– inferior, en cómputo anual, a la establecida con carácter general en el ET o a la sectorial aplicable para trabajos que no gozan de ese carácter discontinuo²⁰. Pero la necesidad empresarial de tales prestaciones de servicios no se agota o desaparece cuando concluye el período temporal citado, por lo que la relación laboral se mantiene reiterándose en el tiempo –y aquí es donde radica su especialidad– de forma cierta o regular. Esta regularidad posibilitará que los ciclos puedan predeterminarse en el tiempo. De ahí que, en cada anualidad, el trabajador combinará período/s de prestación de servicios con período/s de inactividad siguiendo intervalos cíclicos o regulares²¹.

La periodicidad deja así de ser utilizada por el legislador como una nota sustantiva del CTFD tal y como se recogía en la redacción originaria del ET (art. 15.1.e)²². Ahora el legislador utiliza este término para particularizar a un tipo de TFD – los que se suceden en ciclos regulares o fechas ciertas– frente al resto – los que se suceden en ciclos irregulares o fechas inciertas–. Y es esta regularidad en el desarrollo de la actividad la que lleva a la doctrina a calificar a estos trabajos como trabajos discontinuos estables²³, fijos discontinuos de

²⁰ Por lo tanto, se desprecia para estos supuestos el término de comparación utilizado para los contratos a tiempo parcial en el art. 12.1 ET (trabajador a tiempo completo en situación comparable) ante la imposibilidad de ser utilizado para todos ellos en su conjunto.

²¹ Esta regularidad, en cuanto a la duración del período de actividad y a los momentos de inicio y finalización, permitirá a las partes predeterminar aspectos de la relación laboral tales como la duración de la jornada diaria o el horario de trabajo.

²² Vid. Tárraga Poveda J.: “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo” op.cit., pág. 41.

²³ Vid. Cruz Villalón J.: “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la ley 32/1984”, op.cit., pág. 459. Del mismo autor vid. también “Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos”, Tribuna Social n° 85, número monográfico sobre el trabajo a tiempo parcial, enero 1998, pág. 38. Siguiendo al citado autor, entre otros, Ríos Salmerón B.: “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., págs. 35–36.

campaña cierta²⁴ o fijos de temporada²⁵ –los trabajos de hostelería ubicados en zona de costa durante la temporada alta, balnearios, actividades de enseñanza durante el curso escolar y anexas o complementarias (personal auxiliar de patio o de vigilancia, personal de comedor, limpieza, etc.), empresas de producción textil o de calzado, transporte aéreo, fabricación de dulces navideños, etc.– para distinguirlos de los trabajos discontinuos, inestables o de campaña incierta.

Ahora bien, la certeza en la fecha en que va a tener lugar la reiteración no significa que siempre se tenga una constancia precisa y exacta del momento en que la actividad va a reanudarse y, en consecuencia, pueda prefijarse una fecha concreta de inicio y fin de la misma, pues éstas pueden quedar condicionadas por múltiples factores que hagan inviable que la actividad se reitere en la fecha prevista. Esta cuestión ya ha sido apuntada por algunos autores que ponen como ejemplo: la apertura del curso escolar que puede variar según lo establezca la autoridad competente; cambio de fechas prefijada en espectáculos públicos o competiciones deportivas etc²⁶. Por consiguiente la certeza o regularidad en el período de actividad y, por derivación, de la prestación de servicios, ha de ser interpretado de forma flexible, ya que una interpretación rigurosa conllevaría a excluir de esta modalidad a aquellos supuestos que con ciclos regulares de actividad tuviesen variación, por ejemplo en los días de inicio o finalización. Y ello daría lugar a un drástico vaciamiento de esta modalidad de fijo discontinuo periódico²⁷.

B) Trabajos fijos discontinuos que no se repitan en fechas ciertas

Además de la nota de fijeza ya citada en el apartado anterior es característica singular y diferenciadora del CTFD frente al resto de modalidades contractuales la de la discontinuidad, expresión con la que el legislador quiere referirse a una prestación de servicios que no se desarrolla durante todo el año sino de

²⁴ Vid. Pedrajas Moreno A.: "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo", Revista de Relaciones Laborales, T.I., año 1994, pág. 417; Martínez de Viergol Lanzagorta A.: "La problemática en torno a la subsunción del trabajo fijo discontinuo dentro del trabajo a tiempo parcial", Revista de Trabajo y Seguridad Social, octubre-diciembre 1995, pág. 56.

²⁵ Vid. Tárraga Poveda J.: "Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo" op.cit., pág. 55.

²⁶ Valverde Asencio J.A.: "La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos", op.cit., pág. 72.

²⁷ Según Cruz Villalón "resulta materialmente imposible imaginar un supuesto auténtico de fijo discontinuo que se repita en fechas fijas, pues incluso en las actividades cíclicas más estables siempre existen imponderables que impiden una repetición exacta año tras año. En definitiva, todo ello conduce a un vaciamiento de facto del subtipo contemplado en el art. 12.3 ET, para entrar la práctica totalidad de los fijos discontinuos a ser regulados dentro del art. 15.8 ET". Vid. en: "Compendio de Derecho del Trabajo", 2ª edic., edit. Tecnos, Madrid 2009, pág. 235.

forma cíclica o intermitente durante una parte del mismo. A diferencia de los supuestos que se ubican en el apartado anterior (dentro de los trabajos fijos periódicos) en éstos se incluyen aquellos supuestos de prestaciones de servicios discontinuas que no se repiten en intervalos ciertos o regulares sino de una forma irregular, imprevisible o aleatoria en el tiempo (normalmente, aunque no siempre, por depender de factores estacionales o climatológicos).

–Trabajos que se desarrollan dentro del volumen normal de la actividad de la empresa: con esta expresión el legislador se refiere a que los trabajos discontinuos forman parte o son propios de la actividad de la empresa, es decir cubren necesidades permanentes. Y ello puede tener lugar de diversa manera: 1) en empresas que cubran sus necesidades productivas con estos trabajos por tratarse de empresas cuya actividad tiene ese carácter discontinuo y, por consiguiente, funcionan, en exclusiva, de manera cíclica en dichos períodos por ejemplo, la fabricación de dulces navideños; 2) en empresas con funcionamiento permanente que durante el desarrollo de su actividad se produzcan, en intervalos periódicos, picos o incrementos de actividad habituales (por ejemplo los trabajos de hostelería o restauración ubicados en zona de costa durante la temporada alta). La discontinuidad, en este caso periódica, tiene lugar aquí no atendiendo a la naturaleza de la actividad, que es permanente, sino al incremento de la misma que se reitera de forma periódica; 3) en empresas en donde se yuxtaponen una actividad permanente con una actividad discontinua (por ejemplo, una empresa de salas de cines –actividad permanente– que, en período estival, abre un cine de verano –actividad discontinua–). En todos ellos la presencia de estos trabajadores discontinuos en tales empresas no respondería a una situación coyuntural o extraordinaria, sino a lo que resulta normal o habitual en la empresa. En consecuencia, y atendiendo a la variedad de supuestos, el funcionamiento de la actividad de la empresa (permanente a lo largo del año o cíclica o intermitente) no constituye un requisito consustancial para este tipo de trabajos²⁸. La causa que justifica el empleo de esta modalidad contractual se halla en las distintas situaciones en las que, de una forma discontinua, se produce la necesidad empresarial en la prestación de servicios²⁹.

2.2. El deber de llamamiento empresarial

El carácter indefinido de la prestación y su desarrollo en intervalos cíclicos, más o menos regulares, genera una obligación para el empresario y un derecho

²⁸ Vid. García Ortega J.: "Las relaciones laboral y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos", op.cit., págs.82 y 84; Cardenal Carro M. y Arias Domínguez A. "La contratación fija discontinua: diferencias y régimen básico", Parte Segunda, p. VII de la obra colectiva "Los contratos de trabajo temporales", op.cit., pág. 261.

²⁹ Valverde Asensio J.A.: "La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos", op.cit., pág. 111.

para los TFD: el llamamiento cada vez que reproduzca el ciclo de actividad. Y esta obligación cobra especial importancia, por cuanto que el cumplimiento de este deber formal del empresario originará el inicio de la prestación de servicios por parte del TFD según el orden que se haya establecido (salvo que el trabajador no respondiese a la llamada, lo que se viene contemplando como un supuesto de dimisión tácita del trabajador)³⁰. Y así se ha dicho que el llamamiento “actúa como un instrumento limitador del *ius variandi* empresarial, pues encarga a éste de forma imperativa quiénes y en qué orden deben ser llamados a realizar los trabajos estacionales que ofrece”³¹.

Pero además, y como medida de aseguramiento del derecho a la ocupación efectiva de los TFD el legislador incorpora una garantía añadida a esta institución, pues en caso de que el empresario incumpla el llamamiento, el trabajador tiene abierta la posibilidad de reclamar como si de un despido se tratase³².

En el art. 15.8 ET se contiene este deber de llamamiento empresarial reconociéndose el mismo para los “trabajadores fijos–discontinuos”. En cambio, en el art. 12.3 ET no se hace ninguna mención al respecto en el art. 12.3 ET. Ello podría justificarse en la propia diferencia existente entre los TFD que se repiten en fechas ciertas y los que no. Debido a que los primeros pueden tener preestablecidas las fechas de inicio no existiría la obligación de llamamiento, pues el trabajador sabe cuál va a ser la fecha en la que se tiene que reincorporar al trabajo. El llamamiento quedaría así establecido para los segundos, es decir,

³⁰ Acerca de las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales en relación con la calificación jurídica del llamamiento Vid. García Ortega J.: “Las relaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., pág. 215–220; Cruz Villalón J.: “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984”, op.cit., pág. 459–460; Martínez de Viergol Lanzagorta a.: “La problemática en torno a la subsunción del trabajo fijo discontinuo dentro del trabajo a tiempo parcial”, op.cit., pág. 63; Martínez Abascal V.A.: “El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico”, *Cívitas, Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 36, año 1988, págs.594–600; Yanini Baeza J.: “La contratación para trabajadores fijos discontinuos” op.cit., págs.82–85; Valverde Asensio J.A.: “La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., págs. 146–147. Para este último autor el llamamiento constituye una obligación formal que no puede ser eludida por el empresario cuando concurren las causas que justificaron el recurso a esta modalidad contractual. Y cuando esto sucede hay una obligación del empresario de activar el contrato. Vid. op.cit., pág. 146.

³¹ Vid. Tárraga Poveda J.: “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, op.cit., pág. 105.

³² Vid. Tárraga Poveda J.: “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, op.cit., pág. 105. No obstante lo anterior, conviene matizar, como indica Cruz Villalón, que no toda ausencia de llamamiento desencadena el despido, pues la falta de llamamiento puede tener lugar por factores externos a la propia voluntad empresarial de convocar, como puede ser un defecto en el cómputo de la antigüedad de los trabajadores, error en los domicilios etc. Vid. *Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos*, op.cit., pág. 48.

para los TFD que no se repiten en fechas ciertas, puesto que al tener ciclos inestables o irregulares ni empresario ni trabajador pueden conocer con antelación el comienzo de la actividad³³.

Pero si admitimos que el trabajo fijo periódico es una modalidad de TFD, el art. 15.8 ET al referirse a “los trabajadores fijos–discontinuos” se está refiriendo a todos en general. Además, a lo anterior hay que añadir lo ya referido en cuanto al criterio de la certeza en la fijación del inicio de la actividad de la empresa, pues no siempre se puede establecer con exactitud, por lo que los trabajadores fijos periódicos también necesitarán del cumplimiento de este trámite formal para conocer el momento de inicio de su prestación laboral³⁴. Por consiguiente, el llamamiento constituye un derecho subjetivo del trabajador que estará presente con independencia de la tipología de fijo discontinuo que se trate. Y así viene siendo reconocida por la doctrina del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia³⁵.

Aún cuando el art. 15.8 ET reconoce el llamamiento, sin embargo, no lo regula sino que se deja a la negociación colectiva que sea ésta la que determine el procedimiento a seguir. Por lo tanto, en este aspecto, el legislador ha otorgado al convenio colectivo un papel muy importante: el de regular el orden en que se han de producir el llamamiento y la forma que ha de utilizar el empresario para cumplir con dicha obligación (aspectos que habrán de quedar, necesariamente, incorporados al contrato de trabajo por expresa disposición del legislador)³⁶. Sin embargo, el legislador ha rehusado a establecer un criterio alternativo ante el defecto de regulación convencional, silencio que ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina que, ante dicha carencia de regulación supletoria se viene decantando por la utilización del procedimiento que, en su día, estableció la reforma estatutaria de 1984 en el art. 15.6 ET y el art. 14 del

³³ En este sentido vid. Yanini Baeza J.: “La contratación para trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., pág. 80.

³⁴ En este sentido Valverde Asensio precisa que, en estos supuestos –el de los fijos periódicos– “obviar el llamamiento implica necesariamente la especificación del «período de actividad» de antemano, sin que pudiera considerarse como tal contrato aquél en que simplemente se constatará la reiteración de la fecha cierta en el período de actividad”. Vid. en: “La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., págs.75–76.

³⁵ Vid. cita de Sentencias en Tárrega Poveda J.: “El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial”, op.cit., pág. 47.

³⁶ Por lo general los convenios colectivos han seguido utilizando como criterio delimitador del orden de llamamiento la antigüedad referida a: la especialidad, categoría profesional, sección de la empresa, puesto de trabajo e incluso antigüedad en la empresa. Vid una muestra de estos criterios en los convenios colectivos que, al respecto, cita Yanini Baeza J.: “La contratación para trabajadores fijos discontinuos” op.cit., págs.86–87.

RD 2104/1984, de 21 de noviembre, esto es, realizar el llamamiento por orden de antigüedad dentro de cada especialidad (grupo o categoría profesional)³⁷.

2.3. Su delimitación con los contratos eventual y por obra o servicio determinado

Como ya hemos comentado en la introducción de este trabajo el TFD ha estado tradicionalmente vinculado a la contratación temporal, en especial, a dos modalidades contractuales: el contrato eventual y el contrato por obra o servicio determinado. Bien sea porque desde sus inicios reguladores las normas sectoriales, para identificar una realidad como era la de los trabajos fijos discontinuos, acudían a diferentes denominaciones y, en muchas de ellas, se reconocía su carácter temporal, bien porque en las primeras redacciones estatutarias se mezclaban sus notas diferenciales (regulación del contrato eventual para atender a trabajos de temporada, o bien por las conexiones que pudieran establecerse a raíz de su inestable ubicación estatutaria junto con contratos temporales y/o a tiempo parcial, lo cierto es que la diferenciación de los TFD con los trabajos eventuales o por obras o servicios ha sido un problema constante del que puede dar cuenta la copiosa jurisprudencia existente al respecto con criterios no siempre pacíficos³⁸. De ahí que este tema se haya convertido en una temática presente en muchos de los estudios doctrinales realizados sobre cualquiera de estas tres modalidades contractuales, en un intento de establecer los criterios diferenciales que los separen.

Podría pensarse que, en la actualidad, este problema queda superado por la regulación separada de cada una de estas modalidades en el ET en donde se establecen las particularidades de cada uno de ellos haciendo posible la diferenciación del CTFD frente a la contratación eventual y por obra o servicios determinados.

Frente a la permanencia o fijeza que caracteriza la relación laboral fija discontinua se contraponen la temporalidad de los trabajos eventuales o por obra o servicios.

Frente al carácter discontinuo y reiterado en el tiempo de la prestación de servicios de los TFD se contraponen la continuidad en la secuencia temporal o

³⁷ Vid. entre otros, Pedrajas Moreno A.: "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo", op.cit., pág. 430; Cruz Villalón J.: "Breve panorama del régimen de trabajadores fijos discontinuos", op.cit., pág. 47; García Ortega J.: "Algunas consideraciones sobre la actual regulación del contrato fijo-discontinuo y propuestas para su reforma", Revista de Derecho Social n° 6, año 1999, pág. 243.

³⁸ Vid. Yanini Baeza J.: "La contratación para trabajos fijos discontinuos", op.cit., pág. 37 y jurisprudencia citada en las notas a pie n°40 a 45; González del Rey I.: "El contrato de trabajo a tiempo parcial", op.cit., pág. 286 y jurisprudencia citada en las notas a pie 30 a 32.

desarrollo de los trabajos eventuales³⁹ o por obra o servicios no sujeto a interrupciones cíclicas.

Frente al objeto del TFD de atender, de forma cíclica y reiterada en el tiempo necesidades normales y permanentes de la empresa se contraponen el carácter extraordinario y coyuntural o temporal objeto de los contratos eventual y del contrato por obra o servicios.

El contrato eventual opera cuando en la empresa tiene lugar una circunstancia muy concreta: un incremento de la producción provocado por hechos también concretos: una mayor demanda del mercado, una acumulación de tareas o un exceso de pedidos⁴⁰. Se está pues, ante una situación coyuntural, esporádica, extraordinaria que, aún tratándose de la actividad normal de la empresa, ésta no puede atender con su propio personal y por ello, requiere de la contratación de trabajadores que cubran esta necesidad temporal.

Por lo que respecta al contrato por obra o servicios éste tiene por objeto cubrir una concreta necesidad laboral de la empresa –una obra o un servicio– que se presenta con autonomía y sustantividad propia respecto de lo que es la actividad ordinaria de la empresa entendiéndose por autonomía la realización de la actividad de forma independiente a la que resulta ser la actividad de la empresa y por sustantividad la consecución de un resultado identificable respecto de la actividad empresarial⁴¹. Dicho en términos doctrinales “ha de

³⁹ Respecto a la polémica posibilidad excepcional de que el trabajo eventual pueda llevarse a cabo de forma intermitente en las actividades agrícolas vid. Ballester Pastor I.: “El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajador eventual a disposición o a la carta, un nuevo “invento” de la negociación colectiva”, *Aranzadi Social* paraf.66 (Presentación), publicado como recurso electrónico en la base de datos *westlawes* BIB 2000/1904, págs. 6–7. En este aspecto la autora, siguiendo el criterio mantenido por el STS de 17–12–2001 (RJ 2002, 2028) niega esta posibilidad al contrato eventual, puesto que la intermitencia está reservada para los trabajos fijos discontinuos. No obstante, reconoce la posibilidad de que se esté ante un contrato eventual intermitente cuando el contrato eventual sea a tiempo parcial y se preste servicios en determinados días. Vid. en: De la misma autora vid.: “La anulación del régimen del “trabajo a llamada” nacido vía convencional: una especie de híbrido entre el contrato eventual y fijo discontinuo que no respeta la naturaleza y el objeto de ninguna fórmula de contratación regulada en derecho, en especial, la del contrato eventual por acumulación de tareas”, *Aranzadi Social* paraf 85 (Presentación) recurso electrónico tomado de la base de datos *westlawes*, BIB 2002/71, págs.7–8.

⁴⁰ Esto es lo que Pérez Amorós calificaba como “anormalidad cuantitativa”. Vid. en: “Notas sobre la evolución del concepto del contrato de trabajo eventual en las disposiciones normativas y en la jurisprudencia” en la obra colectiva “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Iª Jornadas de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1984, págs. 212 y 217–219.

⁴¹ A pesar de la necesidad de que concurren las notas de autonomía y sustantividad para que se pueda suscribir contratos por obra o servicios la jurisprudencia entro a considerar otros factores cuando la contratación se llevaba a cabo por una Administración Pública. Y así, sucedía que existiendo actividades que podían calificarse dentro de la categoría de fijas discontinuas los

tratarse de una necesidad de la empresa que resulta ser «cualitativamente» distinta y constitutivamente no excepcional u ocasional”⁴²

A pesar de tales diferencias, en la práctica los supuestos en los que se pueden utilizar una u otras modalidades contractuales continúan sin quedar lo

tribunales no reconocieron dicho carácter por cuanto que valoraron otros criterios como fueron el de la disponibilidad presupuestaria que tuviese el organismo público contratante, la sujeción de la actividad pública a una programación anual, la competencia o no para asumir la actividad, la falta de aptitud profesional del trabajador cuando se inicia una nueva campaña, entre otros. En estos supuestos la jurisprudencia ha venido a considerar que la valoración de estos criterios hacen que la contratación perdiese el carácter de fijo discontinuo y se convirtiese en temporal. Vid. Cardenal Carro M. y Arias Domínguez A. “La contratación fija discontinua: diferencias y régimen básico”, Parte Segunda, p. VII de la obra colectiva “Los contratos de trabajo temporales”, op.cit., pág. 266 y sentencias citadas en relación a supuestos conflictivos como lo han sido las campañas de extinción de incendios forestales, trabajos en albergue juvenil en temporada estival, trabajo en guardería pública etc. Vid. también págs. 93 y 95–98. Esta línea jurisprudencial ya fue cuestionada por autores como Cruz Villalón, el cual entendía que, por ejemplo, la forma de consignación presupuestaria no debía ser utilizada como un criterio que excluyera o impidiera el reconocimiento de actividades fijas discontinuas cuando en ellas lo prevalente es la reiteración de la actividad, con independencia del posible condicionamiento económico que le sirviese de sustento, pues llegado el caso de que, en un período no se hubiesen presupuestado fondos para cubrir la actividad ello podría ser causa de despido, pero no para que la actividad, desde sus inicios, y atendiendo a la disponibilidad económica de los fondos perdiera su carácter de discontinuo y fuese considerada como temporal. Vid. en: “Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., págs. 42–43. Yanini Baeza critica también esta doctrina manteniendo el carácter cíclico, intermitente y discontinuo de actividades como las de guardería infantil para los hijos de los trabajadores que presten servicios en campañas de recolección de frutos, monitora de ludoteca municipal, campañas de atención e información al ciudadano respecto a la declaración del IRPF etc. Vid. en: “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, op.cit., pág. 45. En doctrina jurisprudencial más reciente (SSTS 16–3–2002 RJ 2002, 5989; 25–11–2003 RJ 2003 9115) el TS reconoce que la financiación de servicios obligatorios no determina que el servicio sea temporal ni justifica por sí solo la realización de contratos anuales, aunque sea ésta la duración presupuestaria establecida para los mismos. Vid. citas de las SSTS en Tárrega Poveda J.: “El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial” op.cit. págs. 20–21 El criterio de la reiteración en la actividad, y por consiguiente de la necesidad de contratación de los trabajadores, es el que viene a utilizar el TSJ de Cataluña para cambiar la doctrina que mantenía, según la cual la programación anual de las actividades (docentes de formación ocupacional) y su dotación presupuestaria anual determinaba el carácter temporal de la contratación, aún cuando los trabajadores fuesen reiteradamente contratados. Vid comentario de esta sentencia en García Gil B.: “¿Contrato de trabajo para obra o servicio determinado o contrato de trabajo fijo discontinuo?: Trabajadores que prestan servicios de docencia en Centros de Innovación y Formación Ocupacional”, Aranzadi Social paraf. 31/2008 (Presentación), recurso electrónico incluido en la base de datos westlawes, BIB 2008/1624, págs 3–4. Vid. una selección de Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que reconocen la condición de trabajadores fijos discontinuos atendiendo al criterio de la reiteración en Tárrega Poveda J.: “El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial” op.cit., págs.22.

⁴² Vid. Fernández Márquez O.: “El objeto del contrato de trabajo para obra o servicio: última jurisprudencia y nuevas perspectivas a la luz de la reforma de 1994” Revista de Relaciones Laborales T. I, año 1997, pág. 573.

suficientemente claros, muy en particular, cuando en la empresa, por el tipo de actividad que desarrolla, confluye la cobertura de necesidades temporales de carácter coyuntural o extraordinario como de necesidades permanentes de ejecución cíclica.

Esta complejidad es puesta de manifiesto por el TS al reconocer que la diferencia existente entre los CTFD respecto del contrato eventual o por obra o servicio está separada “por una línea divisoria sutil”⁴³. Si a ello se le une la, en no pocas ocasiones, interpretación extensiva que la negociación colectiva ha realizado de las facultades otorgadas por el legislador respecto de cada una de estas modalidades contractuales el resultado es que, hoy por hoy, continua esta problemática. Prueba de ello es la intensidad con la que se sigue conociendo en sede judicial y de la que da cuenta, a título de ejemplo, la STSJ de Cantabria que se comenta.

3. LOS ASPECTOS ANALIZADOS POR EL TSJ DE CANTABRIA EN LA DETERMINACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL

La STSJ de Cantabria viene a cuestionar la naturaleza jurídica del vínculo laboral – si es temporal o indefinida discontinua– que, realmente, une a la trabajadora con el INE cuando éste se ha venido llevando a cabo entre los años 2003 y 2008 (y de forma sucesiva desde el 2005) mediante distintos contratos temporales (eventuales o por obra o servicios).

Para poder aclarar la cuestión conviene centrarse en tres aspectos fundamentales que van a ser tratados por el TSJ de Cantabria para poder emitir su pronunciamiento a favor de la vinculación indefinida discontinua de la trabajadora y que podemos sintetizar en los siguientes: el objeto real de los contratos celebrados, el carácter de la actividad que se cubre con la prestación de servicios de la trabajadora y el papel de la negociación colectiva centrado, en este caso, en la determinación del vínculo contractual adecuado.

a.–El objeto de la contratación: constituye un elemento de análisis necesario en orden a determinar la naturaleza de la relación laboral –temporal o indefinida discontinua– que la trabajadora tiene con la empresa. Su concreción no atiende a la denominación que hayan utilizado las partes en la formalización del vínculo sino que se ha de atender a la naturaleza de la prestación laboral⁴⁴.

⁴³ Vid. STS 8–11–2005 (RJ 2006, 1301) y que cita la STSJ de Cantabria de 17–3–2009 comentada.

⁴⁴ Vid. Ballester Pastor I.: “El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajador eventual a disposición o a la carta, un nuevo “invento” de la negociación colectiva”, *op.cit.*, pág. 8.

Teniendo en cuenta que se trata de un supuesto en donde la trabajadora ha suscrito, con carácter sucesivo, diferentes contrataciones con el INE el TSJ no se limita al análisis de la última contratación realizada sino que va a tomar en consideración la secuencia contractual íntegra para poder apreciar la validez o no de la vinculación laboral⁴⁵. Ello permitirá conocer si ha existido o no una relación contractual fraudulenta y, de ser éste último el caso, a partir de qué momento se puede considerar existente el fraude de ley, situación que vinculará a las posteriores contrataciones temporales, en el supuesto que existiesen⁴⁶.

Es sabido que la condición de trabajador fijo discontinuo no sólo es accesible a través de la contratación inicial bajo esta modalidad, sino que también puede accederse a ella cuando inicialmente se hubiesen formalizado relaciones eventuales para cubrir en el período de actividad discontinua de la empresa situaciones extraordinarias, las cuales con posterioridad se hubieran consolidado como normales o habituales en los sucesivos ciclos de actividad.

En el caso de autos la trabajadora no se encuentra en ninguno de estos dos supuestos. El primero resulta obvio, dada la sucesión de contrataciones temporales y el objeto de este litigio – el reconocimiento de la trabajadora como indefinida discontinua–.

Respecto del segundo y entrando a valorar el objeto de los diferentes contratos se observa que todos ellos han sido suscritos para cubrir un trabajo ordinario y permanente de la empresa (realización de encuestas) que se desarrolla con carácter cíclico (encuestas de periodicidad anual o bianual según el Plan Estadístico Nacional) resultando previsible el volumen de trabajo a emplear. Y ha sido esa misma necesidad de la empresa la que ha estado presente en la sucesión de contratos realizada a la trabajadora, en la que además, ha sido cubierta utilizando indistintamente dos modalidades de contratación: el contrato eventual y el contrato por obra o servicios.

No se trata, pues, de una situación coyuntural o extraordinaria que requiera que la empresa incremente temporalmente el volumen de empleo en un determinado momento sino que se está ante una necesidad permanente y que se

⁴⁵ En ese sentido el TSJ de Cantabria reiterando pronunciamientos anteriores de fecha 6-2-2008 y 18-12-2008 sostiene que: "para poder apreciar si un trabajador es acreedor de tal condición –se refiere a TFD–, cuando no es inicialmente atribuida, es lógico tomar una cierta perspectiva de varios años para discernir así si una serie de contrataciones formalizadas bajo otras modalidades responden realmente a necesidades de carácter permanente y cíclico, y por tanto, si dichas contrataciones pueden ser consideradas fraudulentas o abusivas".

⁴⁶ Vid. STS 22-4-2007 (RJ 2002, 7796). En el mismo sentido y con apoyo en pronunciamientos del TS de fecha anterior a ésta vid. Cardenal Carro M. y Arias Domínguez A. "La contratación fija discontinua: diferencias y régimen básico", Parte Segunda, p. VII de la obra colectiva "Los contratos de trabajo temporales", op.cit., pág. 261.

repite de forma periódica, por lo que el objeto del contrato eventual no se cumple. Tampoco se está ante una prestación de servicios dotada de autonomía respecto de la actividad de la empresa, puesto que la realización de encuestas forma parte de la actividad ordinaria y normal del INE.

Por lo tanto, existiendo una contratación fraudulenta la relación laboral de la trabajadora, en base al art. 15.3 ET, se considera indefinida. Y dicho carácter se hará extensible a toda la relación laboral existente desde su inicio ya que según la STSJ de Cantabria “la irregularidad padecida por un contrato temporal que inicia la serie de los concertados ente la empresa y el trabajador produce la indefinición del contrato, desde su origen, con la consecuencia natural de nulidad de todos los contratos temporales celebrados con posterioridad”⁴⁷.

Pero obsérvese que la relación de la trabajadora se considera indefinida discontinua y no fija discontinua. Esta distinción es relevante dado el carácter de Administración Pública del INE, lo cual significa que en, el ámbito de la Función Pública, no se da la identidad existente en el sector privado entre personal fijo e indefinido⁴⁸. Por lo tanto, la relación de la trabajadora con el INE se mantiene sin someterse a un término (esto es lo que en sede doctrinal se calificado como una situación de «interinidad indefinida» y en sede judicial de « discontinuos en calidad de interinos»)⁴⁹ pero ni adquiere fijeza, ni va a ver transformada en administrativa su vinculación laboral con la empresa. Por el contrario, la trabajadora permanecerá vinculada a la misma manteniendo la naturaleza laboral de su relación hasta tanto se lleve a cabo el procedimiento reglamentario para la cobertura de dicho puesto de trabajo conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que han de ser respetados cuando del acceso a puestos de trabajo en la Administración se trata⁵⁰.

b.– La reiteración cíclica de la actividad como criterio delimitador de los TFD frente a la contratación temporal: el carácter de la actividad que se cubre con la prestación de servicios de la trabajadora constituye otro de los elementos a tener en cuenta, esta vez para determinar el carácter continuo o discontinuo de la prestación de servicios. En el caso debatido la trabajadora presta servicios para cubrir una necesidad del INE de carácter cíclico y permanente (realización

⁴⁷ Vid. el apoyo de esta argumentación del Tsj de Cantabria en las SSTS 30–5–2007 (RJ 2007, 6113); 27–2–2007 (RJ 2007,3829).

⁴⁸ Vid. esta doctrina del TS en la STS 7–10–1996 (RJ 1996, 7492); 10–12–1996 (RJ 1996, 9139)

⁴⁹ Vid. Molero Marañón M.L.: “Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. nota a pie nº 20; STSJ de Navarra de 22–6–1998 AS 2533 citada por Tárrega Poveda J.” El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial”, op.cit., pág. 21.

⁵⁰ Vid. Quintanilla Navarro R.: “Regulaciones sectoriales”. Parte Sexta de la obra colectiva “Los contratos temporales”, op.cit., págs. 507 y 512 y jurisprudencia citada.

de encuestas del Plan Estadístico Nacional para el período 2005–2008), es decir, reiterada en el tiempo. Por consiguiente, y siguiendo la doctrina del TS “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 períodos limitados”⁵¹.

c.– El concreto papel de la negociación colectiva en la determinación del vínculo contractual adecuado: este es otro de los aspectos a tener en cuenta en el análisis de la STSJ de Cantabria, ya que la sucesión de contratos temporales realizados a la trabajadora y decidida por el INE tiene su base en acuerdos colectivos previos para contratar a personal temporal por circunstancias de la producción para elaborar las encuestas contempladas en el Plan Estadístico Nacional. En base a estos acuerdos el INE ha cubierto con contrataciones temporales un déficit de plantilla. Por lo que la cuestión a considerar es si con estos acuerdos ha existido una extralimitación en las funciones otorgadas por el legislador a la negociación colectiva respecto de los contratos eventuales, por obra o servicio y fijos discontinuos –art. 15.1 letras a) y b) del ET– en relación con los arts. 2 y 3 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre –y art. 15.8 ET–.

En el contrato por obra o servicio la tarea asignada al convenio colectivo, en ese aspecto, se ciñe a la identificación de aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa en los que puede utilizarse esta modalidad contractual (art. 15.1.a ET y art. 2 RD 2720/1998). En relación con el contrato eventual las funciones delegadas por el legislador al convenio colectivo (art. 15.1.b ET y art. 3 del RD 2720/1998) se refieren a la determinación de las actividades en las que puede realizarse la contratación eventual.

En ambos casos las funciones del convenio se limitan a señalar o a establecer de entre todas las actividades normales que realice la empresa cuáles pueden desarrollarse bajo una u otra modalidad contractual. Con ello se consigue, por un lado limitar la posibilidad del empresario de utilizar de forma indiscriminada y fraudulenta la contratación temporal y, por otra, clarificar aquellas tareas o trabajos que pudieran resultar confusos o controvertidos, pero siempre desde el respeto al régimen jurídico establecido en el ET, puesto que el ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva –art. 37.1 de la Constitución– ha de desarrollarse “con respeto a las leyes”⁵². De ahí que el convenio no pueda ser un instrumento que altere, ni los supuestos previstos

⁵¹ Vid. SSTS 23–10–1995 (RJ 1995, 7867); 26–5–1997 (RJ 1997, 4426); 25–2–1998 (RJ 1998,2210); 23–6–1998 (RJ 1998, 5483); 5–7–1999 (RJ 1999,6443) citadas todas por la STSJ de Cantabria objeto de este comentario.

⁵² Vid. Cardenal Carro M. y Arias Domínguez A. “La contratación fija discontinua: diferencias y régimen básico”, Parte Segunda, p. VII de la obra colectiva “Los contratos de trabajo temporales”, op.cit., pág. 263 y jurisprudencia citada en relación con págs. 112 y 145–146.

estatutariamente para la contratación temporal, ni sus requisitos. En el caso de que ello se produjera (reconocimiento de actividades que pueden ser objeto de contratos por obra o servicios cuando se tratan de actividades fijas discontinuas) el acuerdo no resultaría vinculante ni impediría el control jurisdiccional que recondujera el contrato hacia la legalidad⁵³. No obstante lo anterior, en la práctica, se puede dar cuenta de los excesos reguladores cometidos en las cláusulas de algunos convenios colectivos en las que se viene a reconocer la contratación por obras o servicios para cubrir campañas de incremento de actividades cíclicas que se reiteran anualmente en las mismas fechas (por ejemplo en el sector del comercio en las fechas de Navidad y rebajas)⁵⁴. En otras ocasiones la extensión funcional de los convenios, por una errónea interpretación de los preceptos legales, ha llegado a la creación de modalidades contractuales contrarias a lo dispuesto en el ET. Tal sería el caso del denominado trabajo eventual a llamada o trabajo eventual discontinuo, esto es una modalidad presente en cláusulas convencionales por la que se permite la contratación eventual. Su peculiaridad consiste en que el trabajador no va a prestar servicios de manera continua todo el tiempo de vigencia del contrato sino que el trabajador será llamado por el empresario cuando éste lo necesite, siendo retribuido el trabajador, exclusivamente, los días en que preste servicios a la empresa⁵⁵. De ahí que el TS lo califique de "una especie de híbrido de contrato eventual, a tiempo parcial, para satisfacer trabajos fijos-discontinuos que no respeta los límites de cada uno de ellos, constituyéndose en un medio por el que el empleador puede contar con los servicios de un trabajador"⁵⁶.

Este exceso en las funciones reconocidas por la Ley a la negociación colectiva es lo que ha sucedido con los acuerdos firmados entre los sindicatos y el INE, en los que, para cubrir la necesidad permanente de personal que tiene el INE para poder dar cumplimiento al Plan Estadístico Nacional 2005-2008, se recurre a la contratación temporal. De ahí que el TSJ de Cantabria haya considerado que el acuerdo colectivo ha vulnerado la normativa laboral básica y que, por lo tanto, su existencia no impide el reconocimiento de la relación laboral de la trabajadora como indefinida.

⁵³ Vid. García Gil B.: "¿Contrato de trabajo para obra o servicio determinado o contrato de trabajo fijo discontinuo?: trabajadores que prestan servicios de docencia en Centros de Innovación y Formación Ocupacional", op.cit., pág. 2

⁵⁴ Yanini Baeza J.: "La contratación para trabajos fijos discontinuos", op.cit., pág. 46.

⁵⁵ Vid. Ballester Pastor I.: "El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajo eventual a disposición o a la carta, un nuevo "invento" de la negociación colectiva", op.cit., pág. 3.

⁵⁶ Vid. Cabeza Pereiro J.: "La perspectiva del tiempo parcial y del trabajo fijo discontinuo", Aranzadi Social paraf. 84 (Presentación), recurso electrónico incluido en la base de datos westlawes BIB 2002/70 comentando la STS 17-12-2001 (RJ 2002,2028), pág. 2.

Finalmente y, aunque la STSJ Cantabria no entra en este punto por no ser materia objeto del litigio, si creemos conveniente entrar a comentar el papel de la negociación colectiva reconocido en el art. 15.8 ET –en este aspecto concreto que se está comentando– para así poder tener una visión más completa sobre este tema.

El art. 15.8 del ET autoriza a la negociación colectiva para que sea ésta la que determine los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos discontinuos. Esta facultad no es nueva, pues ya en anteriores regulaciones sectoriales se incorporaban cláusulas en las que los trabajadores con contratos temporales adquirirían la condición de fijos discontinuos si cumplían los criterios que en ellas se establecían (por ejemplo, la vinculación en la empresa durante un número de años, o la reiteración de contratos eventuales durante un determinado período de tiempo)⁵⁷.

En la actualidad, esta facultad concreta de la negociación colectiva del art. 15.8 del ET ha de ser interpretada en un doble sentido:

a) por un lado el legislador permite que sea el convenio colectivo el que haya de decidir, en función de esos criterios, a partir de qué momento un trabajador con contrato temporal pasa a adquirir la condición de fijo discontinuo. Se establece así, por vía convencional, un derecho de preferencia ejercitable por el trabajador cuando se cumplan los factores determinantes del citado derecho⁵⁸.

b) No obstante lo anterior, habrá que tener presente otra situación que sería la del trabajador con contrato temporal que adquiere la condición de fijo discontinuo no porque haya sido reiteradamente contratado de forma temporal por la empresa sino cuando la prestación de servicios que desarrolla adquiera las notas que particularizan a los trabajos fijos discontinuos. En este supuesto, la facultad atribuida al convenio colectivo conecta con las ya comentadas relativas a los contratos eventuales y por obra o servicios, pues, partiendo de estas funciones colectivas y, una vez delimitadas o identificadas las actividades para las que resulta factible la contratación temporal, los convenios colectivos podrán actuar a modo de filtro o límite a la contratación temporal abusiva intentando evitar situaciones fraudulentas que se producirían con la reiteración de

⁵⁷ Vid. Ríos Salmerón B. "La contratación de trabajadores fijos discontinuos", op.cit., págs.61–64; Tárraga Poveda J. "Los fijos discontinuos y el Derecho del trabajo", op.cit., págs. 55–56. En la actualidad vid. Ballester Pastor I.: "Avances y defectos en el control del uso fraudulento del contrato eventual por acumulación de tareas. El importante papel del juzgador y el panorama actual tras una incipiente, pero creciente, intervención del regulador convencional: los nuevos retos planteados", Aranzadi Social nº 16/2004, recurso electrónico obtenido de la base de datos westlawes, BIB 2004/1824, pág. 14.

⁵⁸ Vid. Yanini Baeza J.: "La contratación para trabajos fijos discontinuos", op.cit., págs. 68–70.

contrataciones temporales que vienen a cubrir necesidades permanentes o que devienen permanentes en la empresa. De lo que se trataría aquí es de que la negociación colectiva actúe a modo de control en el cumplimiento del principio de causalidad estableciendo los criterios necesarios para identificar los supuestos de contrataciones temporales que, cumpliendo la legalidad causal inicial –por cubrir una necesidad temporal de la empresa– dicha necesidad se convierta en permanente y reiterada en el tiempo y, en consecuencia, ya no resulte de aplicación la contratación temporal sino la fija discontinua⁵⁹. En consecuencia, la misión del convenio colectivo en este supuesto no se debe reducir al establecimiento de parámetros temporales para la sucesión de contratos –temporales– durante un determinado período de tiempo y que, una vez cumplidos, erróneamente reconocen al trabajador la condición de fijo discontinuo, pues ello desvirtuaría la propia figura del fijo discontinuo, ya que si el trabajador ha sido sucesivamente contratado con contratos temporales para cubrir una necesidad que, desde un principio es permanente y cíclica o intermitente en la empresa, dicho trabajador no va a adquirir la condición de fijo discontinuo por el cumplimiento de los criterios convencionales. Es que ese trabajador ya tiene, desde el inicio de la contratación tal carácter. Lo que vendría aquí a hacer la negociación colectiva sería admitir contrataciones fraudulentas al empresario negando o, en su caso, retrasando dicha condición al trabajador⁶⁰.

⁵⁹ Particularmente interesante por lo que aquí respecta es lo que se contienen en algunas cláusulas convencionales como, por ejemplo, en el convenio colectivo de la unión de explosivos y empresas del grupo en donde se recoge –como misión de la Comisión paritaria del convenio– analizar en cada caso la modalidad contractual que mejor se adecue a las necesidades del puesto para preservar el cumplimiento del principio de causalidad. vid. cita del convenio en Ballester Pastor I.: “Avances y defectos en el control del uso fraudulento del contrato eventual por acumulación de tareas. El importante papel del juzgador y el panorama actual tras una incipiente, pero creciente, intervención del regulador convencional: los nuevos retos planteados”, op.cit., pág. 22.

⁶⁰ Vid. Ballester Pastor I.: “La anulación del régimen del “trabajo a llamada” nacido vía convencional: una especie de híbrido entre el contrato eventual y fijo discontinuo que no respeta la naturaleza y el objeto de ninguna fórmula de contratación regulada en derecho, en especial, la del contrato eventual por acumulación de tareas”, Aranzadi Social paraf 85 (Presentación) recurso electrónico tomado de la base de datos westlawes, BIB 2002/71, pág. 4; del mismo autor.” El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajo eventual a disposición o a la carta, un nuevo “invento” de la negociación colectiva”, op.cit., pág. 7; “Avances y defectos en el control del uso fraudulento del contrato eventual por acumulación de tareas. El importante papel del juzgador y el panorama actual tras una incipiente, pero creciente, intervención del regulador convencional: los nuevos retos planteados”, Aranzadi Social n° 16/2004, recurso electrónico obtenido de la base de datos westlawes, BIB 2004/1824, pág. 14.