

EL LLAMAMIENTO EN EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Ma Carmen Aguilar del Castillo
Doctora en Derecho

INTRODUCCIÓN

Según el informe del Mercado de Trabajo Estatal de 2023 elaborado por el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, en el que se analiza, “la situación, evolución, comportamiento y tendencias del empleo” en nuestro país, se destaca el balance positivo respecto a los trabajadores ocupados y al incremento de la contratación indefinida.

Respecto de esta última, señala el fuerte impacto que la reforma laboral aprobada el 28 de diciembre de 2021 ha tenido sobre esta evolución, sobre todo a partir del mes de abril cuando el RDL 32/2021 desarrolló plenamente todos sus efectos.

La entrada en vigor de esta norma ha dotado de un importante dinamismo a la contratación indefinida y, paralelamente ha supuesto una importante limitación de la contratación temporal por la exigencia de una causalidad más restrictiva que en regulaciones anteriores.

Según los datos presentados en este Informe, la contratación indefinida para el año 2022 se incrementó en un 232,51% respecto del año anterior, suponiendo los contratos fijos-discontinuos un 782,25% de este porcentaje y el resto de los contratos indefinidos un 154,41%. Es este desequilibrio lo que provoca “reservas” sobre la positiva evolución del empleo en España y sobre la efectividad

real de la reforma laboral¹. Entendiendo la valoración de esta reforma como totalmente positiva, sí puede resultar interesante hacer una breve incursión en la modalidad contractual del contrato fijo discontinuo reseñando aquellos aspectos de su régimen jurídico que se enarbolan para cuestionarlo como un contrato que garantice la estabilidad del trabajador.

LA REGULACIÓN LEGAL Y EL PAPEL RESERVADO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Según el artículo 16.1 ET, el contrato fijo discontinuo se define como aquél que se concierta “para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”²

Es precisamente su carácter estacional y/o de prestación intermitente, lo que en ocasiones provoca su rechazo al entender, que los periodos en los que no se presta el servicio la situación del trabajador hay que considerarla como de “desempleo”, maquillándose por tanto la realidad del empleo en nuestro país. No obstante, se olvida que es el rasgo de su periodicidad en fechas aproximadas e, incluso, similares, lo que define a este contrato y su carácter de indefinido el que garantiza la estabilidad en el empleo³.

¹ Sí hay que incidir en las distintas medidas previstas en esta norma tendentes a facilitar la transición entre una contratación fija discontinua a una contratación indefinida.

² Artículo 16.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 25/10/2022)

³ La jurisprudencia, de forma reiterada entiende que durante el periodo de inactividad el contrato permanece intacto, la falta de prestación de trabajo y retribución durante este periodo forma parte de la propia naturaleza del contrato, sin

Se trata de un tipo de contrato que cuenta con una larga trayectoria en nuestro ordenamiento jurídico, aunque se regula con su denominación actual a partir del Estatuto de los Trabajadores de 1980⁴. En los casi 43 años transcurridos, lo más importante a destacar es la artificial distinción introducida por la reforma laboral de 2012, por la que solo las actividades periódicas sin fecha cierta podrían ser objeto de este contrato, pasando las actividades periódicas de fecha cierta a ser consideradas como una variante del trabajo a tiempo parcial⁵.

La anterior distinción en su régimen jurídico desaparece tras la reforma introducida en el RDL 32/2021⁶, centrándose la nueva regulación “en el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados de carácter estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha natu-

que en ningún caso se entienda suspendido ni extinguido. GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo-discontinuo. retos actuales de una modalidad contractual histórica” Rvta. Documentación Laboral, núm. 110-Año 2017-Vol. II, pág. 6

⁴ Artículo 15.1.e) de la LET, de 10 de marzo, de 1980 (BOE 14-03-1980), modificado por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE 4/8/1984), por la que se define a este contrato como: “aquél celebrado por tiempo indefinido, aunque no se presten servicios todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborables con carácter general, cuando se trate de realizar trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo”.

⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, ed. Tecnos, 2017 12ª ed. Pág. 265. Distinción que ha dado lugar a una importante casuística jurisprudencial, como se pone de manifiesto, entre otras, en las SSTs, núm. 348 de 19 abril de 2022. (RJ 2022\2029) FJ. 3º; núm. 123, de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019/2308) FJ. 4, de 7 de mayo de 2015 (RJ 2015/2235) y de 26 de mayo de 2015 (RJ 2015/3772).

⁶ Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE 30/12/2021). No obstante, como se recoge en el Informe, “Salario o Conflicto” Balance de Negociación Colectiva 2022, CCOO, de 9 de marzo de 2023, de los escasos convenios sectoriales que regulan esta modalidad contractual, cuatro de ellos, siguen manteniendo dentro de su regulación esta diferencia, pág. 86.

raleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”⁷. Con ello se garantiza, como recoge en su Preámbulo, “lo que ya existe a efectos de protección social, al producirse una identidad en el ámbito objetivo de cobertura y evitando con ello diferencias de trato injustificadas.

Junto a la recuperación natural del objeto causal de este contrato, también se ha mantenido el papel preponderante que, en el desarrollo de su régimen jurídico, desempeña la negociación colectiva.

Por las características de este contrato se garantiza para el trabajador su estabilidad en el empleo y para el empresario un amplio margen de flexibilidad en la organización de su actividad. La confluencia de ambos intereses convierte a la negociación colectiva en el instrumento jurídico idóneo para la regulación de aquellos aspectos de su régimen jurídico que facilitan las medidas de flexibilidad empresarial y garantizan la seguridad jurídica en la fijación y cumplimiento de las condiciones laborales de los trabajadores.

Participando plenamente de la afirmación anterior, considero que el legislador debería haber regulado unos mínimos, más allá de señalar la necesidad de su regulación, sobre todo en caso de conflicto y no dejar a la negociación colectiva, incluidos los acuerdos de empresa, el pleno desarrollo de los principales elementos de su régimen jurídico⁸. Por otro lado, y siempre dentro de la estructura

⁷ Sobre la naturaleza jurídica de este contrato y, generalmente interpretado como oposición a la calificación temporal de los contratos a efectos de reclamación de derechos, STSJ de Madrid núm. 789/2016 de 23 septiembre. (AS 2016\1768), FJ 4º, reclamación de indemnización ante un despido considerado improcedente. STS de fecha, 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5366), en la que se concreta las características definitorias de este contrato; SSTS núm. 69/2020 de 28 de enero (RJ 2020/689), FJ 3º, de 20 noviembre 2014 (RJ 2014, 6201) o de 25 de septiembre de 2012, referidas a la validez de la regulación convencional sobre el criterio de cómputo para la antigüedad de la trabajadora, entre otras.

⁸ En todo, la regulación de su régimen jurídico está sujeto al principio de transparencia previsto en la Directiva (UE) 2019/1152.

negocial de nuestro ordenamiento jurídico, los acuerdos interprofesionales están llamados a ocupar un lugar muy relevante en la previsión de desarrollo normativo de este contrato⁹.

EL LLAMAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: RÉGIMEN JURÍDICO Y EFECTOS

El carácter intermitente de la prestación de trabajo en el contrato fijo discontinuo no es entendible sin una regulación detallada de los principales elementos que constituyen su régimen jurídico.

Con independencia de la indudable importancia que para el trabajador tiene conocer los elementos esenciales de su actividad laboral¹⁰, todos ellos van a partir de una premisa previa y es, el llamamiento que el empresario ha de realizar para la continuidad de la prestación.

Serán los convenios colectivos y, en su defecto, acuerdo de empresa¹¹ los que deban establecer los criterios, que en todo caso han de ser objetivos, por los que haya de realizarse el llamamiento de

⁹ V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) 2023-2025, acordado entre CEOE, CEPYME, CCOO y UGT (BOE 31-05-23)

¹⁰ Artículo 16.2 ET “El contrato de trabajo fijo-discontinuo, conforme a los dispuesto en el artículo 8.2, se deberá formalizar necesariamente por escrito y deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración de periodo de actividad, la jornada y su distribución horario, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”. SALA FRANCO, T.: Los contratos fijos discontinuos, Ed.Tirán lo Blanch, Valencia 2022

¹¹ Dadas las dificultades de acceso a estos acuerdos, nos vamos a centrar en el análisis de los convenios colectivos. Por otro lado, se trata de un instrumento de negociación que tiene carácter subsidiario al convenio colectivo, es decir, solamente será de aplicación cuando la materia a regular no esté afectada por un convenio de empresa o de sector.

estos trabajadores, así como establecer los requisitos formales para llevarlo a cabo¹².

La referencia al convenio colectivo o al acuerdo de empresa, hace que para su aplicación haya de tenerse en cuenta las reglas estatutarias sobre la concurrencia de convenios¹³, es decir, “prior in tempore prior in iuris”, sin que pueda entenderse incluidos los criterios de llamada en la excepcionalidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa¹⁴.

CRITERIOS PARA REALIZAR EL LLAMAMIENTO

Referirnos al llamamiento como elemento configurador del régimen jurídico del contrato fijo discontinuo implica la previsión de múltiples aristas, todas necesarias como garantía de su eficacia. No obstante, son dos los aspectos principales que pueden circunscribirlo. Por un lado, el momento temporal y/o causal en el que se

¹² Artículo 16.3 ETT. Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea («DOUE» núm. 186, de 11 de julio de 2019). Sobre la validez del medio utilizado para el llamamiento, la SAN núm 162/2022, de 5 de diciembre de 2022 (Roj: SAN 5513/2022) considera ajustada a derecho el precepto del convenio que dice: “El llamamiento debe realizarse siempre por escrito, ya sea por WhatsApp, mensaje de texto o bien mediante comunicación por escrito entregada en mano, por email o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación. Los referidos llamamientos se notificarán a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma”. CC para el sector de Hostelería de Cantabria, (2022-2025) (BOC, 24-10-22); XI CC Nacional para las Industrias de Pastas Alimenticias. (BOE 21-03-23).

¹³ Artículo 84.1 ET.

¹⁴ Sobre la preferencia del convenio de empresa y la concurrencia entre convenios, SÁEZ LARA, C.: “Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva” Rvta. Temas Laborales, núm. 161/2022, pág. 351.

produce y, por otro, la fijación de criterios que establezcan su orden.

Para la fijación del momento en el que ha de producirse el llamamiento, la mayor parte de los convenios estudiados prevén el establecimiento de una fecha concreta o aproximada para su ejercicio. No obstante, aquellos que lo hacen, paralelamente prevén la posibilidad de alterar esa fecha en función de las necesidades del servicio¹⁵. Lo que nos acerca bastante a otro de los criterios más utilizados para fijar este momento, cual es, por necesidades de la producción. Tanto uno como otro responde al elemento flexibilizador que caracteriza a esta modalidad contractual.

La plena remisión a la voluntad de los sujetos negociadores en la fijación de un momento determinado o determinable para el llamamiento se complementa con la previsión legal¹⁶ sobre la posibilidad de que a nivel sectorial se establezca un periodo mínimo de llamamiento que garantice la continuidad de la prestación del trabajador fijo-discontinuo. Esta opción que garantizaría un mayor grado de seguridad al trabajador no ha sido muy utilizada, como se refleja en los resultados recogidos en el Informe sobre Salario y Conflicto de CCOO por el cual tan solo 11 convenios sectoriales prevén este periodo que oscila entre los 3 y los 6 meses¹⁷.

Entre las distintas opciones de llamamiento que podemos encontrar en los convenios colectivos, el criterio más próximo, cuando no se establece un periodo mínimo de llamada, sería el inicio de la campaña¹⁸. Referencia no exenta de problemática, por

¹⁵ CC Provincial de Trabajo de Hostelería y Turismo de Almería (BOP de Almería de 14/10/2022), en el que se fija el 1 de junio, aunque condicionado a necesidades expresas; CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019)

¹⁶ Artículo 16.5 ET

¹⁷ Informe sobre Salario o Conflicto, Balance de negociación colectiva 2022, realizado por CCOO, 09-03-2023, pág. 87.

¹⁸ CC de la empresa Heineken España, SA (BOE de 2/12/2021); CC de Hero España, S.A (BO de la Región de Murcia 10/10/2020); CC de la empresa Chocolates del Norte, S. A. (BO del Principado de Asturias 23/09/2021); CC de la industria

cuanto que pese a que hay actividades y sectores de producción que están muy condicionados por elementos externos a la voluntad del empresario, en última instancia la decisión sobre la idoneidad del inicio de la temporada va a recaer sobre el empresario.

La transparencia exigible en todo este proceso demanda, sin embargo, que el empresario traslade a la representación legal de los trabajadores¹⁹, con la suficiente antelación al inicio de cada año natural, un “calendario con las previsiones de llamamiento anual o, en su caso, semestral”, siempre en función de los criterios fijados en los convenios para realizarlo. El artículo 16.3 ET introduce una nueva obligación y es la de facilitar “los datos de las altas efectivas a la Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, exigencia, sin embargo, que no aporta nada a la elección de un criterio para el llamamiento, tan solo evidencia su existencia una vez producido. No obstante, sí puede tener una gran trascendencia para determinar la fecha de inicio de la prestación de trabajo a efectos de prueba en caso de incumplimiento de los criterios fijados.

azucarera (BOE 21/03/2022); CC del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco para los años 2021-2024 (BOE 11/08/2022); CC de contratas ferroviarias (BOE 28/06/2022); CC Estatal para las Industrias del Curtido, Correas y Cueros Industriales y Curtición de Pieles para Peletería 2019-2021 (BOE 02/10/2019). Otros convenios fijan el momento en las necesidades del trabajo, previendo un plazo de preaviso, tanto para circunstancias normales como especiales, siempre que estén justificadas, CC para el sector de Hostelería de Cantabria, (2022-2025) (BOC, 24-10-22); En similar sentido, VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. (BOE 28-07-22)

¹⁹ La D 2019/1152, no solo se refiere al derecho de información de los trabajadores sobre los elementos básicos de su contrato, sino que eleva a la categoría de derecho a la transparencia como concepto. Así se refleja en el Anteproyecto de Ley que traspone a esta norma, que, en caso de aprobarse, afectará al artículo 4.2 ET. Por otro lado, vigilar y controlar que este derecho sea efectivo corresponde a los representantes de los trabajadores, artículo 64.7 ET. Anteproyecto de Ley, <https://expinterweb.mites.gob.es/participa/listado/download/btcdbf75-f3cc-4528-a44b-2a4517537752>

La segunda de las aristas determinantes del llamamiento se refiere a la elección de los criterios que establezcan el orden del llamamiento en el que, salvo el cumplimiento de los requisitos formales de comunicación²⁰, la falta de homogeneidad es su regla general. Esta, a diferencia de la anterior, sí presenta una amplia casuística ligada, como no podía ser menos, a la actividad productiva de la empresa.

CRITERIOS PARA DETERMINAR EL ORDEN DEL LLAMAMIENTO.

Los principios de objetividad y transparencia sobre los que debe sustentarse este contrato y, por ende, todos sus elementos, convierten a la “fijación de un orden de llamada”, en uno de los elementos más garantistas de la obligación contractual del empresario.

Se ha de destacar que la fijación de estos criterios obedece por igual a la actividad desarrollada por la empresa como a las características de ésta. Analizando los convenios actualmente vigentes o prorrogados se observa que en aquellos que regulan el contrato fijo discontinuo, ya sean de empresa o ámbito sectorial, recogen criterios que, sin ser homogéneos, sí son posible agruparlos en tres categorías: 1. aquellos que fijan la antigüedad como criterio principal en el orden de llamamiento; 2. los que utilizan la especialidad, capacidad y/o categoría profesional del trabajador y 3. los que tienen un carácter mixto, utilizando ambos criterios.

Respecto al primer criterio, la antigüedad, hay que señalar que, si bien desde un punto de vista objetivo resulta fácil determinar el inicio de la vinculación contractual del trabajador con la empresa,

²⁰ Sobre la necesidad de asegurar la comunicación y la recepción de la misma, CC de Hero España, S.A (BO de la Región de Murcia 10/10/2020); Sobre la utilización del burofax, como medio de comunicación en el VI CC general del sector de la Construcción (BOE de 5/08/2022). VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. (BOE 28-07-22)

en realidad es un criterio no exento de problemática jurídica por cuanto se plantea si la antigüedad viene determinada por la fecha de inicio más el periodo de tiempo de trabajo efectivamente prestado o, solamente por la antigüedad desde el inicio de la relación laboral.

Sin pretender profundizar en el tema, altamente interesante por otro lado, el propio legislador da respuesta a esta cuestión al prever que “Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, ...”²¹. Esta inclusión legal responde plenamente a la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Auto de 15 de octubre²², por la cual en su apartado 43 establece que la antigüedad de estas trabajadoras “se corresponde con la duración efectiva de la relación laboral, y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación”. Una contraria interpretación afectaría al momento de adquisición de su derecho a ser llamado y en consecuencia al principio de no discriminación que le asiste, por cuanto para la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para el resto de los trabajadores a tiempo completo, no se tienen en cuenta los periodos de vacaciones, suspensiones de contrato o situaciones de incapacidad, entre otras, para su cómputo²³.

²¹ Artículo 16.6 ET

²² ATJE, de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18. Por los que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia, sobre el cómputo de la antigüedad de unas trabajadoras fijas-discontinuas. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=219442&pageInder=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7357078>. Como cambio de criterio en este cómputo a raíz del anterior Auto, STS núm. 69/2020 de 28 enero. (RJ 2020\689) FJº 4 y 5; SSTSJ de Madrid, núm. 277/2021, de 17 marzo. (AS 2021\1418) FJº 6 y 7, del País Vasco núm. 1262/2022 de 14 junio. (JUR 2022\324478) FJa 3.

²³ Anterior regulación sobre los trabajadores fijos discontinuos de fecha cierta, incluidos dentro del contrato a tiempo parcial.

La pretendida claridad legal de la opción de la antigüedad como criterio para proceder al llamamiento, se complica cuando la propia norma incluye para la fijación de un criterio, conceptos jurídicos indeterminados, como “objetividad, proporcionalidad y transparencia” cuando las “condiciones de la actividad” exijan un tratamiento diferente en atención a su naturaleza. La entrada de esta opción junto a la fijación convencional del o de los criterio/s para el llamamiento deja en manos de la interpretación judicial la legalidad del criterio aplicado en función del contenido que le otorgue a los anteriores conceptos. Hubiera sido suficiente, para evitar la problemática jurídica que puede derivarse de esta alternativa, que el legislador hubiera delimitado de alguna forma cuáles son las condiciones de la actividad que justifican la fijación de un criterio diferente.

El segundo de los criterios utilizado en los convenios se basa en características no siempre fácilmente constatables desde un punto de vista objetivo, bien porque en sí misma depende directamente de la valoración del empresario, como por ejemplo cualidades personales difícilmente cuantificables o bien porque, aun siendo objetivas, no son suficientes por sí mismas para establecer un orden de prevalencia en el llamamiento, como por ejemplo, estar incluido en una determinada categoría profesional o una especialidad concreta en la actividad a desarrollar e incluso atendiendo al nivel de responsabilidad del puesto a ocupar. Cuando este es el único criterio a tener en cuenta, el establecimiento de un determinado orden de llamada recae en exclusiva en la decisión del empresario²⁴.

En este supuesto, solo la previsión de unas reglas muy claras y completas sobre las exigencias de estos criterios, un exhaustivo control sobre la objetividad de los argumentos aducidos por el empresario para esa elección por parte de los representantes legales de los trabajadores y el establecimiento de un mecanismo específico o general de solución de conflictos ante una discrepancia en el orden

²⁴ CC de la empresa Chocolates del Norte, S. A. (BO del Principado de Asturias 23/09/2021).

elegido puede garantizar que la decisión adoptada no sea considerada como discrecional.

De los tres grupos de criterios en los que hemos estructurado el llamamiento es el tercero el que nos parece más idóneo, por cuanto garantiza a las empresas una adaptación más eficiente a sus necesidades productivas y la capacidad de hacer frente con mayor rapidez a los posibles cambios positivos o negativos que le puedan afectar. Para los trabajadores la adaptabilidad de los criterios fijados a sus características, capacidad, polivalencia funcional, o a las del puesto de trabajo, categoría profesional, responsabilidad, entre otras y la antigüedad en su relación laboral, responden más adecuadamente al objeto del contrato a su estabilidad, transparencia y seguridad jurídica²⁵. Ejemplo de criterio mixto lo podemos encontrar en la creación de bolsas de de llamada²⁶ que pueden ser generales o estar delimitadas en función de las categorías profesionales

²⁵ Artículo 24 del CC de la empresa Heineken España, SA (BOE de 2/12/2021). En el artículo 24 del CC de Hero España, S.A (BO de la Región de Murcia 10/10/2020), aunque con el establecimiento de orden previo en el que también se tiene en cuenta la antigüedad, el criterio a seguir para el llamamiento será el de la capacitación, polivalencia y valoración del desempeño del trabajo; CC de Contratas Ferroviarias (BOE 28/06/2022); CC para el sector de Hostelería de Cantabria, (2022-2025) (BOC, 24-10-22); VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. (BOE 28-07-22); XI CC nacional para las Industrias de Pastas Alimenticias (BOE 21-03-23).

²⁶ Artículos 16 y 28 del CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019). ANEXO II;

de la empresa²⁷, siendo la antigüedad en la inscripción la que, generalmente fija el orden de llamada²⁸.

Otra cuestión, que también ha de estar sujeta a este control por parte de los representantes legales y afecta a cualquier criterio que se determine, es la utilización del poder de dirección del empresario cuando nos encontramos ante una situación de empate entre varios trabajadores a la hora de efectuar el llamamiento. La decisión última, que en ningún caso puede ser arbitraria, recae sobre el empresario²⁹, eso sí bajo el control de los representantes de los trabajadores³⁰.

²⁷ CC. de Contratas Ferroviarias (BOE 28/06/2022) en su artículo 11 “se establece la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo”, “ En los centros de trabajo habrá un censo de trabajadores fijos discontinuos por especialidad, categoría y antigüedad, que estará a disposición de los trabajadores fijos discontinuos en los centros de trabajo y de la RLPT”; CC de la Industria Azucarera (BOE 21/03/2022); I CC de Randstad Empleo ETT, (BOE 17-06-22); CC para el sector de Hostelería de Cantabria, (2022-2025) (BOC, 24-10-22); CC Estatal de Restauración Colectiva, (2022-2024) (BOE 14-12-22). VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. (BOE 28-07-22)

²⁸ Artículo 16 del CC Provincial de Trabajo de Hostelería y Turismo de Almería (BOP de Almería de 14/10/2022); CC para el sector de Hostelería de Cantabria, (2022-2025) (BOC, 24-10-22); CC del sector de Conservas, Semiconservas y Salazones de Pescado y Marisco para los años 2021-2024 (BOE 11/08/2022); CC para la Acuicultura Marina Nacional (BOE 15/12/2021); artículo 21.1 Convenio colectivo estatal para las Industrias de Elaboración del Arroz (BOE 15/1/2022); I CC de Randstad Empleo ETT, (BOE 17-06-22). Hay que tener en cuenta, no obstante, que la inscripción en estas bolsas, en ningún caso tendrá carácter constitutivo, es decir, que la falta de inscripción de un trabajador en ella no afecta a la naturaleza jurídica de su relación laboral. Por tanto, la falta de llamamiento es considerada como despido disciplinario con las consecuencias jurídicas que ello conlleva a efectos de indemnización, STS núm. 529/2022 de ocho de junio (RJ 2022/3618)

²⁹ VI CC general del sector de la Construcción (BOE de 5/08/2022), en el cual se incluye que, para los supuestos de empate, será el empresario la designación entre ellos

³⁰ Artículo 81 TRET; STS núm. 691/2018 de 28 de junio (RJ 2018/3632), FJ. 3º; CC del sector de Conservas, Semiconservas y Salazones de Pescado y Marisco para los años 2021-2024 (BOE 11/08/2022; CC de la empresa Chocolates del Norte, S. A. (BO del Principado de Asturias 23/09/2021).

CAUSALIDAD Y EFECTOS DE LA FALTA DE LLAMAMIENTO

La falta de llamamiento de un trabajador fijo discontinuo cuando le corresponde según los criterios de orden establecidos en el convenio colectivo, implica una extinción contractual calificada como de despido improcedente³¹. No obstante, siendo cierta esta consecuencia, la primera consideración a tener en cuenta es determinar cuando realmente se ha producido una falta de llamamiento ante el inicio de una nueva temporada o inicio de campaña. Para ello, es necesario partir de unos criterios claros sobre el propio llamamiento, es decir, en primer lugar, determinar cuándo nos encontramos ante el inicio de una nueva temporada, en segundo lugar, aplicar los criterios para el llamamiento teniendo en cuenta el orden previsto por el propio convenio y, en tercer lugar, no encontrarse ante ninguna situación que impida su aplicación por circunstancias ajenas al propio empresario.

Respecto al primer supuesto, en la mayor parte de los convenios colectivos, son las razones productivas las que fijan el momento de inicio de la campaña³² sin que, en la mayoría de las ocasiones, se

³¹ Hay que señalar que el legislador no contempla la falta de llamamiento. Para aquellos supuestos en los que el empresario no necesita el mismo número de trabajadores que en anteriores campañas, podrá proceder a realizar un despido objetivo, si concurren las causas legalmente previstas para ello.

³² STSJ de C. Valenciana núm. 2082/2006 de 13 junio. (JUR 2007\41793), “Se determina que el convenio colectivo aplicable establece que las altas y bajas de los trabajadores fijos discontinuos se llevará a cabo en función de las necesidades de la producción, que son aquellas circunstancias que determinan la fijación en cada empresa de las fechas en que debe iniciarse la correspondiente campaña, sin que el retraso en el llamamiento pueda asimilarse a un despido.

indique una fecha cierta³³, ni tan siquiera cuando prevén un número determinado de llamamientos al año³⁴.

Partiendo de esta realidad, podemos encontrarnos ante una situación nada ajena al objeto de este contrato, y es que el llamamiento no se haga por causa de agentes externos a la propia actividad, como el clima o la meteorología o, una crisis económica generalizada o una pandemia, entre otros. En todos estos supuestos la causa de la falta o retraso en el llamamiento se produce por causas no imputables al empresario que no denotan una voluntad extintiva de la relación³⁵, por lo que reestablecida la situación previa a estas circunstancias se debería reiniciar el proceso de llamamiento.

El segundo de los supuestos responde más a la respuesta del trabajador al propio llamamiento. Es decir, si se respeta el orden de llamamiento previsto en el convenio, en ningún caso puede entenderse que nos encontramos ante una voluntad extintiva de la relación por parte del empresario. No obstante, puede ocurrir que el retraso o la falta de respuesta obedezcan a circunstancias atribuibles al trabajador.

³³ Sobre el carácter cíclico, periódico y sin fecha cierta, aunque en ningún caso aleatoria o desigual, SSTS 21 diciembre 2006 Rec. 4537/2005 (RJ 2006/9913), de 25 febrero 1998 Rec. 2013/1997 (RJ 1998/2210) o, entre otras, de 5 julio 1999 Rec. 2958/1998 (RJ 1999/6443).

³⁴ STSJ de Andalucía núm. 2341/2013 de 11 de diciembre (JUR 2014\34648) “Por causas climatológicas se produce el retraso en el inicio de la campaña, por lo que la falta de llamamiento no constituye despido, al no existir voluntad resolutoria, incluso cuando se incumple el compromiso de actividad temporal mínima establecido por convenio”.

³⁵ SSTS núm. 101/2021 de 27 de enero (RJ 2021/575), núm. 691/2018 de 28 de junio (RJ 2018/3632), FJ 3º, núm. 123/2019 de 19 de febrero 2019 (RJ 2019\2308) FJ.4., de 7 de mayo de 2015, (RJ 2015/2235) o de 26 de mayo de 2015, (RJ 2015, 3772). En idéntico sentido, por ejemplo, la STSJ de Andalucía núm. 429/2022 de 6 de junio (JUR 2022\248364), en la que no se considera falta de llamamiento cuando la previsión de comienzo aparece como incierta o insegura al depender de factores externos a la propia actividad como el clima o la meteorología.

En este supuesto, se ha de partir de un criterio idéntico al del empresario, es decir, el retraso o la falta de respuesta del trabajador hay que entenderla como un desistimiento del contrato³⁶. No obstante, podemos encontrarnos con causas justificativas que no van a afectar a la validez del contrato, aunque si puedan hacerlo al momento de incorporación del trabajador o a su posición en el orden de llamada. Aunque estas causas pueden ser de diversa índole, así como la respuesta ofrecida por la propia negociación, si podemos citar algunas circunstancias que pueden afectar a la capacidad de respuesta del trabajador, como encontrarse en situación de incapacidad temporal en el momento del llamamiento³⁷ o en alguna de las situaciones previstas en la norma que dan derecho a suspensión de contrato³⁸, reducción de jornada o flexibilización de la misma por razones de conciliación, permisos retribuidos³⁹, entre otros.

³⁶ Artículo 49. 1 d) ET. CC de Hero España, S.A. (BO de la Región de Murcia 10/10/2020) "si el trabajador no se persona en el trabajo, ni justifica la ausencia, se entenderá que desiste de su relación laboral y será baja en la Empresa; CC de la Industria Azucarera (BOE 21/03/2022). Hay convenios, como el del Parque de Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019) en los que se le da un plazo de respuesta, que será de 96 horas. Otros prevén distintos plazos de respuesta y efectos sobre su falta como en el VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. (BOE 28-07-22).

³⁷ CC de la empresa Heineken España, SA (BOE de 2/12/2021), en este caso se conserva el número de orden y derechos del trabajador a todos los efectos. Igual ocurre en el CC para la Acuicultura Marina Nacional (BOE 15/12/2021); CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019). En estos supuestos, el empresario está obligado a efectuar el llamamiento al trabajador afectado, así como a darlo de alta en la Seguridad Social, sin perjuicio de darle de baja posteriormente. En estos casos, la incorporación se efectuará cuando se produzca el alta médica, STS núm. 669 de 14 de julio de 2016, (RJ 2016/4827)

³⁸ XI CC. nacional para las Industrias de Pastas Alimenticias (BOE 21-03-23). CC de la empresa Heineken España, SA (BOE de 2/12/2021), por encontrarse en situación de nacimiento y cuidado de menor, se conserva el número de orden y derechos del trabajador a todos los efectos. CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019), se incluyen también encontrarse ante cualquiera de las circunstancias que dan derecho a permisos retribuidos del artículo 37 ET. Entre otras circunstancias, encontrarse realizando un examen de estudios oficiales de Bachillerato, Formación Profesional o Universitario.

³⁹ Artículo 37 ET, CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019)

Existen otros convenios colectivos en los que el contrato se mantiene solo con que el trabajador manifieste su voluntad de continuar con la prestación aun cuando no aporte ninguna justificación, como ocurre en el convenio colectivo del Parque de Isla Mágica, S.A. en Sevilla⁴⁰.

Dentro del tercero de los supuestos, la falta de llamamiento sin causa justificada, hay que diferenciar entre dos situaciones, la primera que, simplemente, no se lleva a efecto manifestándose con ello el ejercicio de una voluntad extintiva por parte del empresario⁴¹ con las consecuencias jurídicas que eso conlleva para el trabajador.

Y una segunda opción, en la que no se respeta el criterio de llamamiento en el momento previsto, sino que se realiza tardíamente sin existir, aparentemente, causa que lo justifique. En estos casos, debe ser la jurisprudencia quien determine, en función de la casuística planteada, si ese retraso es o no constitutivo de despido. Sí hay unanimidad, en considerarla como despido cuando el llamamiento se produce tras una demanda de despido presentada por el trabajador⁴².

⁴⁰ CC de Parque Isla Mágica S.A. (BOE 18/02/2019), En el caso de que, en el plazo de 96 horas, el trabajador demuestre que no contestó al llamamiento por causa justificada, la empresa se verá obligada a llamarlo para la siguiente vacante que se produzca en su bolsa de trabajo. Si por el contrario el trabajador/a notifica fehacientemente a la empresa en el mencionado plazo de 96 horas su interés por incorporarse, pero no demuestra causa justificada, pasará a ocupar el último turno en el orden de llamada de su bolsa correspondiente.

⁴¹ STSJ de Cataluña núm. 8016/2012 de 26 noviembre (AS 2013/1010)

⁴² SSTS, núm. 133/2022 de 9 de febrero (RJ 2022/838), núm. 691/2018 de 28 de junio (RJ 2018/3632), núm. 986/2016 de 23 de noviembre (RJ 2016/5871), FJ 2, en todas ellas se declara el carácter constitutivo del despido, por lo que, "una vez publicado y conocido el orden de llamamiento al que debería atenderse la empresa, su elusión debe ser calificada como despido ... la posterior subsanación de la omisión producida mediante un llamamiento tardío efectuado cuando ya el trabajador ha reaccionado e impugnado su despido no es más que un intento de

Sin entrar en profundidad en la casuística jurisprudencial, sí nos parece interesante señalar que, en un gran número de sentencias de distintos órganos judiciales, la constatación de una falta de llamamiento y, por ende, la presentación de una demanda por despido por parte del trabajador, se presenta argumentada por una fraudulenta concatenación de contratos temporales, que por su objeto y características tienen más encaje en un contrato fijo discontinuo que en uno temporal⁴³. El reconocimiento de la existencia de este contrato conlleva que, su falta de llamamiento implique la consideración de un despido calificado como improcedente, con el reconocimiento de la consiguiente indemnización⁴⁴ y no, simplemente que nos encontramos ante una finalización de un contrato temporal que conlleva una indemnización sustancialmente inferior⁴⁵.

CONCLUSIONES

El fomento de la contratación fija discontinua encuentra su justificación en la estabilidad en el empleo, en la contratación indefinida y en la reducción de la contratación temporal, sobre todo en aquella en la que la concatenación de contratos llegaba a perpetuar la

recomponer una relación laboral rota por decisión empresarial manifestada a través de la omisión del deber de llamada” y la STS de 7 de diciembre de 2009, Rec 210/2009, en la que, en un supuesto similar, añade que, la desatención por el trabajador al llamamiento tardío no puede ser calificado, en modo alguno, como dimisión tácita del trabajador».

⁴³ STS de 15-10-2014 (RJ 2014, 5366); STSJ de Madrid núm. 789/2016 de 23 septiembre. (AS 2016\1768), FJ 4º

⁴⁴ Artículo 56.1, la indemnización que procede será la de 33 días de salario por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades

⁴⁵ Artículo 49.1.c. “A la finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación”

precariedad de los trabajadores y junto a ella el ejercicio de sus derechos tanto individuales como colectivos.

Dicho esto, la prevalencia de la negociación colectiva en el desarrollo del régimen jurídico de esta modalidad contractual exige algo que, hasta el momento solo se está manifestando tímidamente, una profunda actividad de los agentes sociales en todos los niveles de negociación, tremendamente necesaria, si tenemos en cuenta la parca y, en ocasiones, difusa regulación que el legislador hace sobre aspectos determinantes de la naturaleza jurídica de este contrato.

Solo a través de un importante desarrollo convencional del régimen jurídico del contrato fijo discontinuo y los elementos que lo configuran, quedarán garantizados plenamente los derechos de los trabajadores y se fomentará paralela y progresivamente una contratación indefinida.

Para mi entrañable y gran amigo Félix Salvador Pérez