

# **TRABAJADORES FIJOS PERIÓDICOS Y TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS: ¿EL FINAL DE UNA LARGA DISCUSIÓN?\***

**JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
*Universidad de Valencia*

## **EXTRACTO**

El artículo reflexiona sobre la reforma de los contratos de trabajo fijos discontinuos introducida por la Ley 12/2001. Tras dar cuenta de la evolución normativa de la institución y de sus complejas relaciones con la contratación temporal y, sobre todo, con los contratos a tiempo parcial, se analizan las novedades introducidas por la indicada Ley, con el propósito de saber si los grandes problemas de este tipo de prestaciones serán definitivamente superados o no.

A tal efecto, se desarrollan dos líneas de reflexión.

La primera hace hincapié en la nueva ubicación sistemática de los trabajos fijos discontinuos, divididos entre los de carácter periódico, que se consideran a tiempo parcial, y los que no tienen tal carácter, que se sitúan fuera de tal categoría. Se intenta, de un lado, precisar tal diferenciación, haciéndola girar, más que en torno a la regularidad de la prestación, alrededor de la necesidad del llamamiento; y, de otro, se intentan determinar las consecuencias prácticas de la misma.

La segunda línea de reflexión se ocupa de los grandes problemas del trabajo fijo discontinuo (diferenciación de la contratación temporal, funcionamiento del llamamiento, seguridad social), observando las posibles repercusiones que, sobre ellos, pueda tener la reforma..

TEMAS LABORALES N° 61/2001. Pgs. 125-148

---

\*Este trabajo se ha desarrollado dentro del proyecto I+D GV 01-88 sobre "Relaciones laborales y de Seguridad Social en el sector agrario", financiado por la Generalitat Valenciana.

## ÍNDICE

1. **¿El final de una larga discusión?: 1.1. Contratos temporales y contratos fijos discontinuos; 1.2. Trabajo cíclico y trabajo a tiempo parcial; 1.3. El sentido de la reforma de 2001.**
2. **Las diferentes prestaciones cíclicas: trabajo fijo periódico y trabajo fijo discontinuo.**
3. **Criterios generales de ordenación del trabajo cíclico: las posibles consecuencias de la nueva ordenación sistemática: 3.1. El impacto sobre la regulación jurídico-laboral; 3.2. La ordenación del tiempo de trabajo: en especial, las relaciones entre el trabajo fijo discontinuo y el trabajo a tiempo parcial; 3.3. La protección social de los trabajadores fijos discontinuos.**
4. **Los problemas tradicionales del trabajo discontinuo y las aportaciones de la reforma: 4.1. Contrato fijo discontinuo y contratación temporal; 4.2. La dinámica de los contratos fijos periódicos y discontinuos: el problema del llamamiento; 4.3. Seguridad Social y trabajo fijo discontinuo.**
5. **Breve conclusión**

### 1. ¿EL FINAL DE UNA LARGA DISCUSIÓN?

Un punto interesante en las reformas introducidas en el Estatuto de los Trabajadores por el RDL 5/2001, recientemente sustituido por la Ley 12/2001, es el de la regulación de los trabajos fijos de carácter discontinuo. Se trata de una materia que, a pesar de su relativa juventud dentro del campo de las instituciones jurídicas laborales, ha sufrido una historia normativa bastante tormentosa, caracterizada por persistentes e importantes oscilaciones en cuanto a su configuración jurídica y, sobre todo, a su ubicación sistemática.

En efecto, la evolución de la regulación de esta institución –que, como se ha afirmado, resulta ser una “realidad bastante singular de la economía española” en atención a la importancia del componente estacional (CRUZ, 1998, p. 32)– muestra como la naturaleza y régimen jurídico del trabajo fijo discontinuo aparece particularmente conflictiva. Es ésta la “larga discusión” a la que se refiere el título y que se ha venido manifestando en la existencia de sucesivas reformas, desde el momento en que se produjo, hace ahora un cuarto de siglo, la cristalización de una regulación legal y, por tanto, de alcance general para el trabajo de carácter cíclico. La evolución histórica de esta regulación muestra, en este sentido, dos frentes conflictivos: en primer lugar, desde la perspectiva de la naturaleza del vínculo, ha existido una cierta tensión entre el carácter indefinido del contrato y la naturaleza limitada en el tiempo de la prestación; un segundo foco de tensión viene dado por el carácter reducido en el tiempo de la prestación que genera una tormentosa relación con el trabajo a tiempo parcial.

### **1.1. Contratos temporales y contratos fijos discontinuos**

El primero de estos frentes conflictivos, el de las relaciones entre el trabajo cíclico y el trabajo temporal, es el más antiguo. Inicialmente, y sobre la base de las normas sectoriales y las construcciones interpretativas anteriores –sobre las que existen detallados análisis doctrinales (GARCÍA ORTEGA, 1990, pp. 1 ss)–, el trabajo fijo discontinuo fue configurado legalmente como un trabajo indefinido de carácter *sui generis*. Esta concepción se encontraba presente en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, cuyo artículo 16, lo separaba claramente del trabajo temporal.

A la altura de 1980, el trabajo fijo discontinuo pasó a ser integrado en el interior de los contratos temporales. Inicialmente, aparecía como una modalidad más de estos (art. 15.1.e), en lo que intentó ser un “punto de inflexión” en la evolución anterior que presentaba el fenómeno del trabajo cíclico como una sucesión de contratos temporales. Este cambio de rumbo nunca llegó a materializarse, sin embargo, en la interpretación dominante y, a la postre, fue corregido por la propia legislación. En efecto, tras la reforma estatutaria de 1984, el trabajo fijo discontinuo, aunque permaneció en el ámbito del art. 15 ET, pasó a tener sustantividad propia con respecto a los contratos temporales: dejó de ser una modalidad de estos, lo que se entendió más apropiada habida cuenta de su naturaleza como contrato indefinido (CRUZ, 1985, pp. 447 ss.).

### **1.2. Trabajo cíclico y trabajo a tiempo parcial: la inestabilidad normativa**

Un aspecto problemático a lo largo de este primer tramo de la vigencia estatutaria vino constituido por las relaciones entre el trabajo fijo discontinuo y el trabajo a tiempo parcial. Inicialmente, podía existir cierto solapamiento entre dos instituciones que, al menos en el terreno legislativo, tenían un régimen diferente. El hecho de que, en el primer Estatuto, el trabajo a tiempo parcial pudiera establecerse sobre base anual posibilitaba el indicado fenómeno. Esta cuestión fue también solventada por la Ley 32/1984 puesto que, al eliminar el parámetro anual de la definición del tiempo parcial (CRUZ, 1985, pp. 454), impidió la posibilidad de confundir con éste el trabajo fijo discontinuo.

Las conflictivas relaciones entre el trabajo a tiempo parcial y el trabajo fijo discontinuo volvieron a plantearse en 1993-1994, cuando la supresión de todos los límites preexistentes para el primero condujo a la absorción del trabajo fijo discontinuo por el trabajo a tiempo parcial. Tal novedad fue positivamente acogida por un sector doctrinal, en atención a que resolvía el problema que, durante la década anterior, se había planteado respecto a los posibles trabajos indefinidos pero periódicos en una secuencia anual, y que, sin embargo, aun no requiriendo el régimen especial previsto para los fijos discontinuos –por no ser precisa la regulación del llamamiento–, sólo podían incluirse en esta figura (GARCÍA-PERROTE, 1994, pp. 310 y 311).

Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha venido señalando los problemas a que conducía la opción legislativa adoptada en 1993-1994. La absorción del trabajo discontinuo por el trabajo a tiempo parcial parte de una contemplación limitada de aquél. Sólo lo mira en sus efectos –el menor tiempo de trabajo–, sin tener en cuenta que, en ocasiones, ni siquiera existe tal reducción –por ser estacional la totalidad de la actividad (CRUZ, 1998, pp. 34 y 35; GARCÍA ORTEGA, 1999, p. 239; TÁRRAGA, 1997, p. 227) o porque la acumulación de campañas permite la prestación durante todos los días del año (cfr. STS 8 de julio de 1991, Ar. 5873). Dicho de otro modo, las especialidades del trabajo cíclico no se relacionan tanto con la jornada cuanto con su propia configuración sustantiva (CRUZ, 1998, p. 35). Desde este punto de vista, la aplicación de las normas del tiempo parcial al trabajo fijo discontinuo aparece como un “objetivo inalcanzable”, dadas sus peculiaridades (GARCÍA ORTEGA, 1999, p. 237); y, al mismo tiempo, los problemas que se plantean en éste quedan sin respuesta al no estar contemplados en la normativa sobre trabajo a tiempo parcial (ALFONSO, 1999, p. 59, CASAS, 2000, pp. 441 y 442 o TÁRRAGA, 1999, p. 229). Y si para evitar estos problemas hace falta establecer un régimen especial para el trabajo discontinuo dentro del régimen del tiempo parcial, el legislador incurre en incoherencia puesto que carece de sentido que esta modalidad lo absorba para luego proceder a separarlo normativamente (ALARCÓN, 1995, p. 162).

La confirmación de la veracidad de estas críticas doctrinales se encuentra en el hecho de que la regulación de 1993/1994 ha sido claramente inestable. La inicial asimilación entre el trabajo a tiempo parcial y el trabajo fijo discontinuo ha sido objeto de sucesivas reformas, que pueden agruparse en dos líneas de tendencia. La primera de estas líneas destaca el hecho de que no todos los trabajos cíclicos son iguales. Esta idea se encontraba ya presente en el RDL 18/1993 –luego convertido en la Ley 10/1994– que, dentro del trabajo cíclico, contraponía dos figuras diferentes: los “trabajos fijos periódicos dentro del volumen normal de la empresa” y los trabajos fijos discontinuos que aparecen cuando los trabajos de carácter cíclico “no se repitan en fechas ciertas sino que dependan de factores estacionales”. Esta contraposición se hizo más evidente con la reforma laboral de 1997, que separó ambos supuestos incluso físicamente por medio de la inclusión en el art. 12.3 ET de dos apartados, rotulados con letras diferentes y dedicados respectivamente a aquellos (letra a]) y estos (letra b]).

La segunda línea de tendencia abierta a raíz de la absorción del trabajo de carácter cíclico por el trabajo a tiempo parcial se relaciona con la paulatina adquisición de autonomía de una parte de aquél con respecto a éste. Me refiero, claro está, a los trabajadores fijos discontinuos *stricto sensu*. Ya en 1993/1994 se mantuvo alguna especialidad en su regulación –la previsión del llamamiento–, pero desde entonces las mismas se han venido incrementando constantemente. La Ley 42/1994 impidió la aplicación en estos casos del régimen especial de seguridad social de los trabajos marginales; en 1997 reapare-

ció en la rúbrica del precepto la alusión a los trabajos fijos discontinuos... y, sobre todo, la reforma del trabajo a tiempo parcial introducida por el RDL 15/1998 hizo surgir más dificultades para la aplicación de la nueva normativa y, con ello, un volumen mayor de especialidades. El RDL prohibió el recurso a las horas complementarias en estos casos y, con posterioridad, la Ley 55/1999 hubo de excluir la aplicación de algunas normas de la regulación del tiempo parcial al fijo discontinuo para que aquella pudiera continuar dándole cabida –relajación de requisitos de forma; posible derogación de convencional de los requisitos de jornada máxima–.

### **1.3. El sentido de la reforma de 2001**

La reforma de 2001 actúa en los dos frentes problemáticos. De un lado, reubica el trabajo fijo discontinuo fuera del terreno del trabajo a tiempo parcial, añadiendo algunas nuevas especificaciones en cuanto a su régimen jurídico. Esta reubicación no es, de otro lado, completa puesto que no afecta a la totalidad de las prestaciones de carácter cíclico: afecta sólo a las discontinuas en sentido estricto pues retomando la diferenciación introducida en 1993-1994 entre trabajadores fijos periódicos y fijos discontinuos y llevándola hasta sus últimas consecuencias, deja a aquellos en el terreno del tiempo parcial.

La exposición que sigue pretende valorar si tales novedades son, de verdad, suficientes para poner fin a la larga trayectoria de reformas normativas de los trabajos de carácter cíclico. Ello requiere, como cuestión previa, intentar resolver un problema anterior, desde luego, a la reforma de 2001 pero que, después de ella, adquiere una importancia muy especial. Me refiero, claro está, a la diferenciación entre las dos subespecies del trabajo cíclico –el periódico y el discontinuo– y a los criterios para proceder a llevarla a cabo. Sólo después será posible determinar si el régimen jurídico aplicable para unos y otros resulta suficiente. La resolución de esta cuestión requiere, a su vez, reflexiones en dos planos diferentes: de un lado, intentar descubrir las consecuencias que puede tener la nueva ubicación sistemática de las dos figuras; y, de otro, el análisis de las reglas especiales previstas para cada supuesto, en especial, para el trabajo discontinuo. Sólo al terminar este análisis estaremos en condiciones de determinar en qué medida la reforma de 2001 aporta o no novedades al problemático panorama de las prestaciones cíclicas.

## **2. LAS DIFERENTES PRESTACIONES CÍCLICAS: TRABAJO FIJO PERIÓDICO Y TRABAJO FIJO DISCONTINUO**

La primera cuestión que debemos afrontar es la de la diferenciación entre los dos tipos de prestaciones cíclicas que realiza la normativa laboral tras la reforma de 2001. Ciertamente, esta diferenciación entre trabajos periódicos y trabajos discontinuos existía en nuestra legislación con anterioridad pues, como

se ha indicado, se advertía con nitidez desde la reforma de 1993/1994. Ello no obstante, tras el RDL 5/2001 y la Ley 12/2001 parece adquirir particular importancia toda vez que la reubicación de una y otra figura en lugares distintos del Estatuto parece apuntar a la aplicación de regímenes jurídicos diferentes.

Lo primero que conviene advertir es que, como ya ha señalado la doctrina, las designaciones que se contraponen, fijos periódicos y fijos discontinuos, carecen de sentido. Ello es así toda vez que las prestaciones son en ambos casos discontinuas (GARCÍA ORTEGA, 1999, p. 241; YANINI, 1997, p. 25). Con todo, aceptaremos la terminología legislativa e intentaremos encontrar la diferencia entre las dos realidades designadas.

Pues bien, los criterios legales para la diferenciación vienen girando, desde 1993/1994, en torno al momento en que se produce la necesidad organizativa que justifica el recurso al trabajo de carácter cíclico. En concreto, a una característica del indicado momento: su previsibilidad. De acuerdo con el criterio legal, la actividad propia del trabajo fijo periódico regulado en el art. 12.3 ET resulta perfectamente previsible en el tiempo; por el contrario, la que justifica la contratación fija discontinua del art. 15.8 ET no tendría tal previsibilidad. No creo que admita discusión que la distinción legal gira en torno a esta idea: la contraposición entre trabajos periódicos y trabajos discontinuos apunta en esta dirección que, en todo caso, se ve confirmada por las referencias literales a la “fecha cierta” –presente en aquellos pero no en estos– que se realizan en el art. 15.8 ET. Los comentaristas del RDL 5/2001 insisten en esta idea (BENEYTO, 2001, pp. 68 y 69; ESCUDERO, 2001, p. 126; GOERLICH, 2001, p. 28).

El criterio utilizado por la ley es extraordinariamente limitado puesto que el único dato de la fecha, considerado en sí mismo y aisladamente, resulta de todo punto irrelevante dentro de la economía de estas modalidades de prestación. La fecha cierta o incierta parece apuntar, como criterio de distinción, a la contraposición entre trabajos de temporada y trabajos de campaña (BENEYTO, pp. 68 y 69), incluyéndose entre aquellos los que, aun estacionales, vienen caracterizados por su previsibilidad (hostelería y similares, comedores escolares, etc.) y en los segundos, los que no (tareas agrarias y derivadas). Sin embargo, aunque pueda admitirse que, en línea de principio, la previsibilidad o aleatoriedad de las fechas de prestación son indicios, respectivamente, de trabajos periódicos o discontinuos, creo que no pueden ser consideradas como el único elemento diferencial. Ello es así porque, en rigor, existen pocas prestaciones cíclicas que no estén sujetas a variación en cuanto al momento de la prestación: incluso aquellas que podrían aparecer paradigmáticas –v.gr. comedores escolares, piscinas...– están sujetas a un margen de indeterminación en función de las decisiones que, anualmente, adopte el empresario en cuanto al inicio de la prestación. Esta constatación se ha empleado por la doctrina especializada para rechazar la distinción establecida en nuestro Ordenamiento a raíz de la reforma de 1993/1994 a la que se ha tachado de superflua puesto que, “aunque en teoría y como hipótesis cabe admitir

la existencia de este tipo de trabajos [los fijos de carácter periódico], su importancia cuantitativa es escasa” (GARCÍA ORTEGA, 1999, p. 242). Y esta misma idea se ha reiterado por algún comentarista del RDL 5/2001 (ESCUADERO, 2001, p. 127).

Desde mi punto de vista, esta solución es en exceso simplista pues acaba reconduciendo a un solo marco jurídico, el del trabajo fijo discontinuo, una realidad como es la de las prestaciones cíclicas que el legislador ha querido ver, desde la década anterior, sometida a dos regímenes jurídicos diferenciados. Y, como hemos visto, este deseo resulta aún más evidente a raíz de la reforma de 2001 puesto que le lleva a incluirlas en dos preceptos diferentes. Para evitar esta objeción, se me ocurre, en línea con propuestas doctrinales anteriores, que la diferenciación entre los periódicos y los discontinuos más que situarse en la literal alusión a la fecha debe resultar de la estructura normativa correspondiente a cada una de las dos categorías pues es la misma la que nos permitirá conocer el tipo de necesidades empresariales que se satisfacen con cada uno de los contratos y que, por tanto, justifica la existencia de un régimen jurídico diferente. Pues bien, atendiendo a este criterio, es claro que el elemento diferencial fundamental entre las dos modalidades de prestaciones cíclicas se encuentra en la regulación del llamamiento. Esta regla está reservada sólo para el trabajo fijo discontinuo y también lo estaba con anterioridad, cuando el mismo se consideraba como especie del trabajo a tiempo parcial. Desde este punto de vista, el trabajo fijo discontinuo es aquél que requiere del llamamiento para funcionar mientras que el periódico es aquel que no lo requiere.

Es verdad que se ha dicho por autorizada doctrina en materia de trabajo fijo discontinuo que el llamamiento no es privativo de este tipo de trabajo sino que también es necesario en el de carácter periódico (GARCÍA ORTEGA, 1999, p. 242; TÁRRAGA, 1999, pp. 230 y 231). Pero intuyo que ello sólo es cierto si el llamamiento se considera en las relaciones entre el empresario y el trabajador cíclico. Sin embargo, es probable que este aspecto sea, en la ordenación del trabajo discontinuo, el menos importante: el aspecto más interesante es el que hace jugar el llamamiento en las relaciones entre el conjunto de los trabajadores cíclicos. El llamamiento sirve, fundamentalmente, para establecer los criterios de distribución de un trabajo por su naturaleza aleatoria entre todos los que ostenta una expectativa para desarrollarlo. La de ordenar estas expectativas es su principal virtualidad y tal función sólo es precisa en las relaciones de carácter discontinuo.

De este modo, como por lo demás ha sugerido una parte de la doctrina con anterioridad (CRUZ, 1985 y 1998, pp. 38 y 39; conforme, GARCÍA PERROTE, 1994), la diferencia entre el trabajo discontinuo y el periódico no se encontraría tanto en el momento, cierto o incierto, en que aparece la actividad sino en la propia existencia e intensidad de esta última. Desde este punto de vista, los trabajadores periódicos serían aquellos cuya actividad se encontrara garantizada, en cuanto a su existencia y duración, con independencia de que

las fechas inicial y final quedarán sujetas a cierto margen de indeterminación. Por su parte, el trabajo fijo discontinuo sería incierto, por supuesto en cuanto a sus fechas, pero también respecto a existencia y/o duración.

### **3. CRITERIOS GENERALES DE ORDENACIÓN DEL TRABAJO CÍCLICO: LAS POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA NUEVA ORDENACIÓN SISTEMÁTICA**

En rigor, el problema que se acaba de examinar no es nuevo: existía probablemente desde 1993-1994 y con toda seguridad desde 1997. Lo novedoso de la reforma de 2001 no es pues la diferenciación entre trabajadores periódicos y discontinuos sino las consecuencias que el legislador saca de ella, dejando al primero en el terreno del trabajo a tiempo parcial y al segundo fuera de él. En principio, habría que suponer, so pena de incurrir en la hipótesis de un legislador caprichoso, que tal diferenciación no es sólo conceptual sino que aspira también a la finalidad de introducir un régimen jurídico distinto.

En una primera aproximación, de carácter literal, las novedades son más bien pocas. El trabajo fijo periódico sigue igual, en el art. 12.3 ET, aunque ahora en solitario. Se trata, como es obvio, de una diferencia meramente formal entre las dos versiones del precepto, anterior y posterior a la reforma de 2001, que se explica por el “traslado” de los fijos discontinuos al art. 15.8 ET. Por su parte, este precepto es formalmente nuevo. Sin embargo, la novedad es más bien aparente: con alguna salvedad que luego se comentará –su último párrafo–, sus contenidos resultan de la reubicación de las reglas que hasta el RDL 5/2001 se encontraban en el art. 12 ET –fundamentalmente, aunque no sólo, en su apartado 3.b)–; y, si bien es cierto que desaparece alguno –como la posible derogación por convenio del tope del 77 %–, es claro que se trata de meros efectos reflejos –su derogación en el modificado art. 12.1 ET la hace innecesario–.

Habida cuenta de lo anterior, puede existir la sospecha de que lo importante de la reforma de 2001 no es lo que se dice sino lo que se calla; o, dicho en otros términos, la de que la reubicación sistemática de ambas figuras, al asignarles distinta naturaleza, ha de tener repercusiones en cuanto a su régimen jurídico. Y la verdad es que algunas tiene, si bien es probable que no sean demasiadas. Esta impresión, que había sido anticipada por algunos comentaristas del RDL 5/2001 (GOERLICH, 2001, p. 28), ha quedado plenamente confirmada tras la aprobación de la Ley 12/2001. Una demostración detallada de la misma pasa por hacer diferentes consideraciones.

#### **3.1. El impacto sobre la regulación jurídico-laboral**

En primer término, hay que considerar el posible impacto de la reforma sistemática del trabajo fijo discontinuo sobre la regulación jurídico-laboral aplicable. Son tres las posibles cuestiones a considerar en este terreno.

a) La primera tiene, en este momento, solución expresa en la Ley 12/2001 y se relaciona con la aplicabilidad a los trabajadores de carácter cíclico de los incentivos a la contratación indefinida. Durante la vigencia del RDL 5/2001, aunque no podía ponerse en cuestión su aplicación a los fijos periódicos dada su condición de trabajadores a tiempo parcial, era posible dudar respecto a los trabajadores fijos discontinuos. Estos últimos no venían contemplados expresamente en las normas correspondientes lo cual podía hacer pensar que quedaban excluidos del acceso a las ayudas por haber dejado de ser contratos a tiempo parcial. El hecho, además, de que en la normativa sobre empleo anterior, sin ser necesario –precisamente por ser entonces, en virtud de la legislación vigente, una modalidad de tiempo parcial–, vinieran aludidos de forma explícita incrementaba tal impresión.

Cualesquiera dudas que pudieran existir en este terreno han desaparecido, sin embargo, después de la tramitación parlamentaria del RDL. En efecto, en la Ley 12/2001 se ha vuelto a una redacción similar a la que tenían las normas anteriores en materia de incentivos a la creación de empleo; en concreto, cuando se enumeran los contratos que pueden ser bonificados, se incluye expresamente a los de carácter fijo discontinuo (cfr. arts. 4.1.1, 4.1.3, 4.2, 6.1, 6.2, etc.).

b) En segundo lugar, continúa sin tener solución expresa el problema del eventual tránsito entre modalidades contractuales. Esta cuestión se encuentra expresamente regulada por lo que se refiere al trabajo fijo periódico: al ser considerado legalmente trabajo a tiempo parcial resultarán de aplicación las reglas del art. 12.4.e) ET, tanto por lo que se refiere al paso desde un contrato a tiempo completo a uno de naturaleza fija y periódica como a la inversa.

Pero tales reglas resultan de dudosa aplicación cuando se encuentra implicada una prestación de carácter fijo discontinuo. Algún comentarista del RDL 5/2001 se ha ocupado expresamente de este tema, excluyendo, con buen criterio, la aplicabilidad de las indicadas reglas, previstas sólo para el trabajo a tiempo parcial, al trabajo fijo discontinuo (ESCUDERO, 2001, p. 131). Tal solución implica, por un lado, la inaplicación de la preferencia legal establecida en el párrafo tercero del art. 12.4.e) ET para los trabajadores con cierta antigüedad; y, por otro, la de la regla general que encabeza el precepto y en cuya virtud las conversiones han de ser voluntarias, sin que quepa su imposición unilateral ni a resultas de una modificación sustancial de condiciones. Esta última circunstancia podría conducir a reabrir el debate anterior a la reforma de 1998, aunque ahora limitado sólo a los fijos discontinuos, respecto a la posible utilización del art. 41 ET para transformar contratos a tiempo completo en vinculaciones de este tipo.

Sin embargo, para este caso, creo que la respuesta a de ser necesariamente negativa: el trabajo fijo discontinuo no es sólo un trabajo con la jornada reducida sino que, como se ha visto más arriba, es aleatorio en cuanto a su existencia e intensidad anual. Parece claro, por tanto, que la transformación

de un contrato a jornada completa en una vinculación de carácter discontinuo desborda los límites de la novación modificativa y, por tanto, requiere el acuerdo entre las dos partes del contrato. Podría aducirse en apoyo de esta interpretación la jurisprudencia que ha excluido la transformación en indefinido de los contratos fijos discontinuos, aun cuando la prestación se haya extendido a todas las horas del año de forma reiterada (STS de 8 de julio de 1991, Ar. 5873): tales pronunciamientos no son sino la otra cara de la misma moneda.

### **3.2. La ordenación del tiempo de trabajo: en especial, las relaciones entre el trabajo fijo discontinuo y el trabajo a tiempo parcial**

La tercera cuestión, atinente al tiempo de trabajo, merece tratamiento aparte por cuanto que, de un lado, el cambio en la ubicación sistemática del trabajo fijo discontinuo sí que tiene alguna repercusión de interés (a); y, de otro, porque en él se detecta una de las pocas normas nuevas que la reforma de 2001 dedica a este tipo contractual, que afecta a sus relaciones con el trabajo a tiempo parcial (b).

a) Por lo que se refiere a la primera idea, parece claro que la exclusión del trabajo fijo discontinuo del trabajo a tiempo parcial ha de conducir necesariamente a la conclusión de que no es posible para estos trabajadores el pacto ni la realización de las llamadas horas complementarias. Esta solución –cuya razonabilidad no puede dudarse en atención que el tipo de necesidades que cubren las indicadas horas queda suficientemente atendida por la aleatoriedad del trabajo fijo discontinuo– no es, sin embargo, enteramente novedosa pues se encontraba prevista, aunque con alcance limitado sólo a los fijos discontinuos que, a su vez, lo fueran a jornada completa, en el antiguo art. 12.5.b) ET.

La novedad se encuentra más bien en el hecho de que, al salir el trabajo fijo discontinuo del ámbito del trabajo a tiempo parcial, deja de ser aplicable la prohibición de horas extraordinarias existente en éste (art. 12.4.c] ET). Con ello se superan algunas de las críticas que se había dirigido a la anterior ordenación en relación con la aplicación de la prohibición de la realización de horas extraordinarias (por ejemplo, TÁRRAGA, 1999, pp. 229 y 230).

b) Cierta trascendencia tiene, en segundo lugar, la nueva norma que se introduce en el tercer párrafo del nuevo art. 15.8 ET, en cuya virtud “los convenios colectivos sectoriales podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la utilización en los contratos de fijos-discontinuos de la modalidad de tiempo parcial”. Frente a la solución de la legislación anterior, que parecía permitir la combinación libre de ambas modalidades (*arg. ex art. 12.5.b] ET*), la nueva norma parece restringir las posibilidades de pacto individual en tal sentido: sólo será admisible cuando venga habilitado por el convenio colectivo sectorial aplicable (BALLESTER y DE VICENTE, 2001, p. 19).

La posibilidad de combinar el trabajo fijo-discontinuo con la prestación a tiempo parcial, tal y como prevista en el art. 15.8.III ET, no está exenta de problemas. Los primeros de ellos son de orden conceptual, vinculados al hecho de que el trabajo fijo discontinuo se desarrolla ya con la jornada limitada lo que dificulta determinar qué debe entenderse en estos casos por prestación a tiempo parcial. Una lectura razonable del precepto impide, desde luego, admitir que quepa pactar esta última con respecto a trabajadores a jornada completa o al parámetro anual: habrá que relacionarla con la jornada de los trabajadores fijos discontinuos y dentro de parámetros temporales inferiores al año (ESCUADERO, 2001, p. 130). Es más, puede ser que la indicada comparación este limitada: el carácter aleatorio del trabajo fijo discontinuo indica, desde mi punto de vista, que unos trabajadores puedan trabajar menos días por año que otros sin que ello implique la existencia de prestaciones a tiempo parcial. En definitiva, la necesidad de que exista un convenio habilitante se refiere probablemente sólo a los casos en los que se pretenda que los trabajadores desempeñen una jornada diaria reducida de forma regular o que su prestación no se refiera a jornadas consecutivas dentro de la campaña sino que trabajen sólo algunos de los días, de forma ocasional e interrumpida como efectivamente ocurre en algunos sectores. Esta idea permite acaso superar las críticas que doctrinalmente (ESCUADERO, 2001, pp. 129 y 130) se han dirigido al precepto por limitar la facultad habilitante a los convenios colectivos de carácter sectorial. Es cierto que los de empresa están en mejores condiciones para valorar las necesidades productivas que pueden aconsejar la autorización de la prestación a tiempo parcial, no lo es menos que en el ámbito empresarial la resistencia laboral a las exigencias empresariales puede ser menor –más, si consideramos que los fijos discontinuos se encuentran en la periferia de la organización– lo cual incrementa los riesgos de la cláusula dada la inexistencia de límites de carácter material (MOLINA y GARCÍA, 2001, p. 46). En este contexto, confinar tal facultad en el ámbito de la negociación sectorial no parece en modo alguno descabellado.

Se ha suscitado también el alcance de la remisión y, en concreto, sobre el régimen jurídico aplicable a las eventuales prestaciones a tiempo parcial que se den en el ámbito de los contratos fijos discontinuos. La cuestión surge precisamente en el campo de la jornada de trabajo y se refiere a la aplicabilidad o no de las horas complementarias en estas prestaciones. La respuesta es dudosa: se ha negado la posibilidad de pactarlas en atención a que la incertidumbre organizativa que las mismas resuelven no aparece en el ámbito del trabajo fijo discontinuo (ESCUADERO, 2001, p.131); y, en esta misma línea, apuntaría la desaparición de la anterior regla permisiva. Sin embargo, cabría afirmar, en sentido contrario, que, dados los límites con los que, según acabamos de ver, se configura la jornada parcial dentro del trabajo fijo discontinuo, no puede afirmarse que las mismas carezcan completamente de sentido. De hecho, hay quien sostiene la posibilidad de pactarlas (CAVAS, 2001, p. 62).

En cualquier caso, creo que los interlocutores sociales deberían aprovechar el hecho de que la prestación a tiempo parcial haya de ser expresamente negociada en convenio sectorial para resolver expresamente esta cuestión.

### **3.3. La protección social de los trabajadores fijos discontinuos**

En relación con la Seguridad Social, los problemas que podían haber surgido de la literalidad del RDL 5/2001 han sido superados claramente, sin perjuicio de lo que luego se verá, en la Ley 12/2001. En efecto, el Real Decreto-Ley 5/2001 no abordó expresamente esta cuestión. Y, con ello, se planteó de inmediato la cuestión de la aplicabilidad de las normas especiales en materia de protección social del trabajo a tiempo parcial a las prestaciones de carácter cíclico: los trabajadores fijos periódicos, al seguir encuadrados dentro del trabajo a tiempo parcial, continuaban, sin duda, dentro de su ámbito de aplicación; pero, ¿podía hacerse idéntica afirmación respecto a los trabajadores fijos discontinuos una vez habían salido de este ámbito por acción de la reforma?

Los comentaristas se habían inclinado por la continuidad de la aplicación a los fijos discontinuos de las indicadas reglas de Seguridad Social (CAVAS, 2001, p. 62; ESCUDERO, 2001, pp. 131 y 132; GOERLICH, 2001, p. 30). Y ello sobre la base de que las normas aprobadas en este terreno a raíz del acuerdo sobre tiempo parcial entre Gobierno y sindicatos de 1998 se referían literalmente tanto al trabajo a tiempo parcial como al trabajo fijo discontinuo. Así se advertía tanto en el nivel legal (disp. adic. 7ª.2 LGSS) como en el reglamentario (art. 1.1 RD 144/1999). La cuestión no tenía, sin embargo, una respuesta segura por cuanto que no podía ignorarse que todas estas normas incluían en su ámbito de aplicación los contratos a tiempo parcial, de relevo y fijos discontinuos “de conformidad con lo previsto en el art. 12 ET” por lo que, una vez estos últimos habían abandonado tal ámbito, quedaban expuestos a que aquellas se entendieran inaplicables. De hecho, habían existido también tomas de postura doctrinales que partían precisamente de esta última solución (PURCALLA y RIVAS, 2001, pp. 14 y 15).

La tramitación parlamentaria ha puesto fin a estas incertidumbres. En efecto, la disp. adic. 10ª de la Ley 12/2001 ha dado nueva redacción al apartado 2 de la disp. adic. 7ª LGSS eliminando todas las incertidumbres sobre el particular: sin duda, las normas especiales de protección del trabajo a tiempo parcial continúan siendo de aplicación a los trabajadores fijos discontinuos. Conviene no obstante advertir que ello no implica la existencia de una perfecta asimilación de estos con los trabajadores a tiempo parcial en general y con los fijos periódicos en particular. Ello es así porque la normativa específica estaba con anterioridad a la reforma de 2001 cuajada de singularidades en forma de inaplicación de las reglas pensadas para unos a los otros o viceversa. Volveremos al final sobre esta cuestión.

#### **4. LOS PROBLEMAS TRADICIONALES DEL TRABAJO DISCONTINUO Y LAS APORTACIONES DE LA REFORMA**

La valoración de la reforma en relación con las prestaciones laborales de carácter cíclico y su capacidad para poner fin a la larga discusión previa no puede limitarse al terreno estrictamente conceptual y al mero análisis de carácter sistemático. Se hace preciso indagar respecto a la idoneidad de las nuevas normas para solventar los específicos problemas que plantean este tipo de prestaciones. Y, como ha señalado la doctrina, en este terreno, lo de menos es el encuadramiento conceptual de la institución: lo importante es el régimen jurídico de que se le dote (CRUZ, 1998, p. 32). Es posible y necesario por tanto desarrollar un ulterior análisis, complementario a los que se han desarrollado en los epígrafes anteriores, que ponga de manifiesto las aportaciones eventualmente contenidas en la reforma de 2001 en aras a la solución de los grandes problemas del trabajo fijo discontinuo.

Además de los ya examinados de conexión con el trabajo a tiempo parcial, la doctrina ha señalado que, desde la perspectiva laboral, tales problemas giran en torno a las relaciones entre el trabajo discontinuo y los contratos temporales y a las cuestiones vinculadas al funcionamiento del llamamiento (por todos, ALFONSO, 1998, p. 59). A ello podríamos añadir, en un plano diferente, la ordenación de la Seguridad Social y las interferencias que la misma produce respecto a este tipo de relaciones laborales. Veamos cuáles son las aportaciones de la reforma en cada uno de estos terrenos.

##### **4.1. Contrato fijo discontinuo y contratación temporal**

La cuestión de las relaciones entre la contratación fija discontinua puede afrontarse desde dos perspectivas diferentes. En un plano teórico, cabe enjuiciar el mayor o menor acierto legislativo de su inclusión en el terreno de los contratos temporales. En este sentido, algún comentarista ha dirigido críticas a las normas de 2001 en razón de la inadecuación de ubicar el trabajo fijo discontinuo entre los supuestos de contratación de duración determinada (MOLINA y GARCÍA, 2001, pp. 47 y 52; con anterioridad, respecto a las normas anteriores a 1993, GARCÍA PERROTE, 1994, p. 310). Desde mi punto de vista, esta aproximación no conduce a resultados apreciables. Aunque es cierto que la sistemática legal puede plantear algún problema concreto –como es el de la posibilidad, que sin duda ha de ser rechazada (ESCUADERO, 2001, p. 129), de desarrollar contratos fijos discontinuos a través de empresas de trabajo temporal–, lo cierto es que, por encima de las sutilezas dogmáticas en cuanto al concepto y naturaleza del trabajo fijo discontinuo, lo importante es que su régimen jurídico responda a esta condición lo cual, a mi juicio, no puede ponerse en duda. Por ello, me parece mejor situarme en una perspectiva mucho más práctica, vinculada a los problemas que se advierten en la realidad.

Desde este segundo punto de vista, el problema de las relaciones entre prestaciones cíclicas y contratos temporales se centra en el deslinde de unos y otros. Esta cuestión, que ocupa un importante papel en la casuística jurisprudencial, requiere la diferenciación entre los contratos temporales de eventualidad y obra o servicio determinado y las prestaciones fijas periódicas o discontinuas. A tal efecto, la respuesta es sencilla en la teoría: todo dependerá de la naturaleza de la causa que justifica la contratación temporal; si el incremento de tareas o la obra o servicio que le sirven de fundamento no aparecen dotados de cierto carácter extraordinario sino que se reiteran en el tiempo de forma cíclica no estamos en el terreno de los contratos temporales sino en el de las prestaciones periódicas o discontinuas (por todos, CRUZ, 1998, pp. 38 ss.). De ahí que en los supuestos de contrataciones temporales reiteradas con arreglo a una cadencia de esta naturaleza se rechace por los tribunales la legitimidad de los contratos suscritos y se entienda por ellos que lo que existe es un contrato indefinido de carácter periódico o discontinuo (véanse, por ejemplo, STS de 14 de octubre de 1988, Ar. 7820, 18 de diciembre de 1991, Ar. 9081 y 26 de mayo de 1997, Ar. 4426).

No es este el momento de llevar a cabo un análisis de los numerosos problemas que la aplicación de tan sencilla solución viene suscitando en la práctica. Interesa sólo determinar en que medida la reforma de 2001 puede incidir en la solución de alguno de ellos. Con tan estrecha mira, creo que hay que hacer relación a dos problemas diferentes relacionados, el primero, con la eventual superación de los problemas preexistentes en punto a su aplicación en el terreno de los entes públicos (a) y, el segundo, con el papel que corresponde a las normas sectoriales en su concreción (b).

a) Las dificultades para aplicar el criterio de que la reiteración cíclica de contratos temporales eventuales o de obra o servicio determinados implica la existencia de una única relación de carácter fijo periódico o discontinuo se derivan, en ocasiones, de la naturaleza jurídico-pública del empleador. Es cuestión que aparece frecuentemente en los repertorios jurisprudenciales y en la que la doctrina unificada por el Tribunal Supremo ha excluido que la reiteración de actividades cíclicas pueda conducir, en el caso de contratación por Administraciones Públicas, a la aparición de un contrato fijo periódico o fijo discontinuo.

La doctrina jurisprudencial, como siempre en este terreno, es altamente titubeante. En efecto, si bien existen pronunciamientos que han excluido la posibilidad de que la reiteración de contratos temporales conduzca a la consolidación, en otros casos se ha admitido, aunque con la precisión de que no se trata de contratos fijos sino indefinidos. En el primer sentido, y centrándonos sólo en las del TS, disponemos de varias sentencias sobre el personal de prevención de incendios forestales (SSTS de 10 de junio y 3 de noviembre de 1994, Ar. 5422 y 8590, y 10 de abril de 1995, Ar. 3038) y de albergues juveniles (STS de 23 de septiembre de 1997, Ar. 7296); en el segundo, cabría citar

un pronunciamiento referido a encuestadores (STS de 5 de julio de 1999, Ar. 6443). Lo peor del caso es que la Sala de lo Social del TS pretende compatibilizar la vigencia de ambas posturas, por cuanto que la razón de que prevalezca una u otra solución dependerá de la existencia o no de fuentes de financiación de carácter estable. Los pronunciamientos citados más arriba insisten en esta idea de modo que, cuando las mismas no se detectan dependiendo la existencia o no de la actividad del diseño presupuestario que se haga de ella, no es posible alcanzar la condición de fijo periódico o discontinuo, por mucho que se reiteren los contratos. Se ha visto con claridad en el último episodio jurisprudencial que ha accedido al TS, relacionado con las prestaciones en las guarderías organizadas por los municipios para facilitar a los trabajadores con responsabilidades familiares la participación en las campañas de la aceituna. En un primer pronunciamiento (STS de 10 de diciembre de 1999, Ar. 9729), el TS entendió que, al depender de financiación externa, la repetición de contratos de obra era admisible, sin que existiera una sola relación fija discontinua; por el contrario, pocos meses después (STS de 2 de junio de 2000, Ar. 6890), entendió cabalmente lo contrario, salvando la contradicción entre las dos soluciones sobre la base de que, si en el primer supuesto, los tribunales inferiores habían insistido en la inestabilidad de la financiación, en el segundo no se hacía lo propio.

Sea como sea, es seguro que el planteamiento jurisprudencial debe ser revisado. Existe, en este sentido, una convicción generalizada entre los comentaristas del RDL 5/2001 que relacionan la introducción del art. 52.e) ET con el intento de revisar esta reconstrucción jurisprudencial (ALBIOL, 2001, pp. 76 ss.; ALFONSO, 2001, pp. 44 ss.; BALLESTER y VICENTE, 2001, p. 24; ESCUDERO, 2001, pp. 137 y 138; GOERLICH, 2001, p. 36; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2001). El precepto, que a los efectos que ahora interesan no ha sufrido variaciones sustanciales en la tramitación parlamentaria, parte de la base de que los contratos celebrados “para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista” son indefinidos puesto que las vicisitudes extintivas relacionadas con “la insuficiencia de la correspondiente consignación” debe ponerse de manifiesto a través de un despido por causas objetivas. En consecuencia, pienso que la doctrina jurisprudencial consolidada debe ser revisada, permitiendo el juego pleno del criterio general incluso respecto a los contratos suscritos por las Administraciones Públicas.

b) Una segunda cuestión que contribuye a resolver la reforma de 2001 se relaciona con el papel que corresponde a las normas de carácter profesional en la delimitación de los ámbitos de los contratos temporales y fijos discontinuos. El papel que tales normas han jugado tradicionalmente ha sido muy discutible, obstaculizando la aplicación del criterio en virtud del cual la

reiteración de contratos temporales puede, en ciertas condiciones, dar vida a un contrato fijo discontinuo. Así ha sido tradicional la oposición de los tribunales laborales a admitir este fenómeno en las relaciones laborales del sector agrario, sobre la base de la falta de reconocimiento de tal modalidad contractual (CRUZ, 1985, p. 450, y 1998, p.44 y 45). Y del mismo modo se encuentran tomas de postura similares en ciertas relaciones especiales como es el caso de los artistas (ROQUETA, 1995, pp.59 ss.; véase, con posterioridad, STSJ Baleares de 12 de noviembre de 1998, AS 4595). La doctrina ha sido bastante crítica con estos planteamientos y, de hecho, los tribunales han ido revisando sus iniciales puntos de vista, por ejemplo en el caso de la agricultura. Y es que, lógicamente, las normas sectoriales quedan sujetas a las exigencias de la legalidad y, por tanto, no parece que sean vehículo suficiente para excluir la existencia de contratos fijos periódicos o discontinuos allá donde se puedan encontrar sus requisitos sustanciales.

Es probablemente por ello por lo que se ha saludado con prevenciones la nueva norma introducida en el art. 15.8.III ET, conforme a la cual “los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar... los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos” (por ejemplo, BALLESTER y DE VICENTE, 2001, p. 20). Prevenciones que, obviamente, se relacionan con la posibilidad de que la nueva norma permita reeditar superadas interpretaciones judiciales, estableciendo objeciones e impedimentos a la conversión de temporales en fijos discontinuos. Desde mi punto de vista, ello no ha de ser posible pues la norma tiene, según creo, un sentido diferente. Un análisis un poco más detallado lo demuestra con rapidez. Un primer dato a tener en cuenta es el origen de esta norma. La previsión fue introducida en el acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial suscrito entre el Gobierno y las confederaciones sindicales más representativas en 1998 (cláusula 5.2.b)]. Lo que ocurre es que nunca fue concretada en norma con rango de Ley. Lógicamente, esta idea, dado cuál fue el espíritu inspirador del indicado acuerdo, apunta rápidamente a una interpretación diferente a la indicada.

Ello viene corroborado por un segundo dato: el de su ámbito de aplicación. Obsérvese en este sentido que la nueva norma no se aplica en el caso de los trabajadores fijos periódicos sino sólo a los fijos discontinuos. Ello tiene su lógica y la misma apunta en el sentido de que el nuevo precepto no habilita para poner cortapisas a la conversión sino que tiene una interpretación diferente. En efecto, la habilitación a la actuación de los convenios colectivos no es necesaria en el campo de los contratos fijos periódicos por cuanto que, en este terreno, dadas las circunstancias de previsibilidad de la prestación, no es necesaria en tutela de las expectativas de los trabajadores temporales: la mera reiteración cíclica de carácter periódico –o la contratación para una actividad que se repita con tales características– nos permitirá entender que nos encontramos ante un contrato fijo periódico, con independencia de la apariencia formal que se le haya dado. El discurso es más complicado en el terreno de

los fijos discontinuos puesto que la imprevisibilidad de su prestación hace mucho más difícil diferenciarlos de los trabajadores eventuales: el volumen de la prestación que aquellos atienden es variable, pueden existir temporadas sin prestaciones... En este terreno, cuando los confines entre contratos temporales y fijos discontinuos son extremadamente difusos, parece aconsejable reconocer un cierto papel a la autonomía colectiva. Así había sido anticipado por la doctrina (por ejemplo, ALFONSO, 1999, p. 61). Y el funcionamiento de los órganos judiciales se acomoda a esta previsión: si bien la jurisprudencia efectivamente ha permitido un juego de los convenios similar al que ahora se prevé en el art. 15.8.III ET (STS de 24 de febrero de 1992, Ar. 1052), ha excluido que los mismos puedan derogar los elementos sustanciales de los trabajos fijos discontinuos a efectos de evitar que los trabajadores adquieran esta condición (STSJ Cataluña de 29 de diciembre de 1995, Ar. 4929).

Así las cosas, es claro que la nueva norma que venimos comentando establece un esquema de complementariedad en las relaciones entre ley y convenio en esta materia, sin convertir en dispositiva la regla que penaliza el fraude de ley en la contratación temporal ni permitir en modo alguno el establecimiento de excepciones a la misma (BALLESTER y DE VICENTE, 2001, p. 20; GOERLICH, 2001, p. 36). La norma parte, de esta manera, de la existencia de contratos temporales lícitos que se producen en actividades en las que existen trabajadores fijos discontinuos y permite al convenio colectivo establecer los requisitos para que aquellos devengan indefinidos de este último carácter.

#### **4.2. La dinámica de los contratos fijos periódicos y discontinuos: el problema del llamamiento**

El segundo gran foco problemático que muestran los repertorios jurisprudenciales se relaciona con la dinámica de las relaciones laborales de carácter cíclico y, en concreto, con el juego de la institución del llamamiento. La reforma no afecta a su regulación vigente que, literalmente, sigue siendo la misma con lo que, en principio, se reproducirán los problemas anteriores. La nueva ubicación sistemática de este tipo de relaciones puede, sin embargo, tener cierta trascendencia para resolver algunas polémicas interpretativas al respecto.

En el primer sentido, es preciso señalar que las normas de 2001 no afectan a la regulación del llamamiento introducida en 1993/1994 que, como se recordará, la remite a la negociación colectiva. Son los convenios colectivos los que deben regular, dice el art. 15.8.I ET, “el orden y la forma” en que serán llamados los trabajadores. El sistema tiene importantes ventajas pues permite obviar eventuales problemas de coordinación entre la Ley y la negociación colectiva que pudieran existir con anterioridad: los convenios tienen plena libertad para atender a las especialidades de la actividad y el sector a la hora de proceder a la indicada regulación. Al amparo de tal habilitación, aunque el

criterio normal de la antigüedad siga vigente en muchas ocasiones, se han podido introducir otros criterios diferentes –de carácter geográfico, vinculados a las exigencias organizativas, etc. (cfr. LÓPEZ GANDÍA, 1997, pp. 75 y 76)–, sin que existan, como existieron en el pasado, problemas de legalidad (véase, como muestra, STS de 24 de febrero de 1992, Ar. 1052).

El sistema tiene, no obstante, algunos inconvenientes. Uno de ellos se relaciona con los supuestos en los que no exista convenio colectivo que fije los elementos esenciales de la regulación del llamamiento y, sobre todo, el criterio de orden entre los trabajadores fijos discontinuos. La doctrina ha sido tradicionalmente muy crítica con la inexistencia de un criterio legal subsidiario proponiendo el restablecimiento del tradicional de la antigüedad (GARCÍA ORTEGA, 1999, pp. 242 y 243). Lo cierto es, sin embargo, que no parecen existir en la práctica problemas al respecto. El repaso de la casuística judicial no muestra conflictos relacionados con los posibles vacíos normativos respecto al orden del llamamiento que, por lo demás, podrían ser fácilmente solventados por medio del recurso a fuentes supletorias como es la costumbre que, a buen seguro, conduciría a entender que, a falta de decisión convencional, debería ser aplicable el criterio de la antigüedad (CRUZ, 1998, p. 47).

La principal desventaja de la remisión a la negociación colectiva de las cuestiones vinculadas al llamamiento es que existen materias para las que la misma no parece la fuente apropiada. Se trata, en concreto, de las cuestiones vinculadas al tratamiento de la falta de llamamiento. En este punto la solución legal, que se limita a estatuir que, en caso de incumplimiento de la llamada, el trabajador puede accionar por despido dentro de los términos temporales previstos en el último inciso del art. 15.8.I ET, no parece adecuada para resolver todos los problemas. Doctrina y jurisprudencia vienen discutiendo diferentes supuestos y cuestiones al respecto: ¿es equiparable siempre la falta de llamamiento al despido? o, por el contrario, ¿ello depende de las circunstancias concretas?; y, en paralelo, ¿en qué supuestos es exigible la instrucción de expediente de regulación de empleo para enervar posibles acciones de los trabajadores? ¿siempre? o ¿sólo cuando, en atención a las circunstancias, el no llamamiento pueda ser considerado despido?

Desde mi punto de vista, la reforma puede contribuir a solucionar este problema pues la radical separación entre fijos periódicos y fijos discontinuos, reservando para estos la institución del llamamiento, puede ser relevante para dar respuesta a esta cuestión. Si bien la idea no será aceptada pacíficamente en la doctrina –pues, como se ha indicado más arriba, existen autorizadas tomas de postura que minimizan esta diferencia (*supra*, 2)–, creo que la profundización de la separación entre los fijos periódicos y los fijos discontinuos conduce a una determinada solución de la cuestión. Una parte de la doctrina había avanzado efectivamente por esta vía (CRUZ, 1985, pp. 458 ss., y 1998, pp. 47 y 48) y creo que, a raíz de la reforma de 2001, podría avanzarse aún

más por ella. Se trataría entonces de distinguir las dos modalidades de prestaciones cíclicas para dar una respuesta diferente a las cuestiones relacionadas con la falta de llamamiento, en atención a la diferente regulación que unas y otras presentan.

De un lado, la expectativa de trabajo de los fijos periódicos es, como se indicó, mucho más intensa que la de los discontinuos y, por tanto, su tutela no requiere de la institución del llamamiento sino que queda confiada a los instrumentos ordinarios: mora del acreedor (art. 30 ET), derecho a la ocupación efectiva eventualmente accionable a través del art. 50.1.c) ET (*arg. ex* STS de 8 de noviembre de 1993, Ar. 8559) o, en su caso –y remedio más seguro–, recurso a la institución del despido tácito. Lógicamente, la única posibilidad empresarial de enervar estas facultades de reacción del trabajador pasa por la activación del correspondiente expediente de regulación de empleo de carácter suspensivo o anticipar la extinción a través del despido económico individual o colectivo; y ello con independencia de las razones por las que el empresario no satisfaga la pretensión del trabajador, tanto si se debe a falta de reanudación completa de la actividad como si le afecta individualmente.

El discurso se torna mucho más delicado, de otro lado, cuando nos centramos en los trabajadores fijos discontinuos. En estos casos, el llamamiento actúa no sólo como una mera concreción del momento de la prestación sino también, y sobre todo, como un sistema de reparto de un volumen de actividad variable. Ello implica que el riesgo de la prestación forma parte de la economía del contrato y, por tanto, que el tratamiento de su inexistencia no puede ser idéntico al que se da en los demás supuestos. Desde este punto de vista, creo que sólo existirá despido, como literalmente dice el art. 15.8.I ET, “en caso de incumplimiento” por el empresario del orden de llamamiento; no por el contrario cuando la falta de llamamiento se deba a la inexistencia de trabajo. Existe algún pronunciamiento del TS, aunque antiguo, que se mueve en esta línea (STS de 8 de junio de 1988, Ar. 5254); y también los hay, más recientes, en la doctrina de suplicación (SSTSJ Com. Valenciana de 9 de mayo y 19 de julio de 1996, AS 1608 y 2692). Lógicamente, la necesidad de expediente de regulación de empleo quedará entonces relativizada: los mecanismos extintivos sólo habrán de ser activados por el empresario en aquellos casos en los que la actividad no se haya de reanudar nunca más (STSJ Andalucía [Granada] de 15 de diciembre de 1997, AS 5146). Soy consciente, en todo caso, que, hasta ahora, los pronunciamientos judiciales no se acomodan unánimemente a estas previsiones.

### **4.3. Seguridad Social y trabajo fijo discontinuo**

La reforma de 2001 no entra, en fin, en las cuestiones vinculadas con la Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos y fijos periódicos.

Cualquier duda que quedará existente después del RDL 5/2001, se ha disipado con la entrada en vigor de la Ley 12/2001. Indudablemente ello implica, como ya sabemos, que los indicados trabajadores continuarán dentro del ámbito de aplicación de la normativa especial en materia de protección social del trabajo a tiempo parcial. Más no por ello se solucionan todos los problemas que su ubicación dentro de la Seguridad Social ha venido planteando históricamente. No puedo entrar ahora en detalles sobre el particular. Existen estudios monográficos sobre el particular (DESDENTADO y MERCADER, 1999; SALINAS, 1999) –algunos de ellos muy extensos (TATAY, 2001)– a los que cabe remitirse para un desarrollo más exhaustivo. Tan sólo parece preciso poner sobre el tapete los ideas generales que caracterizan la regulación por el sistema de Seguridad Social de las prestaciones fijas discontinuas y las consecuencias que puede tener su interferencia en materia de relaciones laborales.

Lo primero que creo que conviene destacar es que no ha existido en nuestro Ordenamiento una reflexión de conjunto sobre la protección social de las prestaciones de carácter discontinuo. Es verdad que, en atención a su anterior ubicación dentro de trabajo a tiempo parcial, dentro del proceso de regulación de la Seguridad Social de esta modalidad contractual se ha abordado también el de los contratos de prestaciones cíclicas. De hecho, en el ciclo normativo de 1998/1999 se les prestó cierta atención. De un lado el acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos de 1998 previó una intervención negocial y normativa posterior en materia de trabajo fijo discontinuo que adoptara las nuevas normas en materia de tiempo parcial (cláusulas 5.2.m y II.B.i) e incidiera en las cuestiones más problemas –desempleo, maternidad–, llegándose incluso a formular algunas propuestas concretas en este terreno. Sin embargo, la normativa de 1999 sólo establece limitadísimas precisiones respecto a los trabajadores fijos discontinuos, sin haber concretado las propuestas más detalladas que se contenían en el acuerdo. Los comentaristas del RD 144/1999 son conscientes de esta idea: la normativa aprobada para el trabajo a tiempo parcial no resuelve todos los problemas del trabajo discontinuo (SALINAS, pp. 12 y 13), sino que sólo añade un sedimento más a la normativa previamente existente, cuyo carácter disperso permite que sea “fácil apreciar numerosas lagunas y ámbitos de desprotección” (DESDENTADO y MERCADER, 1999, p. 25).

Es cierto: la inexistencia de una reflexión general sobre la cuestión impide la existencia de una normativa completa y coherente. Antes al contrario, se trata de normas fragmentarias y difícilmente armonizables unas con las otras: de un lado, coexisten normas nuevas, las de 1998 y 1999, con normas anteriores; de otro, permanecen vigentes normas generales y normas de carácter especial. La combinación de ambos factores conduce a un panorama en el que la regulación general (disp. adic. 7ª LGSS y RD 144/1999) tiene un ámbito de aplicación limitado. Y ello tanto desde la

perspectiva objetiva como desde la subjetiva. En el primer terreno, el desempleo se encuentra al margen regulándose por su propio régimen. El segundo presenta un caos aun mayor puesto que la regulación de 1998/1999 ha de cohonestarse con la pervivencia de regulaciones especiales en función de la actividad –puesto que continúan existiendo los sistemas especiales que, en su mayor parte, agrupan a trabajadores fijos discontinuos–, del encuadramiento –puesto que el régimen especial agrario queda también al margen– e, incluso, del territorio –puesto que existen también normas diversificadas por tal factor en materia de protección por desempleo de los eventuales agrarios–.

Ya he dicho que no voy a entrar en detalles sobre lo anterior. Sí me parece importante destacar que toda esta normativa no opera con los mismos esquemas que se utilizan en la regulación de las relaciones laborales. Y ello puede incluso incidir en el funcionamiento de las propias normas laborales. La cuestión es que la dispersión y falta de homogeneidad de la protección dispensada por la Seguridad Social dentro del indicado panorama normativo puede condicionar las opciones a adoptar por los interesados. La protección por desempleo suministra algunos ejemplos de interés. Tal y como esta regulada puede incidir en las expectativas de los trabajadores por cuanto que, en ciertos casos, será mejor ser trabajador temporal que tener un contrato indefinido pero periódico o discontinuo. El primer efecto podría producirse en relación con las prestaciones ordinarias para desempleo –previstas sólo literalmente para los fijos discontinuos lo que, aunque no es enteramente seguro, haría imposible el acceso de los fijos periódicos (cfr. ESCUDERO, 2001, 132)–; el segundo en el terreno de las prestaciones especiales de desempleo para los eventuales agrarios –cuya regulación hace de mejor condición a los que tienen esta condición que a los fijos discontinuos (véase, por ejemplo, STSJ Andalucía [Granada] de 30 de septiembre de 1998, AS 4435, contradicha, por cierto, por la posterior, de la misma sala, de 3 de febrero de 2000, AS 1620)–.

## **5. BREVE CONCLUSIÓN**

Se ha criticado por un sector doctrinal la reforma de 2001 en relación con los trabajadores fijos periódicos y fijos discontinuos. Al margen de críticas concretas, su separación y reubicación se ha visto como un “factor desvertebrador y desnaturalizador” de la tipología (MOLINA y GARCÍA, 2001, p. 45). Se ha indicado asimismo que no resuelve los tradicionales problemas de las prestaciones de carácter discontinuo y genera otros muchos nuevos lo que haría “presagiar una nueva y descorazonadora reforma de este laberinto jurídico” (ESCUDERO, 2001, p. 132).

Desde mi punto de vista, las cosas no son para tanto. La separación de fijos periódicos y fijos discontinuos no hace más que acentuar la diferencia-

ción existente desde 2001 por lo que, en rigor, nada puede imputarse al legislador de 2001 si no es desde una perspectiva estética. Además, la profundización en tal diferenciación puede ser utilizada como criterio interpretativo para resolver algunos de los problemas tradicionales que se han planteado en este terreno. Por tanto, creo que, en este punto considerado aisladamente, no cabe hacer una descalificación global de la reforma. Otra cosa es, sin embargo, que no pueda dejar de pensarse que, puestos a afrontar la cuestión, debería haberse hecho con más contundencia, explicitando claramente las soluciones pretendidas y no confiándolas a la interpretación doctrinal y judicial, y, desde luego, tomando en consideración todas las variables existentes en ella –con consideración por tanto de la protección social de estos trabajadores–.

El legislador no lo ha hecho así. Y, por tanto, 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.

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo”, AEDTSS, *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, Madrid (M. Pons), 1995.

ALBIOL MONTESINOS, I., “Modificaciones en materia de extinción contractual”, en ALBIOL, I., CAMPS, L.M. y GOERLICH, J.M., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, Valencia (Tirant), 2001, pp. 73 ss.

ALFONSO MELLADO, C.L., *La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales*, Valencia (Tirant), 1999.

ALFONSO, *La primera reforma laboral del milenio*, Valencia (Colegio Graduados Sociales), 2001.

BALLESTER, I. y DE VICENTE, A., “La contratación temporal estructural. Modificaciones operadas por el RDL 5/2001, de 2 de marzo”, TS 124(1991)

BENEYTO CALABUIG, D., “La reforma laboral de 2001”, *RTSS (CEF)* 16(2001), pp. 61 ss.

CASAS BAAMONDE, M.E., “Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo”, *REDT* 100(2000), pp. 415 ss.

CAVAS MARTÍNEZ, F., “El contrato por tiempo indefinido de fijos discontinuos”, en SEMPERE, A.V. y otros, *La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo*, Pamplona (Aranzadi), 2001, pp. 61 ss.

CRUZ VILLALÓN, J., “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la ley 32/1984”, *RL* 1985-I, pp. 445 ss.

CRUZ VILLALÓN, J., “Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos”, *TS* 85(1998), pp. 32 ss.

DESDENTADO, A. y MERCADER, J., “La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial”, *RL* 19(1999), pp. 10 ss.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. “Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001”, *RL* 10(2001), pp. 99 ss.

GARCÍA ORTEGA, J., *Las relaciones laboral y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos*, Barcelona (Bosch), 1990.

GARCÍA ORTEGA, J., “Algunas consideraciones sobre la actual regulación del contrato fijo-discontinuo y propuestas para su reforma”, *RDS* 6 (1999), pp. 237 ss.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “El contrato a tiempo parcial”, *RL* 1994-I, pp. 308 ss.

GOERLICH PESET, J.M., “La reforma de la contratación laboral: tiempo parcial y contratos de duración determinada”, en ALBIOL, I., CAMPS, L.M. y GOERLICH, J.M., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, Valencia (Tirant), 2001, pp. 15 ss.

LÓPEZ GANDÍA, J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Valencia (Tirant), 1997.

MOLINA, C. y GARCÍA GIMÉNEZ, M., “Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo”, *Estudios financieros*. RTSS 16(2001), pp. 3 ss.

PURCALLA, M.A. y RIVAS, P., “Los contratos formativos y a tiempo parcial al amparo del nuevo régimen jurídico introducido por el RDL 5/2001 de 2 de marzo”, TS 124(2001).

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El principio de estabilidad en el empleo tras la promulgación del RDL 5/2001, de 2 de marzo”, *Estudios financieros RTSS*, 31(2001), pp. 3 ss.

ROQUETA BUJ, R., *El trabajo de los artistas*, Valencia (Tirant), 1995.

SALINAS MOLINA, F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial”, RDS 8(1999), pp. 8 ss.

TÁRRAGA POVEDA, J., “Otro paso discontinuo”, RDS 6(1999), pp. 225 ss.

TATAY PUCHADES, C., *Seguridad social y trabajo atípico*, tesis doctoral, Valencia, 2001.

YANINI BAEZA, J., *La contratación para trabajos fijos discontinuos*, Madrid (McGraw Hill), 1997.