



Los trabajadores de temporada, sus prestaciones sociales y la actividad económica en la Región de Murcia

número 7

2018
cesrm
cuadernos

*Cuadernos del Consejo
Económico y Social
de la Región de Murcia*

Los trabajadores de temporada, sus prestaciones sociales y la actividad económica en la Región de Murcia

**INFORME PARA EL CONSEJO ECONÓMICO
Y SOCIAL DE LA REGIÓN DE MURCIA**

José Tárraga Poveda

Abogado y Graduado social. Doctor en Derecho

Abril de 2018

**cesrm
cuadernos**



La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el C.E.S. incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que el Consejo se identifique con las mismas.

Se autoriza la reproducción total o parcial de obra, citando su procedencia.

© Copyright. 2018. Consejo Económico y Social de la Región de Murcia.
Edita y distribuye: Consejo Económico y Social de la Región de Murcia.
C/. Alcalde Gaspar de La Peña, 1 - 30004 Murcia.
www.cesmurcia.es

I.S.B.N.: 978-84-09-00763-9

Depósito Legal: MU 388-2018

Diseño, maquetación e impresión: Compobell, S.L. Murcia

Para la impresión de este libro se ha utilizado papel biodegradable y 100% reciclable, conforme al Sistema FSC/PEFC

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| RESUMEN EJECUTIVO | 7 |
| INFORME | 33 |
| INTRODUCCIÓN | 35 |
| 1. La anomalía del trabajo discontinuo | 35 |
| 2. Justificación del estudio y objetivos | 36 |
| <i>Capítulo I</i> | |
| TRABAJO ESTACIONAL Y CONTRATO FIJO DISCONTINUO | 39 |
| 1. El trabajo estacional | 39 |
| 2. El contrato de trabajo fijo discontinuo | 40 |
| 3. El principio de no discriminación | 43 |
| 4. Clases de fijos discontinuos | 48 |
| 5. Sujetos del contrato | 49 |
| 6. Formalidades | 53 |
| 7. La adquisición de la condición de fijo discontinuo | 54 |
| <i>Capítulo II</i> | |
| DIFERENCIA, CONCURRENCIA Y OCUPACIÓN | 59 |
| 1. Diferencias con otros contratos de trabajo | 59 |
| 2. Concurrencia con otros contratos de trabajo | 64 |

| | |
|---|----|
| 3. El derecho a la ocupación efectiva del fijo discontinuo..... | 65 |
| 4. La conjugación de los límites: el llamamiento | 71 |
| 5. El cese en el trabajo | 75 |

Capítulo III

| | |
|--|----|
| REDUCCIÓN DE LA ESTACIONALIDAD | 77 |
| 1. La anomalía del trabajo estacional y su corrección..... | 77 |
| 2. Fomento del empleo fijo discontinuo | 79 |
| 3. Reducción de la estacionalidad..... | 80 |
| 4. Reducción de la jornada máxima legal..... | 81 |

Capítulo IV

| | |
|--|-----|
| SEGURIDAD SOCIAL..... | 83 |
| 1. Seguridad Social y trabajo fijo discontinuo..... | 83 |
| 2. La integración en el sistema | 86 |
| 3. Afiliación, altas y bajas..... | 92 |
| 4. Cotización..... | 92 |
| 5. La protección dispensada y sus requisitos..... | 96 |
| 6. Mejoras voluntarias, responsabilidad y recargo..... | 102 |
| 7. Contingencias profesionales..... | 103 |
| 8. La Incapacidad temporal | 105 |

Capítulo V

| | |
|--|-----|
| SISTEMA ESPECIAL AGRARIO..... | 111 |
| 1. Antecedentes | 111 |
| 2. La integración en el Régimen General del Sistema especial agrario | 112 |
| 3. Sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios..... | 113 |
| 4. Ámbito de aplicación..... | 114 |
| 6. Cotización..... | 119 |
| 7. Acción protectora | 122 |

Capítulo VI

| | |
|--|---------|
| DESEMPLEO..... | 125 |
| 1. El desempleo estacional..... | 125 |
| 2. Peculiaridades..... | 127 |
| 3. Protección contributiva | 133 |
| 4. Protección asistencial..... | 134 |
| 5. Dinámica del derecho | 137 |
| 6. La protección por desempleo de los trabajadores agrarios..... | 139 |
| CONCLUSIONES | 141 |
| 1. Sobre el contrato de trabajo | 141 |
| 2. Sobre políticas de empleo..... | 143 |
| 3. Sobre Seguridad Social | 143 |
| 4. Sobre desempleo | 143 |
| 5. Regular cuatro en uno | 144 |

Resumen Ejecutivo

1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO Y OBJETIVOS

Como es bien sabido, una parte muy importante de la actividad económica de la Región de Murcia es actividad de temporada o campaña, tanto en la agricultura, como en la industria derivada de la agricultura, así como en los servicios relacionados con ella (transporte y envases fundamentalmente). Otra actividad con gran peso de la estacionalidad es el sector turístico y las actividades auxiliares del mismo. Las cifras oficiales de empleo y desempleo son el fiel reflejo de la acusada estacionalidad de nuestro sistema productivo con ciclos de contratación/desocupación que se repiten al son de las estaciones.

Es por ello que se ha elaborado este estudio, con el análisis de la situación actual en cuanto al régimen jurídico y la protección social de los trabajadores empleados en actividades de campaña o temporada, con las consiguientes conclusiones de *lege ferenda*, que puedan ser objeto de regulación normativa, bien en normas con rango de ley, bien en normas paccionadas.

En la Región de Murcia, que ha sido pionera en la materia, con regulaciones convencionales y decisiones judiciales que luego se han extendido a todo el Estado español, es el momento de que nos pongamos de nuevo manos a la obra de conseguir un tratamiento unificado del trabajo de temporada, su regulación y su protección social. Este estudio trata de ser un incentivo para ello, pues, en última instancia, corresponde a los agentes sociales (sindicatos, patronales) y al legislador la puesta en marcha de las normas que nos encaminen a la superación de los problemas hoy existentes en la regulación jurídica del trabajo de temporada o campaña. Por el eso el CES es la Institución adecuada para acoger este estudio, de acuerdo con los fines que le asigna la Ley 3/1993, de 16 de julio, del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia.

2. LA ANOMALÍA DEL TRABAJO DISCONTINUO

Para la elaboración del trabajo y sus propuestas finales, se ha partido de varias premisas fundamentales. La primera es la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE de la Constitución. La dispersión normativa, la falta de regulación jurídica clara es fuente de conflictos, cuando no de discriminaciones infundadas,

que corresponde solucionar al legislador o al negociador de convenios colectivos. Las propuestas de este trabajo tienen como finalidad dotar de seguridad jurídica al régimen jurídico del trabajo de temporada o campaña.

Pero para ello hay que partir de lo que consideramos una anomalía de nuestro Derecho del Trabajo y la Seguridad social, y por ende de nuestro sistema productivo, la existencia de trabajos en los que, por su propia naturaleza temporal y cíclica, no se puede asegurar el pleno empleo durante todos los días laborables del año ni a jornada completa. Si, como dice el art. 35.1 CE, “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”, es evidente que el trabajo a tiempo parcial o de temporada constituye una reducción de esos derechos, en proporción a su menor jornada, una reducción que es preciso corregir por parte de los poderes públicos con el concurso de los agentes sociales.

Y esa corrección debe venir desde la aplicación de regulaciones jurídicas que eliminen tratos discriminatorios aplicando el art. 14 CE hacia el colectivo y por implementación de los principios rectores de la política social y económica. En primer lugar, los dictados del art. 40.1 CE, que ordenan una “política orientada al pleno empleo”, y, en segundo lugar, los dictados del art. 41 CE, que ordena mantener a los poderes públicos “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”.

Son esos principios, enfocados desde el art. 14 CE, los que orientan la realización de este estudio al abordar las relaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores de temporada y campaña y realizar las propuestas finales del mismo. Un estudio que toma como base los textos legales existentes y la lectura que de los mismos vienen haciendo nuestros tribunales.

3. EL TRABAJO ESTACIONAL

Antes de nada, el estudio delimita el concepto de trabajo de campaña o temporada y el trabajador que se ocupa en ellas. Si hay algo cíclico son las estaciones. Ese ciclo continuo (primavera, verano, otoño, invierno) determina que una parte del trabajo humano se desarrolle por campañas o temporadas. Esto ocurre tanto en la agricultura, la ganadería o la pesca como en sus industrias transformadoras y comercializadoras. Y, aún más allá, en las actividades de servicios relacionados con los ciclos educativos o de descanso de la población. En todas esas labores, frente al clásico trabajador a jornada completa durante todo el año que nace con la revolución industrial, aparece otro que sólo presta servicios en determinados

periodos del año. Es el trabajador fijo discontinuo, también llamado en otros lugares y en otros tiempos, trabajador de campaña, temporada, costera o zafra.

A diferencia del trabajo a tiempo parcial, que ha recibido una especial atención por parte de la OIT (Convenio 175 y Recomendación 182) y de la Unión Europea (Directiva 97/81/CE), el trabajo por temporadas o campañas sufre de falta atención, sin que haya dado lugar a instrumentos normativos uniformadores, pese a algún intento fallido. Es más, alguna vez se le ha configurado, incluso en nuestro derecho, como una especie del trabajo a tiempo parcial, cuando lo cierto es que ambos obedecen a realidades socioeconómicas muy dispares, pese a compartir el rasgo común de no ser trabajos a tiempo completo.

No obstante, entre nosotros, el trabajo fijo discontinuo goza de larga tradición y está regulado por la ley (art. 16 ET) y los convenios colectivos. Pese a que estuvo al borde de la extinción, hoy goza de una creciente implantación en las actividades de temporada o campaña y se extiende a otros sectores, como el trabajo a llamada de la era digital, en los que por su intermitencia en la prestación de servicios se acude al *llamamiento para el trabajo*.

4. EL CONTRATO DE TRABAJO FIJO DISCONTINUO

Teniendo en cuenta que el trabajo estacional implica que la actividad productiva se realice por ciclos anuales de actividad-inactividad, se plantea la duda inicial de qué vínculo laboral es el apropiado. Que el contrato de trabajo que se instrumente para realizar esa labor cíclica sea fijo o temporal es una opción de política legislativa, pues el mismo hecho, la finalización de la campaña o temporada, puede obrar como causa extintiva de la relación (contrato eventual o para obra o servicio determinado, por temporada, campaña o zafra) o como causa suspensiva del contrato que vuelve a reiniciarse en el siguiente ciclo productivo (contrato fijo periódico, discontinuo o intermitente).

Y esta es la opción que ha escogido de nuestro derecho, de forma titubeante y tras una lenta y discontinua evolución. Una elección con escasos precedentes en el derecho comparado, donde la regla suele ser la celebración de contratos temporales por temporada o campaña, pero no de contratos fijos de temporada o campaña.

Entendido, unas veces como un agregado de contratos eventuales de campaña o temporada encadenados (lo que le dotaba de fijeza, aunque discontinua), y otras como una variedad de trabajo a tiempo parcial (por no prestar servicios durante todos los días laborables del año), lo cierto es que el trabajo fijo discontinuo constituye una variedad autónoma y típica de prestación de servicios laborales. En la actualidad se halla regulado en los artículos 12.3 y 16.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Para la doctrina judicial, la singularidad de los trabajos que constituyen el objeto del contrato de trabajo fijo periódico o discontinuo no sólo consiste en que no se realizan todos los días laborales del año, sino en que, además, se reiteran con periodicidad cíclica, alternando períodos de actividad con otros de inactividad, lo que supone que no se desarrollan uniformemente a lo largo de todo el año, sino de forma intermitente o por ciclos. En el *nomen iuris* (fijo discontinuo) va implícita esa definición, por cuanto se trata de un contrato *fijo* en atención a su duración, pero *discontinuo* por la forma de prestación de servicios, que no es de tracto sucesivo, sino intermitente.

No existe un único camino para adquirir la condición de fijo discontinuo. Aunque la vía más directa es concertar un contrato de trabajo de esta naturaleza, hay otras vías, ya que también se puede llegar a ser trabajador fijo discontinuo por declaración de fraude en la contratación temporal (lo que resulta harto frecuente) y por conversión de un contrato a tiempo completo en otro discontinuo (menos frecuente).

En cuanto a los sujetos del contrato, se acepta, ya sin polémica, que el trabajador discontinuo puede emplearse en empresa agrícola, lejos de las iniciales resistencias que opuso la jurisprudencia. Y es que, si hay algo cíclico y reiterado son las temporadas de trabajo en el campo. Igualmente las Administraciones Públicas pueden contratar a fijos discontinuos para sus actividades intermitentes.

La polémica está hoy en la contratación de trabajadores fijos discontinuos por Empresas de Trabajo Temporal. Para algún tribunal es legal, “por cuanto no la prohíbe el artículo 10 de la ley 14/1994” (SSTSJ Madrid 29-04-2003, AS 3268; Murcia 12-06-2016, rec. 58/2016). Para otros no, por la propia naturaleza del trabajo discontinuo y por falta de previsión legal (STSJ Cataluña 10-06-2003, AS 2603). Parece acertada la doctrina del TSJ de Murcia que en su sentencia de 19-07-2017, rec. 366/2017, dice que “el contrato de trabajo por tiempo indefinido fijo-discontinuo solo puede ser concertado por aquellas empresas que, por las características de su actividad, no tienen actividad productiva durante todos los días del año, sino que la misma se produce con carácter intermitente o cíclico. Esta característica no concurre en las empresas de trabajo temporal, si bien si puede concurrir en alguna de las empresas usuarias”.

Las organizaciones patronales y sindicales de la Región de Murcia vienen coincidiendo en la conveniencia de que, en el sector agroalimentario, los trabajadores fijos discontinuos pueden ser contratados por Empresas de Trabajo Temporal para su posterior puesta a disposición de empresas usuarias, dada la discontinuidad de sus servicios y la estabilidad en el empleo que el contrato fijo discontinuo supone. Para ello sería deseable que, por norma legal, se estableciese si el trabajo fijo discontinuo puede ser objeto de puesta a disposición por Empresas de Trabajo Temporal.

5. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Como se expone a lo largo del estudio, los avances que se han producido en la regulación del trabajo fijo discontinuo son en gran parte obra de la jurisprudencia que, con base en el principio constitucional de no discriminación (art. 14 CE) han sentado criterios que han debido acoger los convenios colectivos y la ley. Actuación que no sólo ha afectado a las leyes sustantivas del contrato de trabajo sino a la protección de Seguridad Social. Por ello, para cualquier propuesta sobre el trabajo de temporada se impone una referencia a la aplicación del principio de no discriminación en su ámbito subjetivo en el que, por cierto, abunda la mano de obra femenina y es muy fuerte la tentación de la discriminación indirecta.

La Constitución reconoce el derecho al trabajo de todos los españoles (art. 35.1). Si, en general, el trabajo es un bien escaso, en las actividades estacionales es escaso por naturaleza: los empleados fijos periódicos o discontinuos disfrutan de su constitucional derecho al trabajo de forma parcial. ¿Constituye una discriminación infundada? En principio parece que no, pues el derecho al trabajo es un derecho de configuración legal (STC 22/1981, de 20 julio), que sólo se puede disfrutar en la medida en que no sólo la ley, sino fundamentalmente las condiciones económicas y sociales lo permitan. Y la ley admite que se trabaje a tiempo parcial y discontinuamente (arts. 12 y 16 ET).

Pero aunque es cierto que la contratación como fijo discontinuo no supone en si mismo ninguna discriminación, al menos se ha de admitir que aboca a un disfrute parcial de otros derechos, fundamentalmente el de una remuneración suficiente (art. 35.1 CE) y el pleno empleo (art. 40.1 CE). Derechos que para los trabajadores son la puerta de entrada a otros derechos destinados a satisfacer sus necesidades y las de sus familias. Quien trabaja parcialmente sólo disfruta parcialmente de sus derechos laborales y, con ellos, de sus derechos sociales y económicos. Y esto, aunque esté justificado por razones sociales y económicas, aboca a condiciones y situaciones distintas a las de los trabajadores a tiempo completo. Por ello, en la búsqueda de actuaciones no discriminatorias, la lucha contra la parcialidad o la discontinuidad en el empleo hay que enmarcarla en el *desideratum* constitucional que encomienda a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sea real y efectiva (art. 9.2 CE); pues, sin duda, la discontinuidad en el empleo es uno de los obstáculos que impiden y dificultan la participación de todos en la vida económica y social.

En todo caso, la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de declararse en sentido contrario a la discriminación de los trabajadores fijos discontinuos, con

apoyo en el artículo 14 CE y en los Convenios 111 y 117 de la OIT, que prohíben toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable. Así la STC 52/1987, de 7 mayo, se pronunció contra la exclusión del convenio colectivo de los eventuales y los fijos discontinuos, que tenían condiciones de trabajo, fundamentalmente salariales, inferiores a las del resto del personal, sin razón objetiva y razonable que justificara el trato desfavorable.

Más tarde se ha dicho que, aunque la duración del contrato no es un dato o factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias en las condiciones de trabajo (STC 136/1987), resulta discriminatorio fijar distinta cuantía en las pagas extras atendiendo a la condición de eventual, fijo discontinuo o fijo (STC 177/1993, de 31 mayo). Y que la modalidad de adscripción no puede, por sí misma, justificar el distinto tratamiento retributivo de estos grupos de trabajadores, ya que su impacto o resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, "proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad" (STC 177/1993).

Precisamente, en la aplicación del principio de no discriminación resulta adecuado, en ocasiones, la regla de la proporcionalidad: *pro rata temporis*. Y, en efecto, la regla de la proporcionalidad de los derechos derivados de un trabajo parcial o discontinuo, es uno de los aspectos de la igualdad (STC 177/1993). Una regla que hay que tener en cuenta al hablar de salarios, tiempo de trabajo o indemnizaciones.

Igualmente, al tratar de discriminación en las actividades de campaña o temporada no hay que olvidar un hecho relevante: la alta presencia de empleo femenino en los sectores en los que se contrata a tiempo parcial, en general, y discontinuamente, en particular. Ello conduce a la formulación de la llamada *discriminación indirecta* y la aplicación de los principios correctores de la misma.

6. EL DERECHO A LA OCUPACIÓN EFECTIVA DEL FIJO DISCONTINUO

Por definición, el derecho al trabajo, a la ocupación efectiva (art. 4.2.a ET), de los trabajadores fijos discontinuos no es un derecho pleno, sino limitado, por cuanto la discontinuidad es elemento constitutivo del contrato. Esos límites son el temporal (el tiempo de trabajo que delimita la campaña o temporada), el límite objetivo (las actividades propias de campaña o temporada) y el límite subjetivo (los derechos de otros trabajadores fijos discontinuos, los eventuales y los fijos a tiempo completo). La conjugación de esos límites se hace mediante la institución jurídica del *llamamiento*.

En efecto, si hay una institución propia del contrato de trabajo fijo discontinuo es, sin lugar a dudas, la del *llamamiento*, de tal manera que podemos decir que, si

a lo largo del año el trabajador precisa de llamamiento para realizar su actividad laboral será fijo discontinuo y, por el contrario, si no hay llamamiento no es fijo discontinuo.

El convenio colectivo, de acuerdo con la encomienda que le realiza el artículo 16.2 ET, debe precisar el orden y la forma en que serán llamados los trabajadores fijos discontinuos. El derecho al llamamiento y el correlativo deber empresarial de formalizarlo se convierte así en un derecho subjetivo del trabajador fijo discontinuo, la forma en que se modaliza su derecho a la ocupación efectiva.

Existe una obligación empresarial de llamamiento, en la forma en que determinen los convenios colectivos, y un derecho del trabajador a ser llamado. Es la cláusula obligacional típica del contrato fijo discontinuo. Esto constituye, ciertamente, una limitación del poder de dirección empresarial (arts. 5 y 20 ET), pues la configuración del llamamiento como un derecho atribuido subjetivamente al trabajador veda al empresario la posibilidad de recurrir a otros medios de organización del trabajo que, garantizándole igual volumen de actividad, le permitan retrasar el llamamiento.

Justamente por eso, el derecho de llamada del trabajador y el correlativo deber de convocatoria del empresario tiene una garantía: la posibilidad de accionar por despido si no se produce (art. 16.2 ET), despido cuya finalidad es la de garantizar que la empresa cumpla con su obligación legal. Y si el trabajador no atiende la llamada, fenece el vínculo laboral por desistimiento. De esta manera, el derecho a la ocupación efectiva del trabajador discontinuo queda sujeto a control judicial.

Llamamos a los convenios colectivos, y por ende a la ley, para que se regulen el derecho al llamamiento por medios electrónicos, la obligación del trabajador de facilitar su domicilio electrónico (como facilita el físico) y el deber de la empresa de formalizar el llamamiento por estos medios. Con la extensión del trabajo a llamada y el uso de los medios electrónicos para las comunicaciones, el convenio que no regula estas materias se puede calificar de un convenio del siglo pasado.

Aunque nada dice el Estatuto de los Trabajadores, es evidente que la existencia del trabajo por campañas o temporadas no sólo comporta el llamamiento a los trabajadores cuando se inician sus labores, sino también el cese cuando terminan. Esta materia, por lo tanto, también está deslegalizada, siendo los convenios colectivos los llamados a fijar el orden y la forma en que se produce el cese por fin de temporada o campaña o, incluso, por interrupción de ésta. Es válida también cualquier forma de comunicación verbal o escrita.

7. LA CORRECCIÓN DE LA ANOMALÍA DEL TRABAJO ESTACIONAL

Si aceptamos que la anomalía del trabajo estacional debe corregirse, se ha de hacer mediante el desarrollo de los principios rectores de la política social y económica que establece la propia Constitución y que nos dibuja, al menos, dos líneas de actuación.

En primer lugar, siguiendo los dictados del art. 40.1 CE, que ordenan una “política orientada al pleno empleo”. Como el trabajo por temporadas o campañas no es pleno empleo, sino empleo parcial, es evidente que los poderes públicos están llamados a actuar para corregir la parcialidad de tantos empleos y acercarlos a la jornada completa. Actuación que debería ir en un doble sentido: a) Reducción de la jornada máxima legal; b) Ampliación de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial o de temporada y campaña.

En segundo lugar, como línea de actuación pública para corregir la anomalía del trabajo parcial, se han de aplicar los dictados del art. 41 CE, que ordena mantener a los poderes públicos “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. Por definición, un trabajador a tiempo parcial es un parado parcial; un trabajador de temporada o campaña es un desempleado por temporadas o campaña. Si no se garantiza el pleno empleo, se ha de acudir a paliar sus efectos, especialmente en la situación de desempleo que es congénita al trabajo a tiempo parcial o por temporadas y campañas.

Por eso, nos atrevemos a enunciar en el estudio un principio de política social para el trabajo estacional: su reducción. Una reducción la de la estacionalidad que beneficia a todos: los trabajadores, que se emplean más; los empresarios, que utilizan mejor sus recursos; la sociedad, que se beneficia de esos bienes y servicios.

La reducción de la estacionalidad debe ser un objetivo de política de empleo en las actividades de campaña o temporada por los indudables beneficios que genera, tanto directos como indirectos. Tiene sólidos anclajes constitucionales. Por un lado, en el artículo 9.2 CE, que conmina a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Por otro, en el artículo 40 CE, que ordena a los poderes públicos realizar, de manera especial, “una política orientada al pleno empleo”. Cuando haya *pleno* empleo no habrá empleo parcial o discontinuo, ni por campañas o temporadas.

8. SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO FIJO DISCONTINUO

De acuerdo con el art. 245.1 de la Ley General de la Seguridad Social *“la protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo”*. Se aclara en el apartado 2 del citado art. 245, para que no haya lugar a dudas sobre el ámbito subjetivo del principio, que las reglas sobre protección social de los trabajadores a tiempo parcial *“serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, de relevo a tiempo parcial y contrato fijo-discontinuo”*.

Pero es la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, la que ha dado lugar a las grandes transformaciones legales que, en el ámbito de la Seguridad Social, ha experimentado en los últimos tiempos el régimen jurídico de los trabajadores fijos discontinuos y a tiempo parcial. Según dispone su art. 4, *“el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente”*, particularmente en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones, y el cálculo de las prestaciones.

Ya el Tribunal Constitucional, en sentencia 253/2004, de 22 de diciembre (seguida por las 49 y 50/2005), había declarado inconstitucional y nulo el párrafo segundo del art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto establecía que para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarían exclusivamente las horas trabajadas.

El replanteamiento definitivo lo provoca la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11, *Elbal Moreno*), dictada a propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, que analizó el caso de una trabajadora, limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, en jornada parcial de 4 horas a la semana, es decir el 10 por 100 de la jornada legal en España, a la que se le denegó la pensión de jubilación por la Entidad Gestora, en aplicación de la normativa correspondiente. Declaró el Tribunal que *“el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa*

mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”.

Poco después, el Tribunal Constitucional, aplicando esa doctrina a una cuestión que se le había planteado diez años antes, en sentencia 61/2013, de 14 de marzo (seguida por otras muchas, 71 y 72, 116 y 117/2013), declara inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, sobre cómputo de cotizaciones para los trabajadores a tiempo parcial.

Ante la situación de vacío que provoca la sentencia, el Gobierno llega a un pronto acuerdo con los interlocutores sociales, el 31 de julio de 2013, sobre “mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, que es la base del RDL 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial, cuya normativa figura en el art. 245 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El otro gran cambio sucede en el ámbito de los trabajadores agrícolas, cuyo Régimen Especial, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, se deroga definitivamente por la ley 28/2011, de 22 de septiembre. Recordemos que una parte del REASS estaba ya con el de autónomos, desde el 1 de enero de 2008, siguiendo los dictados de la ley 18/2007, de 14 de julio, que estableció, dentro del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios. Con la parte de empresas y trabajadores subsistentes del REASS, se crea el Sistema Especial Agrario dentro del Régimen General de la Seguridad Social (art. 252 y ss., LGSS), en el que se integran desde 1-01-2013.

Nuestro sistema de Seguridad Social incluye a los trabajadores fijos discontinuos en su campo de aplicación. Así lo dispone tanto la base segunda (5.a) de la vieja ley 19/1963 (que alude a trabajadores de temporada, contraponiéndolos a los eventuales y fijos), como el artículo 7.1.a del Real Decreto Legislativo 1/1994, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social que, con algo más precisión, pero sin más claridad, hablaba de trabajadores “de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo”, como repite el más reciente texto refundido, el de 2015, que repite el precepto en su mismo artículo 7.1.a): “*trabajadores por cuenta ajena, ... bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo*”.

Pero luego el trabajo discontinuo se encuentra disperso en el Régimen General, y dentro de éste en los diversos sistemas especiales, a los que alude el artículo 11 LGSS, siendo el Sistema Especial Agrario el más reciente. Esta dispersión, se ha declarado constitucional: “la existencia de regímenes jurídicos diferentes no implica lesión del principio de igualdad por discriminación” (ATC 123/1984, de 29 febrero). Pero no deja de ser, cuando menos, disfuncional. No existe un tratamiento uniforme de la discontinuidad en el trabajo por la Seguridad Social. La regla es la dispersión normativa para una modalidad contractual que presenta las mismas peculiaridades para su inclusión y mantenimiento en el sistema y, desde luego, en sus situaciones de necesidad. Lo loable sería un tratamiento unitario para todos los fijos discontinuos.

El tratamiento más específico que la Seguridad Social ha dado a los trabajadores fijos discontinuos ha sido, sin lugar a dudas, el de los sistemas especiales. Y la prueba más evidente la tenemos en el reciente recurso al Sistema Especial para regular las peculiaridades de los trabajadores agrícolas cuando se decide que desaparezca el Régimen Especial Agrario por la Ley 28/2011, de 22 de septiembre. La notable dispersión de sistemas especiales aconseja su unificación.

En cuanto a afiliación, altas y bajas, lo específico de los trabajadores fijos discontinuos de campaña son las intermitencias que conlleva el desempeño de su actividad, la cadena continua de llamamientos y ceses. Unas intermitencias que afectan a todos los empleados de campaña y dan lugar a altas y bajas colectivas cada vez que se interrumpe el trabajo. Estos problemas apenas han sido tomados en cuenta por el legislador para darles el tratamiento que merecen.

En cuanto a cotización, rige la asimilación a los trabajadores a tiempo completo, cotizándose por los salarios percibidos. Se aplican reglas de proporcionalidad: tanto ganas, tanto cotizas. Según dispone el art. 246 LGSS, la base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias. Esa base no puede ser inferior a las cantidades que se determinan reglamentariamente cada año.

Resulta ensalzable que los trabajadores fijos discontinuos, con el resto de fijos, no sufran la penalización en la cotización por desempleo que tienen los contratos temporales (art. 106.10.2 LPGE 2017), por el hecho de ser contratos fijos, incluyendo los de tiempo parcial, y como una forma indirecta de incentivarlos. Mas, en atención a que los fijos discontinuos incurrir de forma permanente (discontinua) en una situación de necesidad protegida (el desempleo), estaría justificado y sería razonable una mayor contribución, de los trabajadores y empresas, al sistema por esta contingencia, lo que hasta ahora, no se ha tomado en consideración.

Más, en razón a las intermitencias que su trabajo comporta, la cotización de los trabajadores fijos discontinuos plantea algunos problemas. Es evidente que se cotiza por el tiempo de trabajo efectivo, y también por las partes proporcionales de sábados, domingos, festivos y vacaciones; aplicando también aquí la regla del tratamiento paritario con el fijo continuo, debiéndose cotizar y computar los tiempos de descanso computables como de trabajo efectivo.

9. LA PROTECCIÓN DISPENSADA Y SUS REQUISITOS

En general, las situaciones de necesidad que protegen los sistemas de Seguridad Social son de carácter continuado, sean definitivos (muerte, incapacidades permanentes, vejez) o temporales (incapacidad temporal, desempleo). No existen situaciones de necesidad protegidas de carácter discontinuo que se presenten intermitente o cíclicamente. La única excepción es precisamente una situación de necesidad típica del trabajador de campaña o temporada: el desempleo estacional. Por todo eso, cabe preguntarse si quien trabaja a ráfagas y contribuye discontinuamente al sistema tiene impedimentos para gozar en plenitud de su acción protectora.

De los requisitos generales establecidos para tener derecho a las prestaciones del sistema (art. 165 LGSS), los fijos discontinuos gozan de normas especiales tanto para la situación de alta, como para la de los períodos de cotización exigibles con carácter general y el cómputo de sus cotizaciones. No en vano, quien trabaja discontinuamente, no siempre está en alta, ni genera los mismos periodos cotizados que si prestase servicios a tiempo completo.

Estas normas están facilitadas para que los trabajadores discontinuos puedan acceder a las prestaciones y suponen una notable mejora respecto de la situación anterior, en especial con relación a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente.

Por ello, el art. 245 LGSS sienta tres importantes reglas sobre el cómputo de los periodos de cotización de los trabajadores fijos discontinuos, que comparten con los trabajadores a tiempo parcial, y que se basan, fundamentalmente, en la introducción del denominado coeficiente de parcialidad, tomando en consideración la parcialidad del trabajo realizado en comparación al trabajador a tiempo completo.

El coeficiente se aplica tanto para el cálculo del período de cotización exigido para causar derecho a las prestaciones como en la determinación de la cuantía de las de jubilación e incapacidad permanente. La finalidad del coeficiente de parcialidad es la de corregir para las prestaciones sociales la discriminación inicial que sufren los trabajadores fijos discontinuos por su falta de plena ocupación con una regla de equidad: se multiplica lo cotizado por lo que se redujo la jornada para equipararlo al trabajador a tiempo completo.

En cuanto a la cuantía de las prestaciones, el art. 248 LGSS establece la regla de cálculo conforme a la norma general para las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente, con las excepciones de la incapacidad temporal (se toma la base de los últimos tres meses), la maternidad y la paternidad (se toma el último año).

En el ambiente de los discontinuos la incapacidad temporal es una prestación muy polémica, al igual que ocurre con el desempleo. Ambas son prestaciones cortas, que se abonan durante todo el tiempo de contingencia protegida y que han dado lugar a una legislación específica, aplicada de forma desigual por los tribunales y las administraciones; que en más de una ocasión ven tentaciones de lucro en su percepción.

En principio, sobre la prestación en general, parece que se debería aplicar la regla de no discriminación. El subsidio de incapacidad temporal se percibirá por el trabajador mientras precise asistencia sanitaria y esté impedido para el trabajo, durante los plazos legales, sin distinción alguna entre trabajadores fijos o trabajadores de temporada o discontinuos; y siendo ello así y principio consagrado el que no se debe distinguir allí donde la ley no distingue, máxime teniendo en cuenta que las prestaciones de Seguridad Social tienen por finalidad preferente cubrir aquellas contingencias sufridas por los trabajadores, antes que ser una contraprestación a la cuantía de los abonos realizados por los mismos. Por otra parte aunque ciertamente es previsible que el trabajador de temporada quede sin recibir salario una vez concluida la misma, no puede desconocerse que este hecho es normalmente un triste tributo que el trabajador ha de pagar al tremendo mal social del paro y por ende contrario a la voluntad y disposición del trabajador al que es improcedente gravar con una nueva limitación consistente en que durante su enfermedad quede nuevamente discriminado pues no sólo no tiene empleo, sino que no puede obtenerlo aunque se lo ofrezcan por estar impedido, ni obtiene el subsidio a que su carencia y afiliación le dan derecho.

Para al cómputo de los periodos de cotización se aplica el coeficiente de parcialidad (art. 247 LGSS), pues se incluye expresamente a la prestación de incapacidad temporal, maternidad y paternidad en su regulación. No obstante, en caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Y si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral (art. 247.b LGSS).

La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de incapacidad temporal (248.1c LGSS).

Es decir, sobre la duración y el pago del subsidio de la incapacidad temporal, no hay regla de proporcionalidad, y es la común de la Ley General, pues no queda condicionada por la duración del contrato o su forma de prestación.

Ahora bien, la seguridad jurídica aconseja que los criterios sobre pago y cuantía de la IT, dentro y fuera de temporada, establecidos en muchos casos por reglas administrativas, se fijen de forma clara en la norma legal sin que se tengan que llenar las excesivas lagunas existentes con disposiciones reglamentarias, en muchos casos con dudoso anclaje legal.

10. LA INTEGRACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA ESPECIAL AGRARIO

Con fundamento en la encomienda del Pacto de Toledo de 1995, sobre simplificación de los regímenes de la Seguridad Social, el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 entre el Gobierno y los agentes sociales, realizó un diagnóstico de la realidad del sector agrario y articuló un plan de actuaciones paulatinas y progresivas dirigido a modernizar y adecuar el marco de protección social de los trabajadores del campo por cuenta ajena.

A tal fin se acordó su integración en el Régimen General de la Seguridad Social y la creación, dentro de éste, de “un *sistema especial* que permitiera avanzar en la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores y que evitara un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias, con un amplio período transitorio de adaptación y el establecimiento de beneficios en materia de cotización para incentivar la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos, con el objetivo de hacer compatible la mejora de las prestaciones de los trabajadores y la contención de los costes empresariales” (la cursiva es mía), conforme se lee en el preámbulo de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

Con este sistema especial, según se expone en el preámbulo de la ley, se pretendía “la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores y que evitara un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias, con un amplio período transitorio de adaptación y el establecimiento de beneficios en materia de cotización para incentivar la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos, con el objetivo de hacer compatible la mejora de las prestaciones de los trabajadores y la contención de los costes empresariales”. Es decir, se busca la integración en el Régimen

General, pero se es precavido al establecer un largo periodo de adaptación, en especial en cuanto a las cotizaciones empresariales, que es de 20 años.

La afiliación y las altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores agrarios por cuenta ajena se tramitarán en los términos, plazos y condiciones establecidos en los artículos 139 y 140 LGSS y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo, a los que remite la norma específica del SEA (art. 254 LGSS). Pero, como se trata de trabajadores que han de ser llamados al trabajo continuamente y a veces con urgencia, se añade, como peculiaridad propia del encuadramiento, que sin perjuicio de lo previsto en la previsión general de la ley, “de contratarse a trabajadores eventuales o fijos discontinuos el mismo día en que comiencen su prestación de servicios, las solicitudes de alta podrán presentarse hasta las doce horas de dicho día, cuando no haya sido posible formalizarlas con anterioridad al inicio de dicha jornada” (art. 254 LGSS). No obstante, si la jornada de trabajo finalizase antes de las doce horas, las solicitudes de alta deberán presentarse antes de la finalización de esa jornada.

En materia de cotización se aplica la regla general de la equiparación con los demás trabajadores del Régimen General (art. 255.1 LGSS). Pero también resulta inevitable establecer una serie de peculiaridades, por lo que se diferencia entre los periodos de actividad y los periodos de inactividad. La aplicación directa de las bases y tipos de cotización al Sistema especial agrario de las contempladas en el Régimen General hubiera ocasionado serios problemas al sector, especialmente a los empresarios, con las inevitables secuelas que ello hubiera ocasionado sobre el consumo y el empleo. Por eso se dice en el preámbulo de la Ley 28/2001, que “en atención a las especiales circunstancias del sector agrario y respecto a la cotización durante los periodos de actividad en el nuevo Sistema Especial, la disposición adicional segunda permite la aplicación paulatina de las bases máximas y del tipo de cotización a cargo del empresario”. Y, en efecto, la disp. adicional segunda de la Ley 28/2011, en precepto recogido en el texto refundido de la LGSS de 2015 (disp. transitoria decimoctava) regula la aplicación paulatina de las bases y tipos de cotización y de reducciones en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en periodo que abarca desde 2012 a 2031. Un largo periodo transitorio de veinte años, pero que alguna vez llegará a su final.

Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con alguna de las peculiaridades que se especifican en la ley (art. 256.1 LGSS) y que se refieren a estar al corriente del pago de las cotizaciones correspondientes a los periodos de inactividad de las que sean responsables y otras cuestiones que se abordan en el estudio.

11. EL DESEMPLEO ESTACIONAL

El reverso del trabajo de temporada es el desempleo de temporada, esto es, el desempleo estacional. Tan típico como el trabajo de campaña es el desempleo de campaña. El estudio del trabajo fijo discontinuo quedaría incompleto si no se abordase la protección de sus momentos de ausencia del trabajo, bien para reducir esos días sin ocupación, bien para darle protección social

Desempleo *estacional* es el que tiene por causa las variaciones estacionales de empleo producidas por condiciones climáticas, la moda o los usos y costumbres sociales. Se opone al desempleo estructural, el propio de las crisis económicas o reconversiones, y al desempleo *friccional*, derivado de los propios ajustes del mercado laboral en su movilidad interna. El desempleo estacional se trata de un fenómeno mal medido en la Encuesta de Población Activa, pero de reflejo real en las cifras de desempleo, como lo prueba su acusada estacionalidad.

El desempleo discontinuo es, pues, como el propio contrato, un fenómeno cíclico y temporal. No es un desempleo parcial, ya que el desempleado de temporada lo está a tiempo completo, sino de un desempleo total (art. 262.2 LGSS), pues el discontinuo cesa totalmente en su ocupación al finalizar o interrumpirse su actividad.

Como medida contra el desempleo estacional, la *emigración de temporada o golondrina* constituye su forma más primitiva de solución. La acusada estacionalidad de determinadas faenas de campaña o temporada conlleva unas exigencias puntuales e intensivas de mano de obra, más acusada en la agricultura, pero también evidente en la industria y los servicios, donde es patente su presencia en quienes se dirigen hacia las zonas turísticas buscando el sol del trabajo temporero. Desde hace mucho tiempo esta circunstancia ha dado lugar a movimientos migratorios de mano de obra conocidos como emigración golondrina o de temporada. Trabajo de temporada y emigración de temporada son casi sinónimos. Plantea numerosos problemas, no sólo de índole laboral o asistencial, que apenas son objeto de atención por el mundo del Derecho, y eso pese a que el Convenio 88 de la OIT, sobre servicios de empleo, encomienda a los Estados “facilitar los traslados temporales de una región a otra, a fin de atenuar el desequilibrio local y momentáneo entre la oferta y la demanda de mano de obra”.

En cuanto al desempleo protegido, la característica fundamental de los trabajadores fijos discontinuos a efectos de la protección por desempleo consiste en que, aparte de las causas generales de pérdida o reducción del empleo, se produce una específica: la terminación de la actividad intermitente o cíclica, que abre una situación temporal de desempleo hasta el comienzo del nuevo período de actividad. La naturaleza cíclica del trabajo determina también el ciclo de ocupación/desocupación.

En nuestro derecho, el trabajador de temporada o campaña tiene protegido su desempleo específico (desempleo estacional) y el desempleo común. Y tiene derecho, si cumple los requisitos legales, tanto a la protección contributiva como a la asistencial. No obstante, hay que convenir con el Tribunal Constitucional, que el fijo discontinuo, mientras mantenga dicha condición, no es un desempleado, sino una persona vinculada por un contrato laboral vigente que se encuentra en situación de seguir causando derecho a nuevos períodos de cobertura en el nivel contributivo hasta la definitiva extinción de su relación laboral (STC 53/2004, de 15 abril).

Por eso se puede decir que la más notable peculiaridad del trabajador fijo discontinuo es que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato a tiempo parcial, tiene derecho a prestaciones de desempleo en los periodos de interrupción de su actividad laboral mientras está vigente su contrato de trabajo. Y es que, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, el problema del trabajador fijo discontinuo consiste en que para él existen dos hipotéticas situaciones legales de desempleo: una, por pérdida del trabajo objeto del contrato, y otra, por falta de ocupación efectiva entre los períodos de actividad (STC 53/2004, de 15 abril).

El trabajador fijo discontinuo tiene derecho a la prestación contributiva de desempleo, aplicando criterios de igualdad. Y para ello se computan los periodos de ocupación cotizada de acuerdo con la regla común que contiene el artículo 269 LGSS. Pero, a diferencia de lo que ocurre con la prestación contributiva, la duración del subsidio de los trabajadores fijos discontinuos no resulta de la aplicación de criterios igualitarios, sino proporcionales. En efecto, tanto por agotamiento de una prestación contributiva como por insuficiencia de cotización, la duración del subsidio *“será equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud”*, según se preveía inicialmente de forma reglamentaria (art. 8.3 RD 625/1985).

En todo caso, ¿está justificado que los fijos discontinuos tengan un subsidio de duración inferior a los demás trabajadores mientras esté viva su relación laboral? La respuesta que se ha dado es afirmativa y la razón legitimadora del trato desigual, que se concreta en una muy sensible disminución temporal del subsidio, se encuentra en el hecho de que se otorga a quienes mantienen su relación laboral y, por ende, su derecho a reincorporarse a la empresa cada vez que ésta reanude su actividad, frente al absoluto desamparo en que se encuentran los trabajadores cuyo contrato de trabajo se extingue definitivamente.

Los trabajadores fijos discontinuos no tienen derecho a los subsidios especiales para mayores de 45 y 55 años, de acuerdo con lo establecido en

el artículo 277.4 LGSS, “mientras mantengan dicha condición”. Pero sí tienen derecho una vez que están desocupados definitivamente, por extinción de su relación fija discontinua. ¿Está justificado este trato diferente? El Tribunal Constitucional no ha considerado discriminatorio que los trabajadores fijos discontinuos, mientras mantienen esta condición, no perciban el subsidio de mayores de 55 años (STC 53/2004, de 15 abril). Considera que es la diferente modalidad de la relación contractual el factor determinante para excluir a los trabajadores fijos discontinuos como beneficiarios del subsidio asistencial por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, subsidio que, al orientarse a asistir a los desempleados de cierta edad en su tránsito hacia la jubilación, permite que queden excluidos de su cobertura quienes son empleados, aun cuando sea con carácter discontinuo.

Como regla especial, que mejora la común del artículo 280.2 LGSS, referente a que durante la percepción del subsidio por desempleo de los mayores de 55 años la entidad gestora ingresará las cotizaciones correspondientes a las prestaciones de jubilación, el apartado 2 de dicho artículo añade que, cuando se trate de trabajadores fijos discontinuos y el beneficiario haya acreditado, a efectos de reconocimiento del subsidio, un período de ocupación cotizada de ciento ochenta días, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a la contingencia de jubilación, durante el período de sesenta días, a partir de la fecha en que nazca el derecho al subsidio por desempleo; y durante toda la percepción del subsidio una vez cumplida la edad de cincuenta y cinco años. En estos casos se toma como base el tope mínimo de cotización vigente en cada momento. Ello es mejorable por convenio especial.

En cada supuesto de nacimiento de una prestación, contributiva o asistencial, el trabajador fijo discontinuo, en atención al mayor o menor volumen de ocupaciones cotizadas que acredite, tendrá derecho a períodos más o menos largos de prestación de desempleo. Si trabaja durante casi todo el año, rellenará fácilmente con prestaciones contributivas los períodos en desempleo. Si trabaja poco, tendrá que acudir a las prestaciones asistenciales cuando agote las contributivas. En uno y otro caso, percibirá las prestaciones, tras su solicitud, por los períodos de tiempo en que carezca de ocupación efectiva, dentro o fuera de la temporada. Para ello comunicará al SPEE cada una de las interrupciones de su actividad, o la finalización de la temporada. También debe comunicar el reinicio de cada una de esas actividades.

Lo que se echa en falta es que reglamentariamente no se simplifique la inmensa burocracia que genera esa dinámica de altas y bajas en el trabajo (suspensión o reanudación de la prestación de desempleo, desde otro punto

de vista). La comunicación colectiva de altas y bajas, como se prevé en la Orden de 30 mayo 1991, ayudaría bastante a simplificar el asunto. En todo caso, el empresario deberá remitir a la correspondiente Oficina de empleo relación nominal de los trabajadores fijos discontinuos que sean llamados al trabajo, con indicación de las fechas de reincorporación (art. 6.5 RD 625/1985). También parece que deberá remitir dichas relaciones cuando los cese.

12. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS

Respecto de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial Agrario se regula la protección por desempleo en el art. 286.1 LGSS con la regla igualitaria de que “la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena agrarios fijos y fijos discontinuos se aplicará conforme a lo establecido con carácter general”.

La cuantía y duración de la prestación en la prevista con carácter común, con la única salvedad de que, “no cotizarán por la contingencia de desempleo, ni tendrán derecho a las prestaciones por desempleo por los períodos de actividad correspondientes, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, del titular de la explotación agraria en la que trabajen siempre que convivan con este, salvo que se demuestre su condición de asalariados” (art. 287.1.a, 1ª LGSS), disposición compartida con los eventuales.

Se supera así situaciones precedentes en las que a los fijos discontinuos agrícolas por cuenta ajena se les había negado el derecho a percibir las prestaciones por desempleo, tanto en el nivel contributivo como en el asistencial, en el período de inactividad laboral que media entre la conclusión de una campaña y el inicio de la siguiente.

No obstante, la propia LGSS regula el subsidio específico de los trabajadores eventuales del campo en su art. 287 y más específicamente todavía el de los residentes en Andalucía y Extremadura con prolija regulación (art. 288) cuyo resultado es, a nuestro entender una mayor protección del eventual frente al fijo discontinuo, lo que lleva al rechazo de la modalidad contractual del fijo discontinuo en el ámbito donde se aplica, por su menor nivel de protección asistencial. Recordemos que dicha modalidad de subsidio fue declarada constitucional por STC 90/1989, al considerar que no se discriminaba a los eventuales agrícolas de la Región de Murcia al excluirlos del subsidio que se percibe en Andalucía y Extremadura en razón a la alta tasa de paro agrario en estas comunidades.

13. CONCLUSIONES

De lo expuesto a lo largo del estudio se han destilado las siguientes conclusiones:

1. Sobre el contrato de trabajo

a) *La necesidad de un Acuerdo marco sobre fijos discontinuos*

Se dice en esta obra que la auténtica regulación del trabajo fijo discontinuo está todavía por hacer. También se habla de las torpezas del legislador al efectuar las diversas regulaciones de esta figura contractual. Igualmente se ha dicho que esta figura viene reclamando desde hace años una regulación específica que delimite con precisión el trabajo fijo discontinuo y aborde minuciosamente los problemas que plantea la inadecuación de la normativa general a este singular modo de prestación de servicios.

La superación de este estado de cosas no debe venir sólo de la ley, ni del reglamento, sino fundamentalmente de la negociación colectiva. Una negociación colectiva con altura de miras, que vaya más allá de lo inminente y que complete la labor del legislador o incluso la incentive. Desde hace tiempo venimos hablando de la necesidad de que, por la vía del artículo 83 ET se alcancen, entre los sindicatos y las patronales más representativos, acuerdos interprofesionales sobre los aspectos más relevantes de la fijeza discontinua. Son acuerdos que están por venir. Son acuerdos necesarios.

Y no es sólo una opinión doctrinal, sino legal. *“Partiendo del reconocimiento de las especificidades del contrato de trabajo fijo-discontinuo, es evidente la necesidad de contar con un régimen jurídico dotado de la singularidad necesaria”*, se decía en la exposición de motivos del RDL 15/1998. Se abogaba porque la normativa fuese sensible a las características derivadas de las actividades estacionales, en particular a través de los convenios colectivos de ámbito sectorial. En efecto, resulta más acorde con nuestro sistema de relaciones laborales que esa reforma la aborde un acuerdo marco entre sindicatos y asociaciones empresariales más representativas con la eficacia normativa que le asegura la Constitución (art. 37.1). Pero la decisión corresponde a ellos, claro.

Aunque, sin duda, la variedad y dispersión de asociaciones patronales actuará como freno para que los sindicatos más representativos ultimen una deseable negociación en este ámbito. Tal vez pueda ser más fructífera la negociación a tres bandas: empresarios, sindicatos, Gobierno; mucho más teniendo en cuenta que cualquier modificación del régimen del contrato tiene sus inmediatos efectos reflejos en la relación de Seguridad Social, especialmente en materia de prestaciones y contribución al sistema.

En todo caso, y por si puede servir de incentivo para objetivos de ámbito superior, sería deseable que en el ámbito de la Región Murciana se abriese una mesa de diálogo social sobre esta materia que tanto le afecta a sus relaciones de trabajo y, por consiguiente, a su sistema productivo. Hay multitud de medidas que reclama el trabajo por temporadas o campañas que se pueden aplicar en el ámbito de la Región de Murcia. Es la hora de ponerse mano a la obra, y no precisamente de manera discontinua, sino hasta que se realice el trabajo necesario para una mejor regulación del trabajo estacional.

b) Materias contractuales para el diálogo social

Entre las materias sobre el contrato de trabajo que, en mi opinión, deberían estar en la mesa del diálogo social, destaco las siguientes, de entre las que se desgranar a lo largo de este estudio:

1. *Aclarar definitivamente que todo el trabajo a llamada debe instrumentarse mediante contrato fijo discontinuo, sea el trabajo por temporada, por campaña o por curso y que, cualquier prestación de servicios intermitentes o a llamada constituye relación de trabajo fijo discontinuo.*
2. *Regular por ley el llamamiento cuando no hay norma convencional aplicable, estableciendo como regla subsidiaria el llamamiento por orden de antigüedad dentro de cada categoría y el sentido inverso para el cese.*
3. *Regular por convenio colectivo el derecho a llamada por medios electrónicos, los mutuos deberes y obligaciones que el domicilio electrónico impone.*
4. *Regular específicamente la conversión de contratos fijos en discontinuos y su recorrido inverso, especialmente en empresas de temporada.*

2. Sobre políticas de empleo

La lucha contra la estacionalidad, por los indudables beneficios que comporta para todos, debe ser un componente de las políticas activas de empleo actuando, al menos y mediante técnicas legislativas, en los siguientes vectores:

1. *Incentivar con políticas eficaces la sustitución de eventuales por fijos discontinuos en todos los trabajos intermitentes, de campaña, temporada y de curso.*
2. *Incentivar con políticas eficaces el aumento de la prestación anual de servicios en todos los trabajos intermitentes, de campaña, temporada y curso.*
3. *Repartir el bien escaso del trabajo entre todos mediante políticas eficaces de reducción de jornada.*

3. Sobre Seguridad Social

Tras los importantes cambios operados en el acceso a las prestaciones y la integración de los trabajadores del campo en el Régimen General es preciso seguir incidiendo en la senda de la plena integración trabajando por los siguientes objetivos:

1. *Unificar en un solo sistema especial todos los sistemas especiales de la Seguridad Social, regulando sus peculiaridades en un tratamiento unificado.*
2. *Dar un tratamiento colectivo a las altas y bajas en Seguridad Social.*
3. *Aclarar definitivamente la cotización por los tiempos de descanso considerados como de trabajo efectivo con la debida proporcionalidad por hora de trabajo.*
4. *Dar el tratamiento definitivo a las prestaciones más conflictivas, como son las de incapacidad permanente y las derivadas de contingencias profesionales.*

4. Sobre desempleo

En la regulación de esta específica protección social consideramos pertinente:

1. *Tener en cuenta siempre que el trabajador fijo discontinuo necesita protección específica en materia de desempleo.*
2. *Tener en cuenta que no se puede dar mejor protección al eventual, en especial en materia de subsidio, que al fijo discontinuo, pues ello distorsiona el mercado de trabajo de temporada.*
3. *Dar una regulación unificada a la prestación, con especial atención al subsidio, aun manteniendo las peculiaridades del subsidio de los eventuales del campo.*
4. *Dar una regulación específica al desempleo definitivo, cuando el trabajador discontinuo extingue su contrato de trabajo.*

5. Regular cuatro en uno

Cualquier regulación del trabajo de temporada o campaña ha de tener en cuenta que el fijo discontinuo es un trabajador que, anualmente, se encuentra en ciclo de empleo/desempleo. Y que cualquier regulación de uno de esos aspectos, como los de la Seguridad Social, desempleo y el fomento del empleo, incide en el propio contrato de trabajo y, aún más, en los contratos con los que compite por un nicho en los trabajos de temporada o campaña: los contratos eventuales o de puesta a disposición por ETT o empresas de servicios.

Si, cuando se regula algún aspecto de la legislación laboral o de Seguridad social que afecta al contrato o los contratos con los que compite, no se tienen en cuenta estos efectos colaterales, se pueden obtener resultados distintos de los deseados. Por eso siempre que se regula un aspecto que regula al contrato, hay que tener en cuenta que resultan afectados los restantes. Por poner un ejemplo, si se fomenta mediante incentivos la reducción de la estacionalidad, se estará primando la contratación de fijos discontinuos, la conversión de eventuales en fijos discontinuos, y, como consecuencia de una mayor ocupación, sus efectos beneficiosos en el desempleo y la Seguridad Social. Por eso se debe regular siempre *cuatro* (contrato, reducción de la estacionalidad, seguridad social, desempleo) *en uno* (trabajo fijo discontinuo de temporada o campaña).

Quienes mejor conocen esta realidad y sus efectos son, sin lugar a dudas, los agentes sociales, y en especial los agentes sociales de la Región de Murcia, que tanto tiempo llevan ocupándose y preocupándose por los fijos discontinuos y su protección social y extendiendo a sus organizaciones de ámbito estatal esas preocupaciones y propuestas. Por eso les corresponde a ellos en primera instancia, con el concurso de la Administración y en última instancia el legislador, iniciar el diálogo que dé lugar a propuestas y acuerdos para mejorar el actual estado de cosas. Este estudio trata de ser una contribución para continuar andando por el camino de una mejor regulación jurídica del trabajo de temporada o campaña que tanta importancia tiene en la Región de Murcia.

Informe

INTRODUCCIÓN

1. LA ANOMALÍA DEL TRABAJO DISCONTINUO

El trabajo de temporada o campaña ha sido una constante preocupación de quien escribe estas páginas. Cuando en 1991 publiqué mi primera obra, *Los Fijos Discontinuos y el Derecho del Trabajo*, en sus conclusiones finales ya abogaba por una regulación que acercase al trabajador fijo discontinuo al trabajador común, tanto en Seguridad social como en relaciones laborales, unificando la excesiva dispersión normativa existente y uniformando el tratamiento jurídico de todos los trabajadores de temporada o campaña y sus problemas comunes.

Más de un cuarto de siglo después se puede decir que se ha avanzado, y notablemente en materias como la de Seguridad Social, pero que sigue existiendo excesiva dispersión normativa y abundantes lagunas, lo que sigue dando lugar a tratamientos diferenciados con escasa justificación y que son fuente de inseguridad jurídica. Hay materias que continúan siendo fuente de conflictos jurídicos, que van desde la delimitación del trabajo de campaña o temporada con el tiempo parcial o el temporal, hasta el encuadramiento y afiliación en la Seguridad social, como sus prestaciones, pasando por el llamamiento o la novación del contrato.

De todo ello tratan estas páginas que no son un estudio del contrato fijo discontinuo, sino la puesta de actualidad de algunos de los problemas de regulación jurídica más acuciantes que acosan al trabajo de temporada o campaña y las propuestas para superar esa situación en el siglo XXI. Una puesta de actualidad de problemas para encontrarle solución, aunque sólo sea para llevarla la contraria a la *Mafalda* de *Quino* cuando afirmaba que “hay más problemólogos que solucionólogos”. Este estudio tiene como finalidad aportar propuestas de solución para los problemas de regulación jurídica que tienen las relaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos.

Aunque parezca una afirmación de *Perogrullo*, para la elaboración del trabajo se ha partido de varias premisas fundamentales. La primera es la seguridad jurídica

que garantiza el art. 9.3 CE, la Constitución. La dispersión normativa, la falta de regulación jurídica clara es fuente de conflictos, cuando no de discriminaciones infundadas, que corresponde solucionar al legislador o al negociador de convenios colectivos. Las propuestas de este trabajo tienen como finalidad dotar de seguridad jurídica al régimen jurídico del trabajo de temporada o campaña.

Pero para ello hay que partir de lo que consideramos una anomalía en nuestro Derecho del Trabajo y la Seguridad social, y por ende de nuestro sistema productivo, la existencia de trabajos en los que, por su propia naturaleza temporal y cíclica, no se puede asegurar el pleno empleo durante todos los días laborables del año ni a jornada completa. Si, como dice el art. 35.1 CE, “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”, es evidente que el trabajo a tiempo parcial o de temporada constituye una reducción de esos derechos, una reducción que es preciso corregir por parte de los poderes públicos.

Y esa corrección debe venir desde la aplicación de regulaciones jurídicas que eliminen tratos discriminatorios aplicando el art. 14 CE hacia el colectivo y por implementación de los principios rectores de la política social y económica. En primer lugar, los dictados del art. 40.1 CE, que ordenan una “política orientada al pleno empleo”, y, en segundo lugar, los dictados del art. 41 CE, que ordena mantener a los poderes públicos “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”.

Son esos principios, enfocados desde el art. 14 CE, los que orientan la realización de este trabajo al abordar las relaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores de temporada y campaña y realizar las propuestas finales del mismo. Un estudio que toma como base los textos legales existentes y la lectura que de los mismos vienen haciendo nuestros tribunales.

2. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO Y OBJETIVOS

Como es bien sabido, una parte muy importante de la actividad económica de la Región de Murcia es actividad de temporada o campaña, tanto en la agricultura, como en la industria derivada de la agricultura, así como en los servicios relacionados con ella (transporte fundamentalmente). Igualmente otra actividad con un enorme peso de la estacionalidad es el sector turístico y las actividades auxiliares del mismo. Las cifras oficiales de empleo y desempleo son el fiel reflejo de la acusada estacionalidad de nuestro sistema productivo con ciclos de contratación/desocupación que se repiten al son de las estaciones.

Es por ello que se ha elaborado este estudio, con el análisis de la situación actual en cuanto al régimen jurídico y su protección social, con las consiguientes conclusiones de *lege ferenda*, que puedan ser objeto de regulación normativa, bien en normas con rango de ley, bien en normas paccionadas.

En la Región de Murcia, que ha sido pionera en la materia, con regulaciones convencionales y decisiones judiciales que luego se han extendido a todo el Estado español, es el momento de que nos pongamos de nuevo manos a la obra de conseguir un tratamiento unificado del trabajo de temporada, su regulación y protección social. Este estudio trata de ser un incentivo para ello, pues, en última instancia corresponde a los agentes sociales (sindicatos, patronales) y al legislador la puesta en marcha de las normas que nos encaminen a la superación de los problemas hoy existentes en la regulación jurídica del trabajo de temporada o campaña. Por el eso el CES es la Institución adecuada para acoger este estudio, de acuerdo con los fines que le asigna la Ley 3/1993, de 16 de julio, del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia.

No quiero terminar esta introducción sin agradecer a los agentes sociales de nuestra región (patronal y sindicatos, en especial la Federación de Industria de CC.OO. y la Asociación de Empresarios Hortofrutícolas de la Región de Murcia) las aportaciones que me han hecho para elaborar este estudio. Un estudio que, en última instancia, va destinado a ellos y a todos los que, de una manera u otra, con más o menos incidencia, se ocupan y preocupan del trabajo fijo discontinuo.

Capítulo I

TRABAJO ESTACIONAL Y CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Para cualquier propuesta de mejora del régimen jurídico del contrato fijo discontinuo es necesario, en primer lugar, acercarse a las características propias de los trabajos en los que desarrolla su hábitat específico. No se puede hablar del trabajo fijo discontinuo sin hablar del trabajo estacional, aquel que se realiza por campañas o temporadas. Adelantando conclusiones, se puede decir que el contrato de trabajo fijo discontinuo es el celebrado para prestar servicios en trabajos estacionales.

1. EL TRABAJO ESTACIONAL

Antes de nada, es preciso delimitar el concepto de trabajo de campaña o temporada y el trabajador que se ocupa en ellas. Como he dicho otras veces, si hay algo cíclico son las estaciones. Ese ciclo continuo (primavera, verano, otoño, invierno) determina que una parte del trabajo humano se desarrolle por campañas o temporadas. Esto ocurre tanto en la agricultura, la ganadería o la pesca como en sus industrias transformadoras y comercializadoras. Y, aún más allá, en las actividades de servicios relacionados con los ciclos educativos o de descanso de la población. En todas esas labores, frente al clásico trabajador a jornada completa durante todo el año que nace con la revolución industrial, aparece otro que sólo presta servicios en determinados periodos del año. Es el trabajador fijo discontinuo, también llamado en otros lugares y en otros tiempos, trabajador de campaña, temporada, costera o zafra.

A diferencia del trabajo a tiempo parcial, que ha recibido una especial atención por parte de la OIT (Convenio 175 y Recomendación 182) y de la Unión Europea (Directiva 97/81/CE), el trabajo por temporadas o campañas sufre de falta atención, sin que haya dado lugar a instrumentos normativos uniformadores, pese a algún

intento fallido. Es más, alguna vez se le ha configurado, incluso en nuestro derecho, como una especie del trabajo a tiempo parcial, cuando lo cierto es que ambos obedecen a realidades socioeconómicas muy dispares, pese a compartir el rasgo común de no ser trabajos a tiempo completo.

No obstante, entre nosotros, el trabajo fijo discontinuo goza de larga tradición y está regulado por la ley (art. 16 ET) y los convenios colectivos. Pese a que estuvo al borde de la extinción, hoy goza de una creciente implantación en las actividades de temporada o campaña y se extiende a otros sectores, como el trabajo a llamada de la era digital, en los que por su intermitencia en la prestación de servicios se acude al *llamamiento para el trabajo*.

2. EL CONTRATO DE TRABAJO FIJO DISCONTINUO

Teniendo en cuenta que el trabajo estacional implica que la actividad productiva se realice por ciclos anuales de actividad-inactividad, se plantea la duda inicial de qué vínculo laboral es el apropiado. Que el contrato de trabajo que se instrumente para realizar esa labor cíclica sea fijo o temporal es una opción de política legislativa, pues el mismo hecho, la finalización de la campaña o temporada, puede obrar como causa extintiva de la relación (contrato eventual o para obra o servicio determinado, por temporada, campaña o zafra) o como causa suspensiva del contrato que vuelve a reiniciarse en el siguiente ciclo productivo (contrato fijo periódico, discontinuo o intermitente).

Y esta es la opción que ha escogido de nuestro derecho, de forma titubeante y tras una lenta y discontinua evolución. Una elección con escasos precedentes en el derecho comparado, donde la regla suele ser la celebración de contratos temporales por temporada o campaña, pero no de contratos fijos de temporada o campaña.

2.1. Evolución legal

Entendido, unas veces como un agregado de contratos eventuales de campaña o temporada encadenados (lo que le dotaba de fijeza, aunque discontinua), y otras como una variedad de trabajo a tiempo parcial (por no prestar servicios durante todos los días laborables del año), lo cierto es que el trabajo fijo discontinuo constituye una variedad autónoma y típica de prestación de servicios laborales. En la actualidad se halla regulado legalmente en los artículos 12.3 y 16.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta regulación ha pasado del olvido inicial a su ordenación por la costumbre, primero, y, más tarde, por normas sectoriales y convencionales, hasta que

finalmente lo recoge la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980. Sujeto a múltiples y continuos cambios normativos, ha sido víctima de una irritante discontinuidad legislativa, cuya crónica, resumida por la STSJ Canarias 19-09-2003, AS 4160, sería esta:

Tras acogerse legalmente en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, durante más de una década estuvo regulado en el artículo 15.6 ET aprobado por la ley 8/1980, de 10 de marzo y en los artículos 11 a 14 del RD 2104/1984, de 21 de noviembre. Con posterioridad, el RDL 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Fomento de la Ocupación –convertido en ley 10/1994, de 19 de mayo–, derogó el artículo 15.6 ET, con lo que el contrato de trabajo fijo discontinuo dejó de ser una modalidad contractual autónoma para configurarse como una especie o variante del contrato de trabajo a tiempo parcial, cuya regulación accedería al artículo 12 ET, con desarrollo reglamentario a cargo del RD 2317/1993, de 29 de diciembre. Posteriormente, el RDL 8/1997, de 16 de mayo, convertido en ley 63/1997, de 26 de diciembre, llevaría al trabajo fijo discontinuo incluso a la rúbrica del artículo 12 ET sobre tiempo parcial. Más tarde, otro RDL, el 15/1998, de 27 de noviembre, volvió a modificar el régimen jurídico del contrato de trabajo a tiempo parcial, conteniéndose su regulación básicamente en el artículo 12 ET, si bien los cambios introducidos no afectaron a la regulación del trabajo fijo discontinuo. La ley 55/1999, de 29 de diciembre, incorporó un nuevo párrafo al artículo 12.3, apartado b) ET, permitiendo a los convenios colectivos de ámbito sectorial fijar, excepcionalmente y para los contratos de trabajos fijos-discontinuos que no repitan en fechas ciertas, un límite de jornada superior al 77 % cuando la actividad estacional del sector así lo justifique. El RDL 5/2001, de 2 de marzo, y posteriormente la ley 12/2001, de 9 de julio, opera una parcial vuelta a los orígenes al trasladar la regulación de una parte del trabajo fijo discontinuo al 16.1 ET, concretamente la constituida por el trabajo fijo discontinuo que no se repite de forma cierta, que vuelve a recuperar el status de modalidad contractual autónoma que perdió con la reforma laboral de 1993-1994.

Finalmente, el 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, traslada la letra del apartado 8 del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores al art. 16 del mismo que, de esta manera, regula en exclusiva el régimen jurídico del contrato fijo discontinuo, lo que es de aplaudir. Mas, como hacía el artículo 15.8 ET, el segundo párrafo del art. 16.1 ET, sigue remitiendo los trabajadores fijos discontinuos de fechas ciertas a la regulación del contrato a tiempo parcial del 12 ET y deja en la incertidumbre su regulación.

Todo un galimatías jurídico que se mantiene en vigor para una figura que necesita unidad, claridad y precisión en su regulación jurídica, y que tropieza así

con innecesarias dificultades, al desenvolverse en un marco normativo impreciso, plagado de incertidumbres y deficiencias técnicas, fuente de inseguridad jurídica.

Y, pese a todo, “el trabajo fijo discontinuo nunca ha perdido el rasgo que históricamente lo ha caracterizado como una modalidad singular de compromiso y prestación del trabajo por cuenta ajena, a saber, la contratación para la realización de trabajos de ejecución periódica, intermitente o cíclica, por temporadas o campañas, cuya duración y fecha de reproducción resultan más o menos previsibles, lo que los diferencia de aquellos otros trabajos productivos, normales y permanentes, que precisan una dedicación habitual y continuada durante todos los días laborables del año” (STSJ Murcia 21-01-2000, AS 5170).

2.2. Concepto

Para la doctrina judicial, la singularidad de los trabajos que constituyen el objeto del contrato de trabajo fijo periódico o discontinuo no sólo consiste en que no se realizan todos los días laborales del año, sino en que, además, se reiteran con periodicidad cíclica, alternando períodos de actividad con otros de inactividad, lo que supone que no se desarrollan uniformemente a lo largo de todo el año, sino de forma intermitente o por ciclos (STSJ Murcia 10-05-1994, AS 1816).

En el nomen iuris (fijo discontinuo) va implícita esa definición, por cuanto se trata de un contrato fijo en atención a su duración, pero discontinuo por la forma de prestación de servicios, que no es de tracto sucesivo, sino intermitente. Veamos.

a) Fijo

Con la locución fijo utilizada para identificar a este tipo de contratos se está aludiendo a su duración. Tanto el contrato fijo periódico del artículo 12.3 ET como el fijo discontinuo del 16.1 ET son fijos. Es decir, concertados por tiempo indefinido, como expresamente dicen ambos textos legales. Y son de duración indefinida por manifiesto deseo legal. Esto les diferencia de los contratos de duración determinada y también de los contratos a tiempo parcial, que pueden ser de duración determinada o indeterminada. En la literatura y la jurisprudencia la expresión fijo o de duración indefinida se contraponen a la duración temporal del contrato. Como dice la STS 29-04-1999, RJ 4655, los discontinuos son claros trabajadores “fijos”.

b) Periódico y Discontinuo

Con las locuciones periódico y discontinuo utilizadas para identificar a estos tipos de contratos se está aludiendo a su forma de ejecución: no durante todos los días laborables del año, sino por periodos determinados (temporadas) o de

forma discontinua (campañas). Si el rasgo de fijeza diferencia al contrato fijo discontinuo de los contratos temporales y a tiempo parcial, el rasgo de periodicidad o discontinuidad lo diferencia de los contratos fijos a tiempo completo. El trabajador fijo periódico o discontinuo no presta servicios durante todos los días laborables del año; no es, en ese sentido, un trabajador a tiempo completo. Sólo trabaja determinados días del año.

Es de resaltar que la intermitencia en la prestación de servicios es un rasgo único y característico del trabajo fijo discontinuo. Ningún otro contrato puede ser intermitente, el contrato eventual no puede ser intermitente, “la intermitencia está reservada para los trabajos fijos discontinuos” (STS 17-12-2001, RJ 2002\2116; SSTSJ Murcia 25-10-2004, rec. 916/2004; 17-03-2003, rec. 48(2003).

Desde luego, el trabajo intermitente, como el de los estibadores o los encuestadores, se considera fijo discontinuo, aunque se realice en períodos temporales determinados e intercalados con otros de inactividad y no se repita en forma regular (STSJ Galicia 3-12-1998, AS 6739). También el trabajo de los camareros sujetos a llamada para la realización de trabajos extras (STS 25-10-2013, rec. 198/2013).

Y es que, en palabras del TS (Sentencia 3-06-1994, RJ 4750), la conceptualización de los trabajadores fijos discontinuos comprende no sólo a los de carácter cíclico o de campaña, sino que alcanza también “a la realización de actividades de carácter normal y permanente respecto del objeto de la empresa, pero que no exijan la prestación de servicios todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborales con carácter general”. Con lo que se tiende a flexibilizar el concepto de trabajadores de campaña o temporada, ampliándolo a aquellas actividades que, aun no gozando de esta naturaleza, tiene carácter intermitente su ciclo productivo. Es el lugar del creciente trabajo a llamada que se expande en el sector servicios a la par que el comercio electrónico.

3. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Como se verá a lo largo de este estudio, los avances que se han producido en la regulación del trabajo fijo discontinuo son en gran parte obra de la jurisprudencia que, con base en el principio constitucional de no discriminación (art. 14 CE) han sentado criterios que han debido acoger los convenios colectivos y la ley. Actuación que no sólo ha afectado a las leyes sustantivas del contrato de trabajo sino, como tendremos ocasión de ver, a la protección de Seguridad Social. Para cualquier propuesta sobre el trabajo de temporada se impone una referencia a la aplicación del principio de no discriminación en su ámbito subjetivo en el que, por cierto, abunda la mano de obra femenina y es muy fuerte la tentación de la discriminación indirecta.

3.1. No discriminación

La Constitución reconoce el derecho al trabajo de todos los españoles (art. 35.1). Si, en general, el trabajo es un bien escaso, en las actividades estacionales es escaso por naturaleza: los empleados fijos periódicos o discontinuos disfrutan de su constitucional derecho al trabajo de forma parcial. ¿Constituye una discriminación infundada? En principio parece que no, pues el derecho al trabajo es un derecho de configuración legal (STC 22/1981, de 20 julio), que sólo se puede disfrutar en la medida en que no sólo la ley, sino fundamentalmente las condiciones económicas y sociales lo permitan. Y la ley admite que se trabaje a tiempo parcial y discontinuamente (arts. 12 y 16 ET).

Pero aunque es cierto que la contratación como fijo discontinuo no supone en si mismo ninguna discriminación (STSJ Canarias 30-09-2003, AS 4100), al menos se ha de admitir que aboca a un disfrute parcial de otros derechos, fundamentalmente el de una remuneración suficiente (art. 35.1 CE) y el pleno empleo (art. 40.1 CE). Derechos que para los trabajadores son la puerta de entrada a otros derechos destinados a satisfacer sus necesidades y las de sus familias. Quien trabaja parcialmente sólo disfruta parcialmente de sus derechos laborales y, con ellos, de sus derechos sociales y económicos. Y esto, aunque esté justificado por razones sociales y económicas, aboca a condiciones y situaciones distintas a las de los trabajadores a tiempo completo. No es lo mismo vivir y trabajar a tiempo completo que a tiempo parcial. No es lo mismo disfrutar media vida que la vida entera. Por ello, más que en la búsqueda de actuaciones discriminatorias, la lucha contra la parcialidad o la discontinuidad en el empleo hay que enmarcarla en el *desideratum* constitucional que encomienda a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sea real y efectiva (art. 9.2 CE); pues, sin duda, la discontinuidad en el empleo es uno de los obstáculos que impiden y dificultan la participación de todos en la vida económica y social.

3.2. Recepción normativa y aplicación jurisprudencial del principio

a) La formulación del principio

Según dispone el artículo 12.4.d ET, *“los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo”*. Mas, como esta afirmación genérica resulta insuficiente a simple vista, se añade que *“cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”*. La formulación es aplicable

también a los fijos discontinuos del artículo 16 ET. Se enuncia legalmente así la regla de la *igualdad*, pero con el correctivo de la *proporcionalidad*.

En realidad, el precepto no es sino la trasposición a nuestro derecho interno del contenido de normas internacionales. Por un lado, del Convenio 175 sobre trabajo a tiempo parcial 1994 de la OIT (y la Recomendación 182), cuyo artículo 4 apela a que “deberán adoptarse medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección de que gozan los trabajadores a tiempo completo” en situación comparable en lo relativo, entre otras materias, “a la discriminación en materia de empleo y ocupación”. De otro lado, y muy especialmente de la Directiva 1997/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. Uno de los objetivos declarados de este acuerdo (cláusula 1) es “garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial”. Y la cláusula 4, bajo la precisa rúbrica de *principio de no discriminación*, especifica que “por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”. Agrega que “cuando resulte adecuado, se aplicará el principio *pro rata temporis*”. Texto que se repite en igual cláusula de la Directiva 1999/79/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco entre la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Igualdad y proporcionalidad, pues.

La explicación de que “la expresión trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable” (art. 1 Convenio 175 OIT; en igual sentido cláusula 3.1 Acuerdo Directiva 97/81/CE), permite incluir, si es que la interpretación extensiva resulta necesaria, a los fijos discontinuos del art. 16 ET en esta categoría protegida en la que están legalmente los fijos periódicos (12.3 ET).

Se admite, no obstante, que cabe un trato diferente por razones objetivas (punto 4 de la citada cláusula 4 del Acuerdo Directiva 97/81/CE). Pero ha de hacerse previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales y sujeto a revisiones periódicas. También el Convenio 175 de la OIT y la Directiva 97/81/CE prevén la posible exclusión de los trabajadores a tiempo parcial ocasionales o marginales de determinados derechos. Posibilidad que, aunque en algún momento histórico se ha aplicado en nuestro país, hoy no se admite, de tal forma que todos los trabajadores a tiempo parcial, con independencia de la duración de su jornada, gozan de los mismos derechos.

Finalmente, en cuanto a formulación de principios, hay que tener en cuenta que el punto 7 de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores dispone, entre otras cosas, que “la realización de un mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía de progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada”. Pero este *trabajo de temporada* del que se habla no es el fijo discontinuo, sino el temporero, el eventual de temporada. Se echa en falta la referencia al fijo de temporada o campaña.

b) La aplicación jurisprudencial

Ya antes de su recepción normativa, la jurisprudencia constitucional había tenido ocasión de declararse en sentido contrario a la discriminación de los trabajadores fijos discontinuos, con apoyo en el artículo 14 CE y en los Convenios 111 y 117 de la OIT, que prohíben toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable. Así la STC 52/1987, de 7 mayo, se pronunció contra la exclusión del convenio colectivo de los eventuales y los fijos discontinuos, que tenían condiciones de trabajo, fundamentalmente salariales, inferiores a las del resto del personal, sin razón objetiva y razonable que justificara el trato desfavorable.

Más tarde se ha dicho que aunque la duración del contrato no es un dato o factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias en las condiciones de trabajo (STC 136/1987), resulta discriminatorio fijar distinta cuantía en las pagas extras atendiendo a la condición de eventual, fijo discontinuo o fijo (STC 177/1993, de 31 mayo). Y que la modalidad de adscripción no puede, por sí misma, justificar el distinto tratamiento retributivo de estos grupos de trabajadores, ya que su impacto o resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, “proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad” (STC 177/1993).

Esta misma doctrina se reitera en casación y en suplicación: la mera discontinuidad en la prestación de los servicios no aparece como justificación razonable de la desigualdad de trato (STSJ Comunidad Valenciana 8-03-1994, AS 1215). No puede, por sí misma, justificar el distinto tratamiento retributivo, ya que su resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad (STS 28-09-1993, RJ 7085; STSJ Galicia 16-11-2000, AS 3734, por todas).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que ciertas diferencias de trato entre trabajadores fijos continuos y fijos discontinuos se pueden justificar por el distinto objeto de sus contratos; pues mientras los primeros atienden las necesidades normales y permanentes de la empresa durante todo el año, los discontinuos vienen a cubrir el incremento de la actividad de temporada, y estas circunstancias peculiares justifican un distinto régimen de condiciones de trabajo (STSJ Baleares 30-06-1998, AS 6043).

Además, hemos visto que, en la misma enunciación del principio de no discriminación, el Acuerdo de 1997 entre UNICE, CEEP y CES (luego Directiva 97/81/CE), formula cuando resulta adecuado, la aplicación del principio de proporcionalidad: *pro rata temporis*. Y, en efecto, la regla de la proporcionalidad de los derechos derivados de un trabajo parcial o discontinuo, es uno de los aspectos de la igualdad (STC 177/1993). Una regla que hay que tener en cuenta al hablar de salarios, tiempo de trabajo o indemnizaciones, como se expondrá.

3.3. Discriminaciones por razón de género

Al tratar de discriminación en las actividades de campaña o temporada no hay que olvidar un hecho relevante: la alta presencia de empleo femenino en los sectores en los que se contrata a tiempo parcial, en general, y discontinuamente, en particular. Ello conduce a la formulación de la llamada *discriminación indirecta*. Recordemos que el concepto de discriminación indirecta incluye los “tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo” (SSTC 145/1991, de 1 julio; 198/1996, de 3 diciembre; STJCE 13 mayo 1986, asunto *Bilka*).

Directa o indirecta, en ámbitos de discontinuos se ha estimado discriminación por razón de sexo con ocasión del despido de embarazada fija discontinua (STC 173/1994, de 7 junio), cese de mujeres, quedando empleados varones de peor derecho (STSJ Comunidad Valenciana 13-07-1993, AS 3638), o cuando se llama al personal masculino en razón de su “especialidad” en lugar del femenino (STSJ Navarra 10-11-1992, AS 5619), teniendo peor derecho (STSJ Murcia 3-01-1992, AS 385). La STC 250/2000, de 30 octubre, no consideró por el contrario que las diferencias salariales entre varones y mujeres basadas en el esfuerzo físico constituyesen discriminación por razón de sexo, debido a la excepcionalidad del supuesto; aunque sí se declaró para una categoría de trabajadores (STSJ Murcia 8-05-1995).

4. CLASES DE FIJOS DISCONTINUOS

Atendiendo a su vigente configuración legal, tras las reformas introducidas por el RDL 5/2001 y la ley 12/2001, cabe distinguir dos tipos de contratos fijos discontinuos: a) los regulados en el artículo 12.3 del Estatuto de los Trabajadores, y b) los regulados en el artículo 16.1 del mismo cuerpo legal.

Los primeros son los concertados para realizar "*trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa*", esto es, fijos de temporada o fijos periódicos. Su máxima expresión, desde el prisma de la estabilidad, serían los fijos de curso, aquellos que trabajan por cursos prefijados con anterioridad y a fecha casi exacta. Los segundos son los concertados para realizar trabajos "*que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa*"; esto es, fijos de campaña o fijos discontinuos. Ambos trabajan por temporadas o campañas; pero la fecha de comienzo y conclusión en unos casos es posible predecir (fijos periódicos, cuya variedad más estable son los fijos de curso escolar) y en otros no (fijos discontinuos). En general, cuando aquí se habla de fijos discontinuos se hace para aludir a ambos tipos de contratos; cuando se alude específicamente a alguno se matiza la referencia. Su máxima expresión, desde el punto de vista de la inseguridad en la jornada, serían los trabajos intermitentes y muy en especial los trabajos a llamada de la era digital.

Ahora bien, pese a la diferenciación y diferente ubicación legal, ambos tipos de trabajo comparten elementos comunes, siendo especies de un mismo género: el trabajo fijo discontinuo. El dato diferencial es que uno se repite en fechas ciertas y otro en fechas inciertas. Ambos contratos corresponden a la naturaleza del trabajo estacional y sus diversas manifestaciones en las actividades laborales. Sus diferencias son más de grado que de género y se echa en falta la justificación de la diferencia legal de trato.

Por eso resulta criticable la dispersión normativa legal del trabajo discontinuo y periódico. Pese al gran número de reformas operadas, no deja de ser llamativo que el legislador no haya encontrado la forma de dar un tratamiento unitario a esta modalidad contractual ubicando todavía cada submodalidad en un articulado distinto del Estatuto de los Trabajadores. Esta separación del régimen jurídico es artificiosa y perturbadora por cuanto intenta establecer diferencias cuando son la expresión del trabajo fijo en las actividades de campaña o temporada.

Esta incapacidad del legislador, dejando sin resolver la unidad del contrato fijo discontinuo, pone de manifiesto que la auténtica reforma del contrato fijo discontinuo está todavía por hacer. Lo deseable sería dispensar un tratamiento

global y unitario, salvaguardando la aplicabilidad de reglas especiales que permitan tratar adecuadamente el tipismo del trabajo fijo discontinuo o periódico de campaña o temporada.

5. SUJETOS DEL CONTRATO

Como todo contrato, el contrato de trabajo se celebra entre partes: empresario y trabajador. También el contrato para trabajos fijos discontinuos. De un lado, el empresario al que alude el artículo 1.2 ET, pero que realice actividades fijas y periódicas o discontinuas dentro del volumen normal de su actividad productiva. De otro lado, el trabajador al que se refiere el artículo 1.1 ET que preste servicios periódicos o discontinuos. Nada fuera de lo común, salvo que conciertan la prestación de servicios discontinuos. Servicios que se pueden efectuar tanto en empresas mixtas –con trabajadores ordinarios y de campaña– como en empresas de temporada. Así ocurre en la hostelería, y también en la enseñanza (STSJ Madrid 31-03-1999, AS 1195).

El trabajador discontinuo puede estar contratado para las diversas actividades de temporada o campaña que realice la empresa, ¿cabe que existan dos relaciones laborales de fijo discontinuo con la misma empresa? La doctrina judicial ha dado respuesta diversa. Unos afirmativa, considerando que en la situación de trabajador fijo discontinuo cabe perfectamente la posibilidad de que un mismo empleado lo sea de varias campañas diferentes, con un régimen jurídico distinto cada una, incluso con antigüedad y salario diferente (STSJ Comunidad Valenciana 22-07-1997, AS 2509), o que no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que prohíba que un trabajador esté ligado a la misma empresa con dos contratos simultáneos para realizar distintas tareas (STSJ La Rioja 7-11-2002, AS 3389, con cita de la STS 31-05-2000, RJ 7167); en especial si la segunda actividad contratada no es cíclica (STSJ Baleares 11-03-1997, AS 1118). Otros dan respuesta negativa: la contratación para cada una de las actividades no da pie a una relación laboral distinta; la empresa es única y con el trabajador está ligada por un solo contrato de trabajo que, al ser de carácter fijo discontinuo, provoca la prestación de servicios cada vez que la empresa lleva a cabo alguna de las actividades para las que fue contratado (STSJ Cataluña 23-02-1998, AS 5721; también *obiter dicta* STSJ Canarias 9-07-2003, AS 4096), doctrina que parece la más adecuada.

a) El empresario agrícola

Ya se acepta sin polémica que el trabajador discontinuo puede emplearse en empresa agrícola, lejos de las iniciales resistencias que opuso la jurisprudencia. Y es que, si hay algo cíclico y reiterado son las temporadas de trabajo en el campo.

Ahora se dice que la circunstancia de que la Ordenanza de Trabajo en el Campo no aludiera a ellos, limitándose a diferenciar los trabajadores eventuales y los fijos, “no empece a que tal calificación pueda imponerse *ope legis*, al ser la que corresponde legalmente al tipo de trabajo realizado” (SSTSJ Comunidad Valenciana 1-06-2000, AS 4417; 20-05-1994, AS 1875), máxime cuando los propios convenios colectivos agrícolas regulan la contratación discontinua (STSJ Murcia 21-11-1996, AS 4559).

b) La contratación mediante ETT

La contratación de trabajadores fijos discontinuos por Empresas de Trabajo Temporal es tema controvertido. Para algún tribunal es legal, “por cuanto no la prohíbe el artículo 10 de la ley 14/1994” (SSTSJ Madrid 29-04-2003, AS 3268; Murcia 12-06-2016, rec. 58/2016). Para otros no, por la propia naturaleza del trabajo discontinuo y por falta de previsión legal (STSJ Cataluña 10-06-2003, AS 2603). Parece acertada la doctrina del TSJ de Murcia que en su sentencia de 19-07-2017, rec. 366/2017, dice que “el contrato de trabajo por tiempo indefinido fijo-discontinuo solo puede ser concertado por aquellas empresas que, por las características de su actividad, no tienen actividad productiva durante todos los días del año, sino que la misma se produce con carácter intermitente o cíclico. Esta característica no concurre en las empresas de trabajo temporal, si bien si puede concurrir en alguna de las empresas usuarias”.

En todo caso, constituye fraude de ley la contratación de trabajador cuya prestación de servicios se reitera en ciclos anuales mediante Empresa de Trabajo Temporal, resultando condenada la empresa usuaria (STSJ Baleares 24-10-2000, AS 4306). Igualmente, constituye abuso la contratación por ETT, en lugar de fijos discontinuos, mucho más en presencia de previsiones convencionales al respecto (SSTSJ Galicia 14-04-2000, AS 988; 25-02-2000, AS 225 y 16-07-1999, AS 2558); pues la contratación mediante ETT sólo se puede realizar cuando la empresa tenga cubiertas sus necesidades productivas con sus fijos discontinuos y eventuales (SSTSJ Andalucía 10-07-2001, AS 880; Galicia 15-02-2002, JUR 241233). En otro orden, la STSJ Andalucía 19-02-1999, AS 870, declara que la reiteración de contratos de puesta a disposición para obra o servicio determinado no implica fijeza discontinua.

Las organizaciones patronales y sindicales de la Región de Murcia vienen coincidiendo en la conveniencia de que, en el sector agroalimentario, los trabajadores fijos discontinuos pueden ser contratados por Empresas de Trabajo Temporal para su posterior puesta a disposición de empresas usuarias, dada la discontinuidad de sus servicios y la estabilidad en el empleo que el contrato fijo discontinuo supone. Con todo, sería deseable que, por norma legal, se estableciese bien claro si el trabajo fijo discontinuo puede ser objeto de puesta a disposición por Empresas de Trabajo Temporal.

c) La Administración Pública como contratante

El empresario del trabajador discontinuo también puede ser una Administración Pública ya que expresamente el artículo 15.1.c de la ley 23/1988, que modifica la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública, laboraliza los puestos de trabajo “cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo”.

Mas, pese a estar sometida a la ley y al derecho como todos, la Administración suele incumplir con harta frecuencia las normas sobre contratación laboral. En tal caso, surgen reglas especiales cuando figura de contratante fraudulento.

Antes de la vigencia del nuevo apartado e) del artículo 52 ET, incorporado por el RDL 5/2001 y la ley 12/2001, se ha admitido la aplicación del contrato para obra o servicio determinado a los programas de actuación temporalmente limitados de las Administraciones Públicas (SSTS 25-11-2003, RJ 9115 y 10-04-2002, RJ 6006). Es doctrina de las SSTS 10-06-1994, RJ 5422; 3-11-1994, RJ 8590; 10-04-1995, RJ 3038, sobre los programas de prevención de incendios forestales; las 18-05-1995, RJ 7579 y 21-07-1995, RJ 6324, sobre el Plan de Formación e Inserción Profesional; las 18 y 28-12-1998, RJ 1999\307 y 1999\387, sobre servicios de ayuda a domicilio; y las 10-12-1999, RJ 9731, y 30-04-2001, RJ 4613, sobre servicios de guardería.

Pero la admisión de esta modalidad contractual en tales supuestos no es absoluta y está condicionada a que la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público, entre ellos, en su caso, la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esa configuración. En este sentido, la STS 2-06-2000, RJ 6890, señala que no deben confundirse las actividades permanentes con las actividades de prestación mínima obligatoria del artículo 26.1 de Ley de Bases de Régimen Local, pues las restantes actividades del municipio pueden ser también permanentes, y añade dicha sentencia que para aceptar el límite temporal debe acreditarse que hay un elemento objetivo y externo que limite la prestación de la actividad.

La STS 21-03-2002, RJ 5990, aclara que, para la validez del contrato temporal causal, la doctrina unificada, tuvo muy en cuenta, junto con el dato de la subvención, la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal. Y, fundamentalmente, que la singularidad de la obra o servicio quedara suficientemente determinada y concreta. Por eso, en las ocasiones en que este último requisito no se cumplió, o cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria, se ha calificado de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de subvención (SSTS 7-10-1998, RJ 4585, 5-07-1999, RJ 6443). Pues es obvio que también pueden financiarse servicios permanentes por medio

de subvenciones, y que la financiación de los servicios obligatorios, como la de cualquier otra actividad temporal o permanente, deba estar prevista e incluida en sus presupuestos anuales, no revela que el servicio sea temporal por naturaleza, ni justifica por sí sola la formalización de contratos anuales, aunque sea esa la duración de los presupuestos (en el mismo sentido la sentencia de 16-03-2002, RJ 5989). Por lo tanto, si no ha quedado justificada la causa de la temporalidad, sino que lo acreditado es que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración, el contrato se declara fijo discontinuo (STS 25-11-2003, RJ 9115). En tal sentido, la STS 14-03-2003, RJ 4502, seguida por otras muchas, como resume la STS 26-05-2015, rec. 123/2014, en conflicto colectivo, confirma que la contratación de peones del servicio de extinción de incendios debe formalizarse mediante contratos fijos discontinuos.

Sobre el personal docente de centros de enseñanza empleado reiteradamente bajo la modalidad de contrato para obra o servicio determinado, se concluye que en modo alguno se puede atribuir a esas funciones una sustantividad o autonomía dentro de la actividad de la empresa. Las tareas que realiza un profesor en un colegio constituyen la actividad natural y ordinaria del mismo y no es posible calificarlas de autónomas y diferenciadas de las cotidianas, normales y permanentes del centro. Tampoco es acertado decir que la actividad docente sea de duración incierta, ni limitada en el tiempo (STS 27-03-2002, RJ 5312). En igual sentido, sobre limpiadoras (STS 1-10-2001, RJ 8490) o asistencia al contribuyente durante la campaña de la renta (STS 4-05-2004, ED 31772).

Hay que tener en cuenta que la calificación de una relación como fija discontinua no depende de las condiciones establecidas por la Administración contratante en el proceso de selección previo a la contratación, ni de la concreta forma contractual en la que se ampara la misma, sino del carácter permanente de la actividad para la que se contrató la prestación de servicios (STSJ Castilla-La Mancha 4-06-2003, AS 3957).

Por último, según reiterada y general doctrina unificada, los contratos temporales concertados en fraude de ley con las Administraciones Públicas no convierte a dichos contratos en fijos de plantilla, sino en indefinidos, también para los fijos discontinuos, hasta que se proceda a la cobertura de las plazas en forma (SSTS 29-11-2201, RJ 1440; 5-07-1999, RJ 6443), lo que alguna sala ha calificado de “discontinuos en calidad de interinos” (STSJ Navarra 22-06-1998, AS 2533).

d) Sucesión y fusión de empresas

En los supuestos de sucesión de empresas, se aplica la normativa general prevista en el artículo 44 ET (SSTSJ Castilla-León 16-11-1993, AS 5091; Andalucía

11-05-1993, AS 2349; Galicia 12-03-2003, AS 3192), siempre que se acredite la concurrencia de los necesarios elementos subjetivos y objetivos (STSJ Comunidad Valenciana 28-01-2004, AS 1517; con cita, entre otras, de la STS 12-03-1997, RJ 2318), sin que al respecto se aprecia especialidad digna de reseña; salvo la propia de esta conflictiva situación (STSJ Canarias 26-06-2004, AS 1448; con cita de jurisprudencia comunitaria). En todo caso, cabe reseñar que, en los supuestos de suspensión del contrato (excedencia) durante la sucesión empresarial, se puede reclamar la vigencia de la relación discontinua (STSJ La Rioja 19-05-1994, AS 1902).

Los auténticos problemas surgen cuando se integra un centro de trabajo en otro, por fenómenos de sucesión empresarial o cualquier otro, para unificar la lista y fijar el orden de llamamiento habrá que estar a lo que diga el convenio aplicable. A veces puede encubrir el cierre de un centro que genera menor ocupación a los incluidos en la nueva lista de llamamiento, aunque esto no justifique la rescisión del contrato (STSJ Navarra 25-04-1994, AS 1401). En todo caso, la existencia de trabajadores fijos discontinuos en centros de trabajo diferentes dentro de una misma empresa, impide la integración de todo el personal en un único centro de trabajo sin la participación y acuerdo de todos los interesados, por afectar dicha integración a la médula de relación laboral y al derecho al trabajo (STSJ Canarias 9-03-1995, AS 1003). Sería deseable que la negociación colectiva regulase adecuadamente este problema que puede surgir en más de una empresa.

6. FORMALIDADES

El contrato fijo discontinuo debe celebrarse por escrito, por expreso deseo legal (art. 8.1 ET). De lo contrario, se presume concertado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario. Específicamente, el segundo párrafo del artículo 16.1 ET alude a la necesaria forma escrita que debe observarse en el contrato fijo discontinuo, así como a su contenido mínimo: *a)* Indicación sobre la duración estimada de la actividad concertada; *b)* La forma y el orden del llamamiento que establezca el convenio colectivo; *c)* Y, de forma orientativa, la duración estimada de la jornada laboral y su distribución horaria. Pero, en actividades intermitentes o de campaña o temporada, resulta más preciso que se especifique la temporada o campaña para la que el trabajador queda contratado y que su llamamiento se producirá de acuerdo con el convenio colectivo aplicable. Como la documentación del contrato fijo discontinuo es necesaria para acreditar en algunos casos dicha condición (v.g., prestaciones por desempleo), el trabajador puede exigir que se formalice el contrato por escrito, “incluso durante el transcurso de la relación laboral” (art. 8.4 ET).

7. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE FIJO DISCONTINUO

No existe un único camino para adquirir la condición de fijo discontinuo. Aunque la vía más directa es concertar un contrato de trabajo de esta naturaleza, hay otras vías, ya que también se puede llegar a ser trabajador fijo discontinuo por declaración de fraude en la contratación temporal (lo que resulta harto frecuente) y por conversión de un contrato a tiempo completo en otro discontinuo (menos frecuente).

Así lo dicen los tribunales: la condición de trabajador fijo discontinuo no se adquiere por el mero hecho de prestar servicios en actividad o industria de temporada, sino que se alcanza por haber sido contratado inicialmente con tal carácter o bien por haber sido el trabajador llamado al principio de cada temporada o contratado respectivamente al inicio de la actividad cíclica y periódica, independiente de la calificación que las partes otorguen a tales contratos (SSTSJ Andalucía 9-01-1995, AS 176; Extremadura 8-07-1992, AS 3538, con cita de doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo).

7.1. Por contratación inicial

La forma habitual de adquirir la condición de trabajador fijo discontinuo debería ser por contratación inicial para este tipo de actividades. Supuesta la necesidad de la empresa de atender sus necesidades productivas, concerta con un trabajador la realización de los trabajos previstos en los artículos 12.3 ó 16.1 ET, que así adquiere la condición de fijo discontinuo o periódico.

7.2. Por conversión de un contrato temporal

Aparte de por contratación inicial, también se puede adquirir la condición de discontinuo por reiteración en la contratación temporal (SSTS 30-04-2012, rec. 2153/2011; 12-07-2011, rec. 1709/2010; SSTSJ Comunidad Valenciana 5-05-1995, AS 2138; Extremadura 8-07-1992, AS 3538). En efecto, dado los flujos variables de las actividades estacionales, es posible que lo que hoy se contrata como una eventualidad mañana se convierta en una necesidad permanente de la empresa y que el trabajador que inicialmente fue contratado temporalmente vea como la necesidad de sus servicios se prolonga más allá de una campaña o temporada. El Estatuto de los Trabajadores (art. 16.1, último párrafo) contempla esta vicisitud, y remite su regulación a los convenios colectivos de ámbito sectorial, que podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos discontinuos. Ello no es más que una consecuencia de los mandatos que

contiene la Directiva 1999/79/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, uno de cuyos objetivos declarados es “establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”.

La negociación colectiva ofrece múltiples ejemplos de tránsito de la eventualidad hacia la fijeza discontinua, configurando a los eventuales como cantera para reclutar discontinuos, otorgándoles preferencia para futuras contrataciones o asignándoles la condición de fijos discontinuos si se repite el llamamiento. Desde luego, cuando en un convenio se dispone que los trabajadores eventuales pasan a discontinuos si han realizado dos campañas de treinta días de trabajo, los tribunales no ven objeción a la aplicación de dicha cláusula (STSJ Comunidad Valenciana 25-04-2003, AS 1123). Es interesante en tal sentido la STS 26-10-2016, rec. 3826/2015, declarando que es trabajador fijo discontinuo “el que realice trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas dentro del volumen de actividad de la empresa; y ello con independencia, del número de jornadas que realice anualmente, porque es el carácter de necesidad reiterada y permanente el tiempo de la actividad contratada la que determina la presencia de la modalidad contractual”, anulando los preceptos de convenio colectivo del campo de Almería que endurecían el requisito para ser fijo discontinuo.

7.3. Por fraude en la contratación temporal

La forma patológica de adquirir la condición de fijo discontinuo surge cuando se celebran contratos temporales en fraude de ley para actividades periódicas o discontinuas. En tal supuesto se presumen celebrados por tiempo indefinido (art. 15.3 ET). Ello ha dado lugar a una depurada doctrina jurisprudencial, porque ya se sabe que los contratos son los que son y no lo que las partes dicen que son (STS 1-04-1991, RJ 3239). Para nuestro Tribunal Supremo “existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad (SSTS 26-10-2016, rec. 3826/2015; 18-09-2012, rec. 3880/2011 y 6-03-2009, rec. 3839/2007; 30-05-2007, rec. 5315/05, siguiendo lo establecido en las de 5-07-1999, rec. 2958/98 y 21-12-2006, rec. 4537/05).

Esta patología no se observa en el contrato a tiempo parcial, pues es de advertir que, a diferencia de lo que ocurre con el fijo discontinuo, la condición de trabajador a tiempo parcial no se adquiere por mero fraude en la contratación.

Al menos no hay sentencia en tal sentido en los repertorios jurisprudenciales. El fraude en el tiempo parcial está el encubrimiento de trabajos a tiempo completo.

En todo caso, la declaración judicial de fijeza discontinua tiene un alcance declarativo, no constitutivo, de la relación jurídica que reconoce, por lo que sus efectos se producen desde la primitiva contratación (STS 25-02-1998, RJ 2210).

Por citar unos cuantos supuestos y sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, se estima fijeza discontinua para los trabajadores de albergues de verano (Galicia 24-01-1996, AS 11), campañas culturales de duración coincidente con el curso escolar (País Vasco 19-11-2002, AS 2197), campaña anual de la renta (País Vasco 28-02-1994, AS 750), campaña de la uva (Comunidad Valenciana 29-01-1993, AS 532), clases de música durante el curso escolar (Navarra 20-04-1999, AS 6011), cuidado y atención de Parque Nacional en verano (Castilla-León 5-07-1994, AS 2997), socorrista en estación de esquí (Andalucía 10-09-2002, AS 3731; 20-11-2003, JUR 2004\36572), vigilante acequero (Castilla-León 15-10-2001, AS 4259), vigilante de playa (Andalucía 26-11-1999, AS 6868), auxiliar administrativo de parque deportivo estival (Aragón 22-01-2001, AS 558), hotel en temporada veraniega (Cataluña 15-06-1994, AS 2570), servicios auxiliares de aeropuerto (Canarias 25-10-2003, AS 2046), producción de tabaco (Andalucía 20-05-2003, JUR 79228), termalismo social (Andalucía 10-12-2002, JUR 2003\33560), atención al programa de vacaciones de la tercera edad (Andalucía 27-09-2002, JUR 2003\14843), atención a clientes extranjeros en oficina bancaria en la temporada estival (Cataluña 13-07-1998, AS 3476), que celebraron sucesivos contratos temporales; todos ellos por considerarse cíclica o periódica su actividad. Igualmente, en supuestos de reiteración de campañas de conservas de pescado (Asturias 19-04-2002, AS 1649), conservas vegetales (Murcia 19-10-1993, AS 4436), vegetales congelados (Castilla-La Mancha 18-09-2000, AS 4102), manipulado de almendras (Murcia 25-09-2000, AS 3643), estación de esquí (Castilla-León 11-02-1997, AS 907) o fabricación de calzado (La Rioja 23-11-1999, AS 4738). Tampoco una costera de mucho pescado impide acudir a la contratación de fijos discontinuos (Cantabria 26-05-2003, AS 4075 y 18-05-1998, AS 2152). Incluso se han declarado fijos discontinuos en empresa cervecera por resultar cíclica la sustitución de personal en vacaciones (Madrid 26-05-2003, AS 3171), y en empresa de conservas de pescado aunque se interponga contratación mediante ETT (Asturias 28-09-2001, AS 3246). Es fija discontinua la contratación durante diez años con contratos para obra o servicio para llevar a cabo servicios administrativos relacionados con la operación "Paso del Estrecho" (STS 24-10-2013, rec. 749/2012); la contratada para sucesivas campañas de esquí (STS 12-03-2012, rec. 2462/2011, y la de trabajador que celebra diversos contratos para obra o servicio para hacerse cargo de la explotación y mantenimiento de los medios mecánicos de una estación de esquí (STS 18-09-2012, rec. 3880/2011). También la de camareros

de servicios extras para la BBC (bodas, bautizos y comuniones) y servicios extras de la hostelería, como aparecen en la (STS 25-10-2013, rec. 198/2013).

No se ha estimado fijeza discontinua en la actividad de venta de ropa en comercio, porque es obvio que se realiza durante todo el año con regularidad, aunque puedan existir épocas o períodos concretos de mayor actividad (Cataluña 6-06-1996, AS 3356); ni si se suscriben los contratos con empleadores distintos, pues ello excluye la reiteración propia del trabajo fijo discontinuo (STSJ Madrid 28-10-1999, AS 6967). Tampoco, al faltar la nota de reiteración cíclica, en supermercado en época estival (Cataluña 18-10-1993, AS 4548), vendedor de espárragos (STSJ Madrid 19-05-1997, AS 1749), descarga de buques (Galicia 2-07-1998, AS 2415), servicio de atención a las preinscripciones universitarias (Cataluña 23-03-1998, AS 2316), monitor de natación (Galicia 5-12-2003, AS 2004\936); aunque en otro supuesto sí (Galicia 12-02-2003, AS 3192), como en Madrid 22-04-1999, AS 5088, para socorrista, y en Castilla-La Mancha 4-06-2003, AS 3957, para monitor deportivo socorrista.

En trabajos no cíclicos, sino *intermitentes*, un supuesto clásico de fijeza discontinua es el de los trabajadores que realizan encuestas al Instituto Nacional de Estadística (STS 5-07-1999, RJ 6443; SSTSJ Andalucía 14-12-2000, AS 2001\2769; Galicia 4-07-2000, AS 5373; Canarias 5-03-1999, AS 5725; en contra Murcia 3-04-2000, AS 1034); máxime si realizan encuesta anual (SSTSJ Cataluña 14-02-2002, AS 1450, País Vasco 15-02-2000, AS 3266). También los trabajos extras de hostelería (STS 25-10-2013, rec. 198/2013). No se estima para la elaboración de censo demográfico de carácter cuatrienal (STSJ Cataluña 12-12-2002, AS 2003\424). Pero se estima en doblador de series (STSJ Galicia 20-04-1990, AS 1120).

7.4. Por conversión de un contrato fijo continuo

Pese a que no es habitual, pero es asunto que se ha actualizado al socaire de la crisis económica, resulta posible adquirir la condición de trabajador fijo discontinuo por conversión de un contrato fijo continuo. En tal supuesto hay que respetar el principio de voluntariedad que recoge el artículo 12.4.e ET, sin que la negativa del trabajador pueda ser sancionada. Tampoco se puede imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo del artículo 41.1.a ET, siendo nulo el articulado de convenio colectivo que lo posibilita por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores (STS 12-03-2012, rec. 1748/2011). El precepto deja a salvo, no obstante, las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c ET, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (STSJ Baleares 24-07-2003, JUR 2004\55633).

Por ello se anula la decisión empresarial que no tiene el consentimiento del trabajador (SSTSJ Baleares 22-03-1995, AS 1170; 19-11-1993, AS 4838). Pero habiéndose negado el trabajador a novar su contrato de fijo a fijo discontinuo, se ha declarado procedente la extinción por causa económica si se constata la pérdida de clientela (STSJ Baleares 27-12-1995, AS 4703). Cuando la decisión de la empresa de novar los contratos se declara injustificada viene obligada al pago de los salarios dejados de percibir (STSJ Andalucía 3-03-1998, AS 5476). En todo caso, se debe tratar de una verdadera transformación de un contrato fijo a tiempo completo en otro fijo discontinuo, y no del mero reconocimiento de una situación ya acreditada de fijo discontinuo (STSJ Andalucía 1-10-1999, AS 7167).

En todo caso, cuando concurren circunstancias económicas, productivas, técnicas u organizativas de carácter colectivo y debidamente acreditadas, parece necesaria la regulación legal del procedimiento para la conversión de trabajos continuos en discontinuos. Y también la regulación legal para recorrer el camino inverso cuando dichas circunstancias desaparezcan.

Capítulo II

DIFERENCIA, CONCURRENCIA Y OCUPACIÓN

Para delimitar el perfil contractual del contrato fijo discontinuo no es suficiente con realizar la fotografía de frente para su DNI contractual, sino que es preciso ir más lejos escudriñando en sus diferencias y afinidades con otros contratos, en su concurrencia con otras modalidades contractuales y, en última instancia definiendo el gen específico que lo diferencia de otros contratos de trabajo. De eso se trata en este capítulo.

1. DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS DE TRABAJO

El contrato fijo discontinuo comparte rasgos comunes y diferenciales con otros tipos de contratos de trabajo. La constatación de esas diferencias y similitudes resulta útil para delimitar los contornos de nuestro contrato laboral.

1.1. Con el contrato fijo a tiempo completo

El fijo a tiempo completo y el fijo discontinuo comparten el rasgo común de pertenecer a la familia de los contratos de duración indefinida. Pero mientras que con el contrato a tiempo completo se prestan servicios durante todos los días laborables del año, con el contrato fijo discontinuo sólo se prestan durante determinadas campañas o temporadas. O, dicho de otra manera, el trabajador fijo discontinuo, aunque relacionado con la actividad permanente de la empresa, se diferencia de la actividad fija continua en que se produce con fases de inactividad (STSJ Madrid 17-12-1998, AS 4393).

1.2. Con el contrato a tiempo parcial

Debido a que el legislador ha considerado durante un cierto tiempo al contrato fijo discontinuo como especie del trabajo a tiempo parcial (consideración

en la que todavía mantiene al fijo periódico) parece necesario realizar un esfuerzo para distinguir unos contratos de otros y justificar que son cosas distintas.

Par ello, iniciamos la labor dando cuenta de la única característica que comparten, que no es otra que la realización de una jornada anual inferior a la típica o normal. Pero este dato, relevante sin duda, no puede pasar por alto las indudables diferencias que existen entre ambos contratos y que derivan, fundamentalmente, de la radical diferencia existente entre el trabajo estacional y el trabajo a tiempo parcial:

- a) El trabajo estacional se presenta en ciclos anuales de duración más o menos cierta y previsible, pero sujeto a las fluctuaciones propias de los factores estacionales. Su realización y duración será más o menos cierta y previsible según la mayor o menor incidencia que los factores climatológicos tengan en el proceso productivo estacional. Cuando surge la necesidad de trabajo estacional, lo hace con gran intensidad, requiriendo incluso la realización de turnos y horas extras. El contrato que se instrumenta para la realización del trabajo estacional no llega a prestar servicios durante todo el año, pero es debido a que la propia naturaleza del trabajo lo impide.
- b) La finalidad del trabajo discontinuo es atender las necesidades estacionales de la producción de bienes y servicios. Lo que se trabaja por campañas o temporadas no se puede trabajar, en general, durante todo el año.
- c) En cambio, la existencia del contrato a tiempo parcial obedece a otras razones. Es hijo de la crisis económica (entre nosotros aparece con el Estatuto de los Trabajadores en 1980) y nace como una respuesta a la necesidad de repartir el trabajo como bien escaso. Por eso es enemigo de las horas extras.
- d) La finalidad del contrato a tiempo parcial es ofrecer trabajo a *part-time* a quien no quiere o no puede trabajar a *full-time*. El contrato a tiempo parcial nace para *re-partir* el trabajo como bien escaso, y el legislador goza de libertad para fijar sus límites. Lo que se trabaja a tiempo parcial se puede trabajar, en general, a tiempo completo, y se puede fraccionar a gusto de las partes, vertical u horizontalmente. En cambio el contrato fijo discontinuo obedece a necesidades periódicas e intensas de trabajo en momentos puntuales con otras de absoluta inacción.
- e) La prestación del trabajo discontinuo cada año es cierta, pero de duración incierta. Esa incerteza estacional es la que obliga a que exista la institución

del llamamiento, desconocida en el trabajo a tiempo parcial, porque aquí trabajador y empresario saben con precisión los periodos de servicios, lo que incluso consta en el contrato.

- f) En particular, respecto de los fijos discontinuos, se produce lo que ha descrito la STSJ Comunidad Valenciana 19-07-1996, AS 2696: se acomoda a “un ritmo que va desde la parsimonia en su inicio, la aceleración o pleno desarrollo en su fase álgida y ralentización hasta el final de la campaña”. Estas curvas de trabajo no forman parte de la naturaleza del trabajo a tiempo parcial.

Las diferencias entre el contrato a tiempo parcial y el discontinuo derivan, pues, de la distinta realidad laboral que norman, de su distinta finalidad y de las distintas necesidades laborales a las que obedecen. Por eso, y de forma sintética, se ha declarado que “el contrato a tiempo parcial, exige la precisión del tiempo de efectividad servicios por el que se concierta, y el contrato para trabajos fijos discontinuos exige una precisión en el orden de los llamamientos” (STS 17-12-2001, RJ 2002\2116).

Obviamente, en su regulación y respetando la naturaleza de cada contrato, el legislador puede introducir las diferencias que considere oportuno. Así ocurre en nuestro derecho, en el que el contrato fijo discontinuo y periódico es siempre de duración indefinida mientras el contrato a tiempo parcial puede ser de duración temporal. O con la posibilidad de que el contrato fijo discontinuo sea a tiempo parcial; o que entre periodos de actividad los fijos discontinuos perciban prestaciones de desempleo, etc.

La evidencia de que el contrato a tiempo parcial y el fijo discontinuo no son la misma cosa (lo que es parte no puede ser especie) se encuentra en el propio Estatuto de los Trabajadores (art. 16.1, al final), que llama a la negociación colectiva a la utilización en los contratos fijos discontinuos de la modalidad a tiempo parcial. El acuerdo en tal sentido es posible y lícito (STSJ Castilla-León 11-03-1997, AS 574).

1.3. Con los contratos temporales

Aunque, en rigor, el contrato fijo discontinuo es una serie de contratos eventuales encadenados, hay una diferencia clara, precisamente en la existencia de la cadena: el contrato fijo discontinuo es de duración indefinida, fijo; los contratos temporales están sujetos a término. Pero, como las eventualidades que se repiten cíclicamente se han de instrumentar mediante contrato fijo discontinuo, también hay diferencia en el objeto del contrato: existe contrato fijo discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico o en

intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad (SSTS 27-09-1988, RJ 7129, 26-05-1997, RJ 4426, 1-10-2001, RJ 8488; 4-05-2004, ED 31772).

Por contra, el contrato eventual está justificado cuando “la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular” (STS 25-02-1998, RJ 2210). Sólo será posible la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales (STS 5-07-1999, RJ 6443). Tampoco hay eventualidad cuando se infringen sus límites temporales, o la contratación no se realiza para atender circunstancias excepcionales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, sino para participar en la actividad ordinaria de la empresa (STS 26-05-1997, RJ 4426). Ni es válido el contrato para obra o servicio determinado para aquellas actividades, como la recolección de cítricos, que se consideran actividad permanente de la empresa “recolectora”, sin que ninguna tenga sustantividad propia, pues no responden a una necesidad temporal transitoria, sino a la actividad normal y ordinaria de la empresa (STS 4-10-2017, rec. 176/2016).

La doctrina unificada que se ha expuesto, rige también en suplicación: “la eventualidad debe quedar excepcionalmente limitada a trabajos fuera de campaña o dentro de ella a pedidos de magnitud excepcional que desborden las posibilidades laborales de toda la plantilla de fijos discontinuos” (STSJ Murcia 29-01-1990, AS 2417). El contrato para obra o servicio determinado se caracteriza porque la contratación ha de obedecer a una necesidad concreta, específica y determinada, limitada en el tiempo y de duración incierta; lo que obviamente no se corresponde con tareas cuya duración está perfectamente preestablecida y, sobre todo, que necesariamente se producen cada anualidad, de forma que no pueden considerarse como actividades de carácter eventual y transitorio. La diferencia entre el contrato eventual para obra o servicio determinado y el fijo discontinuo, radica en que el primero de ellos tan sólo puede ser utilizado para la cobertura de necesidades puramente transitorias, episódicas y que no tiene continuidad fija y determinada dentro de la actividad normal y ordinaria de la empresa; mientras que el segundo está referido a tareas que se repiten necesariamente cada anualidad o temporada dentro del ciclo productivo ordinario. De lo que se desprende que el trabajo fijo discontinuo obedece a una necesidad permanente que debe ser cubierta por trabajadores con relación laboral indefinida, mientras que puede acudir a la contratación temporal cuando se trate de una obra o servicio de carácter transitorio que no se repita de manera cíclica y periódica dentro del proceso productivo (SSTSJ Madrid, 26-02-1998, AS 5040; Cataluña 29-10-1998, AS 4220; Extremadura 27-03-1998, AS 1155).

1.4. El eventual discontinuo y el trabajo a llamada

La jurisprudencia ha rechazado la cláusula convencional que fijó para los trabajadores eventuales el derecho a ser llamados al trabajo, y lógicamente retribuidos exclusivamente los días en que sean precisos sus servicios a la empresa, declarando que “el contrato eventual no puede ser intermitente”, pues la intermitencia queda reservada para el trabajo fijo discontinuo (SSTS 17-12-2001, RJ 2002\2028 y 2116).

Por ello, no es extraño que los tribunales avisen sobre las dificultades que entraña introducir la figura del contrato eventual en ambientes discontinuos, ante el riesgo de colisión entre sus respectivos derechos al trabajo que puede producirse (STSJ Murcia 19-10-1993, AS 4436), y porque el apoyo laboral que los eventuales prestan puede obtenerlo la empresa más fácilmente, y sin conflicto de intereses, mediante la contratación de nuevos fijos discontinuos que por ser los más modernos, serán los primeros en cesar y no conservarán otro derecho que el de volver a trabajar en temporadas sucesivas cuando por necesidades de la producción no pudieran ser atendidas todas las tareas con los más antiguos (STSJ Andalucía 6-11-1995, AS 4225).

Tampoco debería confundirse el trabajo fijo discontinuo, en cualquiera de sus modalidades, con el *trabajo a llamada*, modalidad en la que el trabajador queda a la entera disponibilidad del empresario en cuanto a la concreción de las horas y días en los que debe trabajar. Ha sido declarado ilegal por el Tribunal Supremo, porque el régimen de trabajo a llamada es incompatible con el mandato general del artículo 1256 del Código Civil según el cual “la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (SSTS 17-12-2001, RJ 2002\2028 y 2116). Por ello, si el obrero eventual que ha realizado trabajos intermitentes reclama los salarios del tiempo no trabajado, la demanda prospera (STSJ Murcia 17-02-2003, AS 469).

En el derecho comparado el trabajo intermitente o trabajo a llamada se encuentra admitido expresamente, con determinados requisitos y atemperaciones. Valga como ejemplo el artículo 4 de la ley alemana de fomento de empleo de 26 de abril de 1985 (*Beschäftigungsförderungsgesetz*) sobre el régimen de trabajo llamado *Kapovaz*, y el artículo 212-4-12 y siguientes del *Code du travail* francés sobre *le travail intermittent* (limitado al contrato de trabajo por tiempo indeterminado a partir de la ley 2000-37), según leemos en el voto minoritario de las SSTS 17-12-2001, RJ 2002\2028 y 2116.

Pero una cosa es dejar el cumplimiento del contrato al exclusivo albur del empresario y otra bien distinta no regular el trabajo a llamada y los derechos y obligaciones de las partes. Uno de los retos que hoy tiene nuestro Derecho del

Trabajo es si regula el creciente trabajo a llamada o si deja la regulación del mismo a las leyes del mercado, esto es, a la ley del más fuerte en la relación laboral. El trabajo a llamada se debe instrumentalizar necesariamente para un trabajo que es intermitente mediante contrato fijo discontinuo, regulando el derecho a la ocupación mediante la institución del llamamiento. Sería deseable que esto se hiciese a través de instrumentos legales. La fijeza discontinua en los empleos intermitentes es una forma de compensar a estos trabajadores el menoscabo de su derecho constitucional al pleno empleo.

2. CONCURRENCIA CON OTROS CONTRATOS DE TRABAJO

2.1. Trabajo a tiempo parcial

Que los contratos fijos periódicos y discontinuos constituyen una modalidad contractual autónoma lo evidencia en hecho de que pueden celebrarse a jornada completa y a tiempo parcial. El propio Estatuto de los Trabajadores admite esta posibilidad cuando en su artículo 16.1, penúltimo párrafo, encomienda a los convenios colectivos sectoriales la posible utilización de los contratos de fijos discontinuos a tiempo parcial.

En tal supuesto, la jornada del operario discontinuo a tiempo parcial habrá de ser inferior a la de un trabajador fijo discontinuo a tiempo completo comparable; pues no tiene sentido utilizar como parámetro de referencia la jornada anual de un trabajador continuo, porque la menor duración anual es, por definición, consustancial a los contratos fijos discontinuos.

De esta manera, la única posibilidad de que los fijos discontinuos accedan a la jubilación parcial es que el convenio colectivo sectorial permita la existencia de discontinuos a tiempo parcial (art. 12.6 ET en relación con el 16.1 ET). Es difícil concertar un contrato de relevo para un discontinuo, salvo en los supuestos de relevo de fijo discontinuo de curso o periódico (STSJ Baleares 7-07-1992, AS 3913), pues el relevista no ocupará el tiempo de trabajo del relevado (art. 12.6 ET), sino el que le corresponda por el orden que fije el convenio colectivo. En la STSJ Navarra 22-04-2002, AS 1614, se admite que el relevista sea un desempleado que había estado vinculado con la empresa mediante contrato fijo discontinuo.

2.2. Relaciones laborales de carácter especial

Salvo alguna excepción, cualquier tipo de relación laboral de carácter especial se puede concertar para trabajos fijos discontinuos y periódicos. Así, se puede ser alto cargo o representante de comercio en empresa de temporada, en ejercicio de la libertad contractual que recogen sus reglamentos profesionales (art. 6 RD

1382/1985 y art. 3 RD 1438/1985, respectivamente). El trabajador doméstico igualmente puede contratarse con carácter discontinuo (art. 4 RD 1424/1985), al igual que el minusválido que trabaje en centros especiales de empleo si pacta duración indefinida (arts. 7.1 y 10.1 RD 1368/1985). De acuerdo con lo previsto en el artículo 5.2 RD 1435/1985, se admite expresamente la contratación fija discontinua para los artistas en espectáculos públicos (SSTSJ Cataluña 16-03-2001, AS 1462; Andalucía 21-06-1996, AS 1764; Baleares 22-12-1992, AS 6145), aunque puede desestimarse (SSTSJ Baleares 12-11-1998, AS 4595; Cataluña 21-03-2003, AS 2510). El trabajo de estiba y desestima, intermitente y estacional por naturaleza, al concertarse por tiempo indefinido (art. 14 RDL 2/1986) también puede ser fijo discontinuo (STSJ Galicia 4-11-1999, AS 3496).

En cambio, resulta imposible que el trabajo de los penados en instituciones penitenciarias (art. 26 y ss. LO 1/1979) sea discontinuo, debido a la temporalidad de la condena y a que, expresamente, “la duración de la relación laboral coincidirá con la de la obra o servicio que se le encomiende” (art. 7.2 RD 782/2001). Igual ocurre con los deportistas profesionales, pese a que trabajan por temporadas, ya que su relación laboral es siempre de duración determinada (art. 6 RD 1006/1985).

2.3. Otros contratos

La naturaleza temporal de los contratos formativos, tanto en prácticas (art. 11.1.b ET) como para la formación (art. 11.2.c ET) la hace incompatible con la duración indefinida de los trabajos discontinuos o periódicos. Sí puede ser fijo discontinuo el trabajo a distancia de naturaleza cíclica (art. 13 ET), y aunque se admite la posibilidad de contrato de grupo fijo discontinuo (art. 10 ET), no se estima en la STSJ Castilla-León 27-11-1993, AS 4704.

En los ámbitos del trabajo discontinuo apenas se suele utilizar el contrato de interinidad para sustituir a trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo (art. 15.1.c ET), salvo en fijos periódicos (STSJ Andalucía 22-05-1996, AS 1546), o de curso (STSJ Canarias 7-02-1997, AS 1100). La razón es bien sencilla, en realidad quien sustituye al excedente es quien ocupa su siguiente puesto en el censo de llamamiento y, por otro lado, si es ilegal el “eventual discontinuo” (*supra* 1.4), tampoco parece razonable admitir el “interino discontinuo” o intermitente.

3. EL DERECHO A LA OCUPACIÓN EFECTIVA DEL FIJO DISCONTINUO

Pero, vistas las diferencias y afinidades con otras modalidades contractuales, se hace necesario indagar en la genética propia que distingue al contrato de trabajo de los demás contratos de trabajo. La pregunta es clara ¿cuál es el gen

que distingue al contrato de trabajo de las otras modalidades contractuales? ¿Cuál es el gen que hace que otra modalidad de contrato de trabajo pueda ser fijo discontinuo o no? Para dar respuesta a la pregunta se hace preciso indagar en cómo se modaliza el derecho a la ocupación efectiva del trabajador fijo discontinuo.

3.1. Un derecho con límites

Por definición, el derecho al trabajo, a la ocupación efectiva (art. 4.2.a ET), de los trabajadores fijos discontinuos no es un derecho pleno, sino limitado, por cuanto la discontinuidad es elemento constitutivo del contrato. ¿Cuáles son esos límites?

Los enuncia el propio Estatuto de los Trabajadores (art. 16.1). De una parte, al decir que el contrato *“se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas”*, está poniendo un límite objetivo a la ocupación del trabajador: la existencia de trabajos discontinuos. Pero también está poniendo un límite temporal: esas fechas inciertas. Además, pone otros límites al agregar el mismo artículo 16.2 ET que, dentro de esos límites objetivos y temporales, los trabajadores *“serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos”*. Se trata de un límite subjetivo, por cuando el orden en que sea llamado el trabajador depende de su posición personal en el censo de fijos discontinuos. Como resultado, el derecho a la ocupación efectiva del trabajador fijo discontinuo resulta de la conjugación de esos límites: el objetivo, el temporal y el subjetivo, realizado a través de la institución del llamamiento. De todo ello se trata a continuación.

Al fijar negociación colectiva la forma y orden del llamamiento, es la que deslinda el derecho a la ocupación efectiva de los fijos discontinuos, pudiendo establecer incluso un límite de ocupación, como ocurre en el supuesto enjuiciado por la STSJ Aragón 22-03-2000, AS 1452.

3.2. El límite temporal: la temporada o campaña

Las actividades discontinuas se presentan, por razones estacionales, durante un periodo de tiempo que definimos como *temporada* (si no tiene interrupciones) o *campaña* (si las tiene). Durante ese ciclo, por la celebración del contrato de trabajo, el empresario viene obligado a dar ocupación efectiva al trabajador. O dicho de otra manera, fuera de ese lapso el empresario queda exonerado de dar empleo al trabajador discontinuo. Es decir, la temporada o campaña se convierte en el límite temporal dentro del cual el trabajador puede exigir y tener ocupación efectiva. De

ahí que la STS 6-04-1999, RJ 4396, diga que los trabajadores fijos discontinuos tienen derecho a ser llamados dentro de las respectivas temporadas, pero tal derecho preferente no alcanza a otras épocas distintas. Tampoco a campañas diferentes de la contratada (STSJ Comunidad Valenciana 19-11-1996, AS 3829); o, desde otro punto, el trabajador puede ser llamado durante toda la campaña, aunque en algunos meses no lo hiciera con anterioridad, sin que esto entrañe modificación sustancial de las condiciones de trabajo (STSJ Comunidad Valenciana 26-04-2001, AS 2002\866). Por eso, las necesidades imprevistas o extraordinarias que puedan surgir fuera de campaña o temporada no tienen necesariamente que ser cubiertas con los fijos discontinuos, salvo previsión convencional, pues la empresa en estos casos puede acudir a las fórmulas de contratación eventual suscribiendo los correspondientes contratos con los mismos trabajadores fijos discontinuos o con otros trabajadores distintos, incluso a tiempo parcial (STSJ Andalucía 22-12-1998, AS 7669).

La duración de la temporada la delimita el elemento estacional que incida en el trabajo concertado. Así, será la nieve en las estaciones de esquí, la maduración de la fruta en su recolección o transformación, o las vacaciones en el sector turístico. Aunque se puede incidir de diversas maneras sobre la duración de la temporada o campaña, la fijación de estas que hacen algunas normas debe entenderse como orientativa, a los efectos de fijar el periodo durante el que es posible la contratación o a efectos de Seguridad Social; pero en materia de contrato no es competencia administrativa. Por ello, precisamente el Estatuto de los Trabajadores dice que en el contrato fijo discontinuo *"deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad"* (art. 16.3); duración "estimada", y no cierta o precisa, de la actividad contratada. En realidad, la duración real de la temporada o campaña, por la incertidumbre que introduce el elemento estacional, es más una cuestión de estadística que de derecho: el promedio de los últimos años de trabajo. La campaña o temporada son ciertas en su advenimiento, pero inciertas en su duración.

El derecho a ser llamado se extiende no sólo a la campaña, sino también a las labores de la denominada "precampaña", si esta se repite con cadencia cíclica, aunque sea de duración incierta y se instrumente mediante contratos eventuales (SSTSJ Comunidad Valenciana 28 y 16-10-1997, AS 4211 y 3197; Andalucía 8-11-2002, AS 2003\530; en contra STSJ Andalucía 19-11-2002, JUR 2003\31745).

3.3. El límite objetivo: las actividades de temporada o campaña

El inicio de la temporada o campaña no determina, sin más la obligación de llamada. De las SSTS 27-09-1982, RJ 5290, y 22-12-1983, RJ 6429, se infiere que la reincorporación de los trabajadores fijos discontinuos no es un derecho puro desconectado de la realidad y sólo sometido al advenimiento de una fecha fatal

y precisa, la del inicio de la actividad o la de aquélla en que usualmente se venía haciendo, sino condicionada por múltiples factores, de forma que el llamamiento debe acomodarse a las necesidades de mano de obra que en cada momento se precise según la propia actividad de la empresa (STSJ Baleares 12-02-1992, AS 525), y las circunstancias en ella influyentes desde muchos aspectos: producción, climatología, crisis de mercado (STSJ Comunidad Valenciana 16-09-1998, AS 3617).

Y es que el derecho a la ocupación efectiva del trabajador fijo discontinuo no sólo está limitado temporalmente por la existencia de la temporada, sino que su prestación de servicios ha de ceñirse expresamente a las actividades que se realizan durante esa campaña o temporada. Por ello es posible, sobre todo con los discontinuos de duración incierta, que incluso dentro de campaña o temporada no tengan ocupación, “porque el hecho de que la empresa, por haber tenido fruto y mercado suficiente, haya trabajado en los últimos años, un gran número de días o incluso ininterrumpidamente, no obliga a la patronal a facilitar a sus trabajadores fijos discontinuos igual número de días de trabajo en años sucesivos, en los que por falta de fruto o de mercado, su actividad puede decrecer sensiblemente” (STSJ Murcia 26-09-1990, AS 2508).

Insiste en esta idea la doctrina de suplicación, sobre todos en los fijos discontinuos de actividad incierta: la empresa viene obligada al llamamiento de sus trabajadores fijos discontinuos a medida que sus servicios son necesarios (STSJ Murcia 10-05-1994, AS 1816). En el mismo sentido, la STSJ Andalucía 15-12-1997, AS 5146, declara que la condición de fijo discontinuo no atribuye al trabajador el derecho a ser llamado todas las campañas, pues la empresa sólo viene obligada a hacer los llamamientos según sus necesidades de campaña (STSJ Comunidad Valenciana 26-04-1995, AS 1752). En definitiva, el llamamiento está supeditado siempre a la campaña o temporada correspondiente, pero también a las necesidades de ocupación, progresiva o regresiva, dentro de ella (STSJ Andalucía 19-01-1998, AS 905). Evidentemente, esa incertidumbre disminuye en proporción a cómo aumenta la certeza de la temporada o campaña, siendo menor en los fijos periódicos y mínima en los discontinuos de curso.

El derecho al llamamiento de los fijos discontinuos cede ante contrataciones hechas a terceras empresas que obedecen a actividades extraordinarias y especializadas ajenas a las funciones de los fijos discontinuos (STSJ Andalucía 20-11-2001, AS 2002\174; 15-05-2001, AS 2863).

3.4. El límite subjetivo: fijos continuos, eventuales y discontinuos

El derecho a la ocupación efectiva de los trabajadores fijos discontinuos también está limitado por los derechos de otros trabajadores con los que pueden

concurrir en las actividades de temporada: fijos continuos y eventuales, de un lado y, de otro, aquellos con los que comparte su condición de fijo discontinuo.

a) Los fijos continuos

Fijos discontinuos y fijos continuos se emplean en actividades de distinta naturaleza: unos de campaña o temporada, otros de forma permanente. Cada uno se debe ocupar de lo suyo, pero, en más de una ocasión, el límite no está claro. Ante tales circunstancias, la cuestión es quién tiene derecho preferente a ser ocupado.

En principio parece que los fijos continuos tienen ese derecho preferente, salvo que se vulneren derechos fundamentales (como el de huelga STC 123/1992) o se superen los límites de la movilidad funcional (SSTSJ Murcia 24-04-1997, AS 1313; 27-01-1998, AS 1076). Así se ha Fallado por la STSJ Castilla-León 10-06-2002, AS 2302, para tareas de intercampana, y por la STSJ Andalucía 3-05-1993, AS 2362.

b) Los eventuales

En cambio, gozan los fijos discontinuos de preferencia respecto de los eventuales en los trabajos de temporada (STS 6-04-1999, RJ 4396), pues si deben ser los primeros en ser llamados, lógicamente deben ser los últimos en dejar de trabajar (SSTSJ Murcia 13-07-1992, AS 3600; Andalucía 6-11-1995, AS 4225), sin que su trabajo tampoco lo pueda realizar quien es contratado como interino (STSJ Baleares 22-10-1999, AS 6932). Tampoco se puede amortizar puestos de fijos discontinuos para sustituirlos por eventuales (STSJ Comunidad Valenciana 24-01-1996, AS 131).

Y esto es así porque la contratación eventual tiene, por propia naturaleza, un carácter subsidiario con relación a la de fijos discontinuos, y su aparición está condicionada a que la empresa no puede atender la acumulación de tareas o el exceso de pedidos con los discontinuos de su plantilla (STSJ Murcia 19-10-1993, AS 4436); razón por la que, obviamente, tal contratación eventual no cabe al comenzar una temporada y sólo es posible cuando, estando todos los fijos discontinuos trabajando, se constata un exceso de trabajo. Lo contrario sería tanto como permitir a la empresa dejar vacía de contenido la relación de los fijos discontinuos, pues podría disponer libremente del derecho al llamamiento mediante la contratación de eventuales (STSJ Aragón 22-03-2000, AS 1452).

Por la misma razón, los trabajadores fijos discontinuos deben mantener su ocupación con preferencia a los contratos de puesta a disposición con Empresas de Trabajo Temporal, pues no es aceptable que se esgrima, como razón para

justificar la contratación de personal proveniente de ETT, la celeridad con que éste se incorpora a la fábrica cuando es llamado en tanto que el fijo discontinuo ha de ser preavisado convencionalmente con tres días de antelación (STSJ Galicia 16-07-1999, AS 2158). Por eso es legal la cláusula convencional que restringe los contratos de puesta a disposición a que la empresa no pueda cubrir sus eventualidades con sus trabajadores fijos, discontinuos o eventuales; y que los empleados con contrato de puesta a disposición no podrán mantener esa relación más de una temporada, debiendo ser contratados directamente por la empresa usuaria en la segunda (STSJ Andalucía 10-07-2002, AS 880).

Pero el discontinuo tiene esta preferencia sobre los eventuales únicamente dentro de las respectivas temporadas, y no alcanza a otras épocas distintas no contempladas convencional ni legalmente (STS 6-04-1999, RJ 4396). La preferencia tampoco se ha estimado para la realización de horas extraordinarias (STSJ Murcia 10-06-1998, AS 5661), ni para trabajos distintos a los atribuidos a los fijos discontinuos (SAN 5-03-1998, AS 1010) o de actividad no cíclica (STSJ Navarra 11-10-1994, AS 3761).

c) Los otros discontinuos

Ya hemos visto que, dentro de su campaña o temporada, el trabajador fijo discontinuo goza de mejor derecho a la ocupación respecto de los eventuales, y de peor derecho que los fijos continuos. Pero, ¿cómo se delimita el derecho respecto de los demás discontinuos?

De acuerdo con el artículo 16.2 ET, el trabajador fijo discontinuo debe ser llamado según el orden que establezca el convenio colectivo. La disposición legal presume la existencia de una ordenación de dichos trabajadores, lo que se hace mediante el censo o escalafón que se elabora en cada empresa de acuerdo con los criterios que, en su caso, establezca el convenio colectivo. En ese censo constará la antigüedad, el centro de trabajo o sección en la que se ocupe el trabajador, su categoría o especialidad, etc., es decir, los factores que el convenio colectivo estime como determinantes para configurar el orden de llamamiento al trabajo.

Estos factores son subjetivos, puesto que cada fijo discontinuo tiene su antigüedad, grupo profesional, categoría o especialidad, que delimitan su derecho al llamamiento (STSJ Comunidad Valenciana 27-10-2001, JUR 2002\256537); derecho que, en definitiva, implica que unos trabajadores son llamados y empiezan a trabajar con anterioridad a otros (STSJ Castilla-La Mancha 6-03-1997, AS 1027) y que la llamada o el cese conforme al orden y las categorías establecidos en el censo no constituye despido (SSTSJ Baleares 24-07-2001, AS 4573; 24-07-1994, AS 3100; Castilla-León 3-02-2004, JUR 81675).

Los convenios colectivos suelen tener disposiciones sobre la elaboración del censo: forma, cadencia, publicidad, reclamaciones, etc., y a sus previsiones habrá que estar. Cabe demanda contra lo que disponga el censo, en proceso en el que deberán ser llamados a juicio los trabajadores que pudieran verse afectados por la decisión judicial (STSJ Andalucía 24-09-1996, AS 4882); aunque no el comité de empresa o la comisión paritaria (STSJ Extremadura 3-10-1994, AS 3807), salvo que se impugne su acuerdo.

4. LA CONJUGACIÓN DE LOS LÍMITES: EL LLAMAMIENTO

Si hay una institución propia del contrato de trabajo fijo discontinuo es, sin lugar a dudas, la del llamamiento, de tal manera que podemos decir que, si a lo largo del año el trabajador precisa de llamamiento para realizar su actividad laboral será fijo discontinuo y, por el contrario, si no hay llamamiento no es fijo discontinuo. Sólo se llama al que ya ha sido empleado con anterioridad en la empresa, al que tiene el contrato en estado de latencia, pero con la obligación empresarial de llamarlo cuando reinicie la actividad para la que fue contratado. Al que es *nuevo* se le *contrata*.

Al presentarse la actividad para la que es contratado el trabajador cíclicamente pero con dosis de incertidumbre en cuanto a su fecha de inicio, surge la institución del llamamiento. El llamamiento es una institución única y exclusiva de este tipo de contratos. Por eso dice la jurisprudencia que el contrato fijo discontinuo exige “la precisión del orden de llamamientos” (STS 17-12-2001, RJ 2002\2116).

El convenio colectivo, de acuerdo con la encomienda que le realiza el artículo 16.2 ET, debe precisar el orden y la forma en que serán llamados los trabajadores fijos discontinuos. El derecho al llamamiento y el correlativo deber empresarial de formalizarlo se convierte así en un derecho subjetivo del trabajador fijo discontinuo, la forma en que se modaliza su derecho a la ocupación efectiva.

Como ya se dijo (*supra* I.4), el trabajo fijo discontinuo admite legalmente dos variedades: fijos periódicos y fijos discontinuos en sentido estricto. En estos últimos, cuando se trata de actividades fijas y periódicas pero discontinuas e imprevisibles en el tiempo por factores estacionales, se impone una clara obligación de llamada (STSJ Castilla-La Mancha 6-03-1997, AS 1027). Los trabajadores causarán altas y bajas en la empresa en función de las necesidades de la producción, en una actuación con suficiente elasticidad y rapidez que, por definición, excluye la necesidad del trámite del expediente de regulación para obtener las sucesivas autorizaciones administrativas (STSJ Comunidad Valenciana 19-07-1996, AS 2696). También es clara la necesidad de llamada en cualquier trabajo intermitente o a llamada.

Pero la convocatoria al trabajo también hay que verificarla a los fijos discontinuos de curso, y la falta de llamamiento al reinicio de la actividad escolar se considera despido, tal como se ha venido resolviendo por la doctrina jurisprudencial (STS 23-06-1998, RJ 5483), en razón justamente al derecho de llamada con carácter cíclico (SSTSJ Canarias 7-02-1997, AS 1100, Andalucía 22-05-1996, AS 1546, Galicia 25-06-1999, AS 5818). El no llamamiento lo pueden sufrir también los fijos periódicos, en cuyo caso entablarán igualmente demanda de despido, sujeta al plazo específico de caducidad de los fijos discontinuos (STSJ Madrid 31-03-1999, AS 1195).

La empresa también debe llamar al trabajador en IT y darlo de alta en Seguridad Social (SSTSJ Cantabria 10-08-1995, AS 3158; Baleares 9-11-1992, AS 5798); pues la suspensión del contrato solamente exonera de las obligaciones trabajar y retribuir, pero no de llamar (STSJ Andalucía 10-05-1994, AS 2139), aunque la falta de llamamiento no siempre se califica de despido, pues el trabajador está impedido para el trabajo. Como dice el TS (14-07-2016, rec. 3254/2015), cuando un trabajador fijo discontinuo es objeto de llamamiento (ya sea por inicio de la actividad o por reanudación de una actividad suspendida) y se encuentra en ese momento en situación de incapacidad temporal corresponde su alta en la empresa que asume la obligación de cotizar.

4.1. Sobre el deber de llamamiento

Existe una obligación empresarial de llamamiento a los trabajadores fijos discontinuos en la forma en que determinen los convenios colectivos; y un derecho del trabajador a ser llamado. Es la cláusula obligacional típica del contrato fijo discontinuo.

Esto constituye, ciertamente, una limitación del poder de dirección empresarial (arts. 5 y 20 ET), pues la configuración del llamamiento como un derecho atribuido subjetivamente al trabajador veda al empresario la posibilidad de recurrir a otros medios de organización del trabajo que, garantizándole igual volumen de actividad, le permitan retrasar el llamamiento. Tal sería el caso de la ampliación de jornadas, o del ofrecimiento de horas extraordinarias, a los trabajadores ya ocupados para demorar la incorporación al trabajo de los fijos discontinuos, o la utilización de trabajadores cedidos por ETT (SJS 4 Sevilla 16-09-2002, AS 3816). Tampoco se puede permitir que un trabajador fijo discontinuo no sea llamado al inicio de una nueva temporada alegando que sus servicios no son necesarios por reducción de la actividad basada en factores coyunturales, climatológicos, de mercado, etc., sin un control administrativo y/o judicial de tales factores. Esto supondría otorgar tal flexibilidad al derecho al llamamiento

que, de hecho, produciría un cambio en la calificación jurídica del contrato y en el diseño que de la extinción de la relación laboral hace la legislación vigente (STSJ Comunidad Valenciana 4-09-1999, AS 4248).

La obligación empresarial del llamamiento como un derecho subjetivo del trabajador sugiere que puede ser reclamado ya no sólo en caso de postergación, sino ante la simple omisión de llamamiento. Dicha obligación no impone al empresario solamente la necesidad de seguir un orden preestablecido de incorporación al trabajo de los fijos discontinuos, sino que cuando se dan las condiciones que el convenio establece, nace la misma obligación de la incorporación y además por el orden establecido. Así se imposibilita omitir el llamamiento de los fijos discontinuos por la vía de emplear en su lugar a otros trabajadores vinculados por relaciones laborales de otra naturaleza. El derecho subjetivo de los fijos discontinuos al llamamiento explica, entre otras, la necesidad de recurrir a la autorización administrativa para la suspensión de los contratos de trabajo cuando no se reinicia la actividad, pues de considerar que sólo atribuye una preferencia respecto de otros que se encuentren en posición posterior en el censo no sería necesaria dicha autorización (SJS 4 Sevilla 16-09-2002, AS 3816).

En definitiva, existe una obligación de llamada. De lo contrario, la inseguridad jurídica que se crearía al trabajador sería enorme, pues no sabría nunca si en las próximas campañas va a ser llamado (y si la falta de llamamiento en la presente únicamente es una situación suspensiva) o si no va a ser llamado nunca más (STSJ Comunidad Valenciana 4-09-1999, AS 4248). Aunque se matiza que la falta de convocatoria puede obedecer a múltiples razones como errores en la antigüedad, en su domicilio, o por no ser necesarios los servicios (SSTSJ Comunidad Valenciana 9-05-1996, AS 1608; 23-03-1999, AS 1648). Pero hay obligación de llamada y deber de atenderla. El derecho al llamamiento es la configuración del derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo en las actividades de temporada, campaña o intermitentes.

Justamente por eso, el derecho de llamada del trabajador y el correlativo deber de convocatoria del empresario tiene una garantía: la posibilidad de accionar por despido si no se produce (art. 16.2 ET), despido cuya finalidad es la de garantizar que la empresa cumpla con su obligación legal (SSTS 6-02 y 23-10-1995, RJ 2004 y 7867). Y si el trabajador no atiende la llamada, fenece el vínculo laboral por desistimiento. De esta manera, el derecho a la ocupación efectiva del trabajador discontinuo queda sujeto a control judicial.

La falta de llamamiento de trabajadores cuando se superan los umbrales del art. 51 ET exige la tramitación del oportuno expediente de despido colectivo, so pena de declaración de nulidad de los despidos (SSTS 10-05-2017, recs. 1246, 1247 y 1623/2016).

4.2. Orden

En las primeras versiones del Estatuto de los Trabajadores se establecía que el llamamiento fuese por orden de antigüedad dentro de cada categoría o especialidad. Pero desde la reforma de 1993-1994 es materia deslegalizada, y su regulación se remite a la negociación colectiva. En ello tuvo notable influencia la STS 24-02-1992, RJ 1052, que desestimó la impugnación de un convenio colectivo que introdujo fórmulas distintas de llamamiento en razón de las dificultades que comportaba la institución en la agricultura. Deslegalizado el llamamiento, habrá que estar a lo dispuesto en los convenios, que en la mayoría de los casos mantienen el orden de antigüedad por categorías o grupos profesionales (STSJ Comunidad Valenciana 6-03-2002, JUR 2003\56181, por todas), de acuerdo con el aforismo *prior tempore, potior iure*.

Lo criticable es que la ley no fije criterio ni forma alternativos si no existe regulación convencional del llamamiento. En este caso, lo más inmediato es acudir a fuentes supletorias, como la costumbre o los propios antecedentes legislativos. La STSJ La Rioja 13-04-1999, AS 835 resuelve que “ha de estarse a la forma habitual de hacerlo”, esto es, a la costumbre existente (art. 3.1.d ET). En todo caso, sería deseable que la ley regulase este supuesto, estableciendo que, de no haber regulación convencional del llamamiento (y del cese), se seguirá el orden de antigüedad por categoría profesional.

Que la regulación del llamamiento esté deslegalizado no supone que quede al libre albedrío del empresario. Primero, porque el Estatuto no ha dejado a los negociadores de convenio la posibilidad de decir cualquier cosa sobre el orden de llamamiento, y menos la de situar dentro del libre poder de dirección del empresario el orden a seguir. Y segundo, porque la fijación del sistema se sitúa en la órbita de la autonomía colectiva admitiendo, pero exigiendo, que los convenios colectivos fijen el orden y la forma del llamamiento, con la finalidad de garantizar que esa llamada se haga con arreglo a un sistema objetivo previamente conocido por los interesados que les permita conocer su derecho y, en su caso, protegerse frente a un posible despido encubierto (STS 7-03-2003, RJ 4499).

4.3. Forma

La forma alude a cómo se exterioriza la voluntad del empresario de convocar al trabajador fijo discontinuo para las labores concertadas. Puede ser verbal o escrita. Como regulan algunos convenios colectivos, parece conveniente que queda constancia de que el empresario ha cumplido con su deber. Hay que tener en cuenta que el plazo para reclamar por despido se inicia desde el momento en que el trabajador tuviese conocimiento de la falta de llamamiento o convocatoria. Pero, legalmente, no hay obligación de hacerlo por escrito (STS 6-02-1995, RJ

2004; STSJ Baleares 6-04-1994, AS 1350). Deberían los convenios colectivos dar seguridad jurídica regulando la materia en cuanto a la forma de llamamiento con más claridad y precisión.

Las posibles formas de llamamiento son múltiples: personación de los trabajadores en la empresa donde se les notifica verbalmente (STSJ Cataluña 19-07-1993, AS 3581), mediante encargados, listeros, otros trabajadores o terceros, llamada telefónica, tablón de anuncios, carteles, pregonero, megafonía fija o móvil, anuncios en medios de comunicación locales (periódico, radio, televisión), página web de la empresa... Cabe también la forma escrita (correo, fax, mensaje a móvil, etc.) e incluso el correo electrónico. Igualmente, los convenios tienen libertad para fijar con qué antelación se debe convocar al trabajo.

Llamamos a los convenios colectivos, y por ende a la ley, para que se regulen el derecho al llamamiento por medios electrónicos, la obligación del trabajador de facilitar su domicilio electrónico (como facilita el físico) y el deber de la empresa de formalizar el llamamiento por estos medios. Con la extensión del trabajo a llamada y el uso de los medios electrónicos para las comunicaciones, el convenio que no regula estas materias se puede calificar de un convenio del siglo pasado.

5. EL CESE EN EL TRABAJO

Aunque nada dice el Estatuto de los Trabajadores, es evidente que la existencia del trabajo por campañas o temporadas no sólo comporta el llamamiento a los trabajadores cuando se inician sus labores, sino también el cese cuando terminan. Esta materia, por lo tanto, también está deslegalizada, siendo los convenios colectivos los llamados a fijar el orden y la forma en que se produce el cese por fin de temporada o campaña o, incluso, por interrupción de ésta. Es válida también cualquier forma de comunicación verbal o escrita.

En los convenios se opta mayoritariamente por un orden inverso al del llamamiento, aplicando los pronunciamientos judiciales en algunos casos el riguroso orden de antigüedad, de menor a mayor (STSJ Canarias 24-07-2001, AS 3474), posponiendo su cese, en todo caso, al de los trabajadores eventuales (STS 6-04-1999, RJ 4396). Como la ley no fija con qué antelación se debe comunicar, habrá que estar a lo que dispongan los convenios colectivos, o la costumbre de forma supletoria.

Obviamente, cuando se cesa en la actividad de campaña o temporada no hay despido, sino la normal ejecución de este contrato de trabajo (STSJ Canarias 12-02-1999, AS 5475) por interrupción de actividad (SSTSJ Madrid 29-04-2003, AS 3268; 26-07-1993, AS 3480), pues lo que conforma la base legal para accionar por despido es la ausencia de llamamiento, o la ocupación de fijos discontinuos de peor derecho (STSJ Galicia 13-10-1998, AS 3882).

Capítulo III

REDUCCIÓN DE LA ESTACIONALIDAD

Decíamos en la introducción de este estudio que el trabajo por temporadas o campañas es una anomalía en el derecho al trabajo, si lo oponemos al trabajo a tiempo completo. Aceptar la existencia de dicha singularidad en nuestro sistema de empleo es clave para luchar contra ella, de ahí que debemos justificar nuestra afirmación antes de ofrecerle los tratamientos legales que necesita.

1. LA ANOMALÍA DEL TRABAJO ESTACIONAL Y SU CORRECCIÓN

La existencia de trabajos en los que, por su propia naturaleza temporal y cíclica e intermitente, no se puede asegurar el pleno empleo durante todos los días laborables del año, ni a jornada completa, choca con los mandatos del art. 35.1 CE cuando dice que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”. Es difícil que un trabajo intermitente o a tiempo parcial o por campañas o temporadas garantice esa remuneración suficiente que reclama para todos el constituyente. El trabajo a tiempo parcial, intermitente o por temporadas es una anomalía en un sistema de empleo constitucional que configura como derecho una remuneración suficiente.

Si aceptamos que esa anomalía debe corregirse, se ha de hacer mediante el desarrollo de los principios rectores de la política social y económica que establece la propia Constitución y que nos dibuja, al menos, dos líneas de actuación.

En primer lugar, siguiendo los dictados del art. 40.1 CE, que ordenan una “política orientada al pleno empleo”. Si reconocemos que el trabajo por temporadas o campañas no es pleno empleo, sino empleo parcial, es evidente que los poderes públicos están llamados a actuar para corregir la parcialidad de tantos empleos y acercarlos a la jornada completa. Actuación que debería ir en

un doble sentido: a) Reducción de la jornada máxima legal; b) Ampliación de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial o de temporada y campaña.

En segundo lugar, como línea de actuación pública para corregir la anomalía del trabajo parcial, se han de aplicar los dictados del art. 41 CE, que ordena mantener a los poderes públicos “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. Por definición, un trabajador a tiempo parcial es un parado parcial; un trabajador de temporada o campaña es un desempleado por temporadas o campaña. Si no se garantiza el pleno empleo, se ha de acudir a paliar sus efectos, especialmente en la situación de desempleo que es congénita al trabajo a tiempo parcial o por temporadas y campañas. Como esta cuestión se aborda en el capítulo dedicado a la Seguridad Social y desempleo, vamos a abordar ahora el aspecto de política social que tiene que ver con la reducción de la estacionalidad.

Pero antes de continuar, merece la pena detenerse en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo y que en nuestro ordenamiento jurídico debería ser la norma que regulase las políticas de empleo tendentes a acabar con la estacionalidad o, al menos, a limitar sus efectos. Nada de eso figura en el texto de dicha ley. Aunque, teniendo en cuenta los arts. 40 y 41 CE, se dice que “la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción y a la debida protección de las situaciones de desempleo” (art.1.1), no se hace ninguna mención específica a la lucha contra la estacionalidad, por más que podemos entender que va de suyo en la consecución del pleno empleo de calidad y la reducción y la debida protección de las situaciones de desempleo, aunque sea estacional o parcial.

Y, en consecuencia con esa ignorancia de la estacionalidad, entre los objetivos generales de la política de empleo (art. 2 RDLeg 3/2015), para nada se alude a la reducción o la eliminación de la estacionalidad, ni en la actividad económica ni en el desempleo; ni figura en las políticas activas de empleo (art. 36 del RDLeg), ni en su desarrollo. Tampoco en la coordinación entre las políticas activas de empleo y la protección económica frente al desempleo (art. 41 y ss del citado RDLeg). Creo que este olvido merece ser corregido, siguiendo los superiores mandatos del art. 35 CE.

En consecuencia, nos atrevemos a enunciar un principio de política social para el trabajo estacional: su reducción. Una reducción la de la estacionalidad que beneficia a todos: los trabajadores, que se emplean más; los empresarios, que utilizan mejor sus recursos; la sociedad, que se beneficia de esos bienes y servicios.

2. FOMENTO DEL EMPLEO FIJO DISCONTINUO

El Convenio 175 de la OIT reconoce la importancia que tiene para la economía el trabajo a tiempo parcial, la necesidad de que en las políticas de empleo se tenga en cuenta la función del trabajo a tiempo parcial como modo de abrir nuevas posibilidades de empleo y la necesidad de asegurar la protección en los campos del acceso al empleo, de las condiciones de trabajo y de la Seguridad Social. En el artículo 9.1 enuncia las medidas que deben tomarse para “facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial, productivo y libremente elegido, que responda a la vez a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores”, siempre que se garantice la protección que dispensa el mismo convenio.

No encontramos nada parecido sobre el trabajo fijo de temporada o campaña, un ausente en las normas internacionales. Aunque en dos órdenes cabe incentivar el empleo estable por estos ámbitos. De un lado, el fomento del empleo discontinuo frente al eventual; de otro, la reducción de la estacionalidad.

Nunca estuvo entre nosotros el contrato fijo discontinuo con los que fueron objeto de fomento. Pero en el marco del diálogo social entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales, el Pacto Laboral por el Empleo, suscrito el 28 de abril de 1997, contiene el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo (AIEE), bajo cuya advocación la ley 64/1997 realiza un llamamiento al Gobierno para que promueva “medidas específicas sobre el trabajo fijo discontinuo”.

En tal sentido, la ley 12/2001 revisó la propuesta adelantada por el RDL 5/2001 incluyendo a los fijos discontinuos en los incentivos o bonificaciones del programa de fomento de empleo para el año 2001, como haría la ley 45/2002. En el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003, se aludía al fomento de la contratación fija discontinua y a su utilización para las actividades estacionales, muy importantes en la economía española, como una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas extras. Para 2004, la ley 62/2003, en el fomento del empleo indefinido ya incluye a los fijos discontinuos (art. 44), tanto en su contratación inicial desde el desempleo, con especial referencia a los autónomos, empresas y entidades sin ánimo de lucro y víctimas de la violencia doméstica, como la transformación en fijo discontinuo de contratos temporales. Igual ocurre con la Ley 43/2006 para la mejora y el crecimiento del empleo (arts. 1.2). Con ello desaparecen los problemas que planteaba no incentivar este tipo de contratos fijos (SSTS 5-12-1996, ED 9226; 28-01-1999, ED 1071). En todo caso, las subvenciones a la contratación indefinida de quienes son fijos discontinuos presenta dificultades, que en ocasiones han de dirimir los tribunales (STSJ CA Baleares 11-09-2002, JUR 263546), no en vano se trata de relaciones laborales complejas (preferencia en los llamamientos, etc.).

Pero el fomento no sólo debe ser directo o subvencionado; sino que a veces también se produce el fomento indirecto. Así, aunque no se quiera, se desincentiva al fijo discontinuo frente al eventual cuando estos últimos cobran un subsidio de desempleo de 18 ó 21 meses o no tienen el de IT prorrateado (*infra* VI.4.1 y V.8.4); por contra, se incentiva el empleo fijo discontinuo cuando sus cotizaciones se multiplican por 1,5 para las prestaciones de invalidez o jubilación; o se gravan las cotizaciones de los contratos temporales. El legislador tiene que tener esto muy claro, si no quiere estar llevando a cabo actuaciones contradictorias, ineficaces, por tanto.

3. REDUCCIÓN DE LA ESTACIONALIDAD

La reducción de la estacionalidad debe ser un objetivo de política de empleo en las actividades de campaña o temporada por los indudables beneficios que genera, tanto directos como indirectos. Tiene sólidos anclajes constitucionales. Por un lado, en el artículo 9.2 CE, que conmina a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Por otro, en el artículo 40 CE, que ordena a los poderes públicos realizar, de manera especial, “una política orientada al pleno empleo”. Cuando haya *pleno* empleo no habrá empleo parcial o discontinuo, ni por campañas o temporadas.

Aparte de esos sólidos fundamentos constitucionales, la reducción de la estacionalidad en el empleo tiene otras indudables y sólidas razones para fomentarse:

- a) La estacionalidad obliga a las *empresas* a tener ociosas sus instalaciones entre temporada y temporada, lo que constituye una deficiente utilización de bienes siempre escasos, sean capital, maquinaria, infraestructura o edificaciones. Durante el tiempo de inactividad se genera un coste que luego repercute en el producto o servicio que se ofrece al mercado. La estacionalidad encarece bienes y servicios.
- b) Para los *trabajadores* la estacionalidad supone una merma en sus ingresos, que deben completarse con actividades complementarias o prestaciones sociales, con importantes efectos sociales, económicos y sociológicos.
- c) Por último, para la *sociedad*, la estacionalidad en la producción de bienes y servicios comporta una deficiente utilización de mano de obra y capacidad productiva, con una grave coste económico, por comportar mayores gastos (seguros de desempleo, amortizaciones, precios elevados...) y menores ingresos (cotizaciones sociales, impuestos, producción de bienes y servicios, etc.).

En esa línea, hay que entender que, con la finalidad de no tener ociosos sus recursos, las empresas busquen alternativas de ocupación fuera de su campaña. Así la estación o el hotel de esquí abren en verano para otras actividades; la empresa de turrónes fabrica helados, o el hotel de vacaciones estivales continúa abierto para la tercera edad. Iniciativas que, sin duda, deben ser objeto de fomento. Por eso nos parece sumamente interesante lo regulado en la disp. adic. 111 de la Ley 3/2017, de PGE, que contiene medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería, en los siguientes términos:

“Las empresas, excluidas las pertenecientes al sector público, dedicadas a actividades encuadradas en los sectores de turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería que generen actividad productiva en los meses de marzo y de noviembre de cada año y que inicien y/o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo, podrán aplicar una bonificación en dichos meses del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de Desempleo, FOGASA y Formación Profesional de dichos trabajadores”.

La pregunta es inmediata, ¿estas medidas no se pueden extender a todas las empresas de temporada o campaña? Y la respuesta debe ser la afirmativa, aunque lógicamente, la definición de los meses a bonificar dependerá de la concreta actividad de campaña a la que se aluda. Pero aquí encontramos un filón de lucha contra la estacionalidad que debe aprovecharse por los indudables beneficios que reporta a los trabajadores (más jornadas de trabajo), las empresas (más actividad económica) y el Tesoro Público (más ingresos). Pero ello, para tener una efectividad que vaya más allá del mero voluntarismo requiere medidas que apoyen la lucha contra la estacionalidad más allá de los productores de bienes y servicios y la extienda también a los consumidores de bienes y servicios. Urge desestacionalizar no sólo el turismo, sino también el consumo de otros bienes y servicios y la producción de todo tipo de bienes y servicios de temporada. Urge desestacionalizar el empleo estacional.

4. REDUCCIÓN DE LA JORNADA MÁXIMA LEGAL

Los vientos de la reciente y larga crisis se han llevado las viejas reivindicaciones obreras al barrio del olvido. Pero, siendo el empleo un bien cada vez más escaso, o se pone de actualidad la reducción de jornada o nunca habrá empleo para todos. Por ello es de desear que vuelvan los vientos que reivindicaban la reducción de

jornada para que con la disminución del tiempo máximo de trabajo a niveles compatibles con el trabajo para todos se encuentre la jornada anual del trabajo por campañas o temporada con la jornada máxima anual. Aunque parezca utópico, tal vez si todos trabajamos por temporadas o campañas y con ellos obtenemos los ingresos suficientes para las necesidades propias y de la familia se consiga el sueño del pleno empleo.

Capítulo IV

SEGURIDAD SOCIAL

Es indudable que, cuando no se cumple con las previsiones del art. 40.1 CE, que ordenan una “política orientada al pleno empleo”, se ha de acudir al sistema público de protección social del art. 41 CE, para que se garantice a los ciudadanos que se emplean por campañas o temporadas “la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. Entramos en el reverso del trabajo estacional.

1. SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO FIJO DISCONTINUO

1.1. Referencias internacionales

A falta de previsiones específicas en el ámbito internacional sobre el trabajo de temporada, debemos acudir por asimilación a lo publicado sobre el trabajo a tiempo parcial. Aunque no están ratificados por España, son básicos el Convenio 175 y la Recomendación 182 de la OIT, sobre el trabajo a tiempo parcial, que reconocen la necesidad de asegurar a estos trabajadores la protección en materia de Seguridad Social. Expresamente, el artículo 6 del Convenio dice que “los regímenes de Seguridad Social establecidos por ley que estén ligados al ejercicio de una actividad profesional deberán adaptarse de forma que los trabajadores a tiempo parcial gocen de condiciones equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable”. Añade que “estas condiciones podrán determinarse de forma proporcional a la duración del tiempo de trabajo, a las cotizaciones o a los ingresos, o mediante otros métodos que sean conformes a la legislación y la práctica nacionales”. El artículo 7 se refiere específicamente a que deberán adoptarse medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial gocen de condiciones equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable a, entre otros asuntos, la protección de la maternidad y las licencias de enfermedad. Sobre lo que la recomendación 182 OIT (8.2) agrega

que los periodos que se exigen a los trabajadores a tiempo parcial “no deberían ser más prolongados que los que se exijan a los trabajadores a tiempo completo en situación comparable”. No obstante, admite la exclusión de los regímenes de Seguridad Social para trabajos marginales, si bien con prevenciones (art. 81.a Convenio 175 OIT).

Es la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, la que ha dado lugar a las grandes transformaciones legales que, en el ámbito de la Seguridad Social, ha experimentado en los últimos tiempos el régimen jurídico de los trabajadores fijos discontinuos y a tiempo parcial. Según dispone su art. 4, “el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente”, particularmente en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones, y el cálculo de las prestaciones.

1.2. Los grandes cambios normativos

Es de resaltar que ya el Tribunal Constitucional, en sentencia 253/2004, de 22 de diciembre (seguida por las 49 y 50/2005), había declarado inconstitucional y nulo el párrafo segundo del art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto establecía que para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas, pero la declaración apenas tuvo efectos pues antes se había promulgado el RDL 15/1998, que había incorporado importantes modificaciones sobre las prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial, fruto de previo acuerdo con los interlocutores sociales el 13 de noviembre de 1998. No obstante, la doctrina aplicada es digna de reseña, por cuanto se estimó que la regla legal de proporcionalidad absoluta estricta que aplicaba el precepto estatutario para el acceso a las pensiones (jubilación e incapacidad permanente) vulneraba el principio de igualdad porque, si bien es razonable que las bases reguladoras se calculen en función de las cotizaciones realmente efectuadas, injustificadamente limitaba el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones económicas puesto que, en el fondo, se les exigía un período de actividad más extenso que a los trabajadores a tiempo completo para poder causar derecho a las mismas.

Pero el replanteamiento definitivo lo provoca la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11, *Elbal*

Moreno), dictada a propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, que analizó el caso de una trabajadora, limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, en jornada parcial de 4 horas a la semana, es decir el 10 por 100 de la jornada legal en España, a la que se le denegó la pensión de jubilación por la Entidad Gestora, en aplicación de la normativa correspondiente. Declaró el Tribunal que “el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”.

Poco después, el Tribunal Constitucional, aplicando esa doctrina a una cuestión que se le había planteado diez años antes, en sentencia 61/2013, de 14 de marzo (seguida por otras muchas, 71 y 72, 116 y 117/2013), declara inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, sobre cómputo de cotizaciones para los trabajadores a tiempo parcial.

Ante la situación de vacío que provoca la sentencia, el Gobierno llega a un pronto acuerdo con los interlocutores sociales el 31 de julio de 2013, sobre “mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, que es la base del RDL 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial, cuya normativa figura en el art. 245 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y a cuya regulación nos referiremos más adelante.

El otro gran cambio sucede en el ámbito de los trabajadores agrícolas, cuyo Régimen Especial, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, se deroga definitivamente por la ley 28/2011, de 22 de septiembre. Recordemos que una parte del REASS estaba ya con el de autónomos, desde el 1 de enero de 2008, siguiendo los dictados de la ley 18/2007, de 14 de julio, que estableció, dentro del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios. Con la parte de empresas y trabajadores subsistentes del REASS, se crea el Sistema Especial Agrario dentro del Régimen General de la Seguridad Social (art. 252 y ss., LGSS), en el que se integran desde 1-01-2013 y que se aborda en el capítulo siguiente.

1.3. El marco normativo

Como hemos esbozado y desarrollamos más adelante, fruto de un desarrollo a trompicones, nuestro derecho tiene multitud de normas acerca de la protección social de los trabajadores fijos discontinuos. Unas las comparten con los trabajadores a tiempo parcial (la mayoría), otras son específicas de este colectivo (el desempleo), otras atienden al colectivo agrícola específicamente. Son normas básicas los citados art. 245 y ss. de la LGSS y el 252 y ss. para los trabajadores agrícolas. Además hay multitud de preceptos reglamentarios dispersos por aquí y por allá. Lo criticable es eso, la dispersión normativa, la falta de sistemática para un mismo tipo de prestación de servicios laborales discontinuos.

Pero, aparte de asistemático, el marco jurídico es poco preciso, por la integración de los fijos periódicos en el régimen del trabajo a tiempo parcial (art. 12.3 ET) y la regulación de los discontinuos como especie autónoma (art. 16.1 ET); eso genera una cierta desigualdad jurídica, como tendremos ocasión de exponer.

Además, la asimilación sin adaptaciones del trabajo fijo discontinuo al trabajo a tiempo parcial en materia de Seguridad Social resulta compleja y es origen de numerosas disfunciones, en relación con cuestiones tales como las altas y las bajas, la liquidación de las cotizaciones o el devengo de las prestaciones, de no fácil articulación en un trabajo donde los períodos de actividad se intercalan con otros de absoluta inacción. En las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, se bascula entre aplicar las normas de los eventuales o las del tiempo parcial, sin que se acierte a regular un sistema propio. A menudo se olvida que el discontinuo también cotiza durante el desempleo protegido y la incapacidad temporal, lo que debe influir en sus periodos de carencia y bases reguladoras. Hace falta, pues, una normativa que logre ese tratamiento unitario que el trabajo discontinuo requiere también en materia de Seguridad Social.

2. LA INTEGRACIÓN EN EL SISTEMA

2.1. El principio de no discriminación

De acuerdo con el art. 245.1 de la Ley General de la Seguridad Social *“la protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo”*. Se aclara en el apartado 2 del citado art. 245, para que no haya lugar a dudas sobre el ámbito subjetivo del principio, que las reglas sobre protección social de los trabajadores a tiempo parcial *“serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, de relevo a tiempo parcial y contrato fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 16 del texto refundido de la*

Ley del Estatuto de los Trabajadores, comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General, incluidos los trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos pertenecientes al Sistema Especial para Empleados de Hogar”.

El principio de igualdad de trato y no discriminación que recoge nuestro ordenamiento es consecuencia de la aplicación de los principios contenidos en el Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEPP y la CES, de 6 de junio de 1997, el cual fue objeto de aplicación en virtud de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 diciembre 1997 (STSJ Murcia 17-03-2003, AS 2623), con el sólido anclaje que brinda el art. 14 CE.

Pero, el problema básico al que se enfrenta la protección de los trabajadores fijos discontinuos, como los de tiempo parcial, es el de *“hacer compatibles el principio de contributividad propio del sistema de Seguridad Social con los de igualdad de trato y proporcionalidad”*, tal y como se leía en la exposición de motivos del RDL 15/1998. Por eso, *“la protección social de los contratos a tiempo parcial nomen iuris* genérico que comprende el denominado fijo discontinuo, ha de ser entendida de acuerdo a criterios de contributividad y proporcionalidad que inspira actualmente el nivel contributivo del sistema público de Seguridad Social, asimilando el tratamiento al de un trabajador a tiempo completo, pero no superándolo ni tampoco igualándolo matemáticamente (STSJ Murcia 17-12-2001, JUR 2002\46075). Precisamente, esta asimilación, dada la menor contribución que un trabajador discontinuo o a tiempo parcial realiza al sistema, necesita de reglas especiales para alcanzar sus objetivos, no logrados en todas las ocasiones. Por eso se impone una somera referencia al tratamiento que el sistema les dispensa.

No obstante, hay que decir que con quien se debe comparar la protección del trabajador fijo discontinuo no es sólo con la del trabajador a tiempo parcial o a tiempo completo, sino también con la del eventual, con el que disputa y convive en los trabajos de temporada o campaña. Las diferencias de protección (como ocurren en la IT y el desempleo) o de contribución, desincentivan o incentivan al contrato fijo discontinuo frente al eventual. Corresponde al legislador, y a los agentes sociales en su ámbito y competencia, decidir qué especie contractual protege en el hábitat de la temporada.

2.2. La dispersión como respuesta del sistema

Nuestro sistema de Seguridad Social incluye a los trabajadores fijos discontinuos en su campo de aplicación. Así lo dispone tanto la base segunda (5.a) de la vieja ley 19/1963 (que alude a trabajadores de temporada, contraponiéndolos a los eventuales y fijos), como el artículo 7.1.a del Real Decreto Legislativo 1/1994, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social que, con

algo más precisión, pero sin más claridad, hablaba de trabajadores “de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo”, como repite el más reciente texto refundido, el de 2015, que repite el precepto en su mismo artículo 7.1.a): “*trabajadores por cuenta ajena, ... bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo*”.

Pero luego el trabajo discontinuo se encuentra disperso en el Régimen General, y dentro de éste en los diversos sistemas especiales, a los que alude el artículo 11 LGSS, siendo el Sistema Especial Agrario el más reciente. Esta dispersión, se ha declarado constitucional: “la existencia de regímenes jurídicos diferentes no implica lesión del principio de igualdad por discriminación” (ATC 123/1984, de 29 febrero). Pero no deja de ser, cuando menos, disfuncional. No existe un tratamiento uniforme de la discontinuidad en el trabajo por la Seguridad Social. La regla es la dispersión normativa para una modalidad contractual que presenta las mismas peculiaridades para su inclusión y mantenimiento en el sistema y, desde luego, en sus situaciones de necesidad.

2.3. Los sistemas especiales

El tratamiento más específico que la Seguridad Social ha dado a los trabajadores fijos discontinuos ha sido, sin lugar a dudas, el de los sistemas especiales. Y la prueba más evidente la tenemos en el reciente recurso al Sistema Especial para regular las peculiaridades de los trabajadores agrícolas cuando se decide que desaparezca el Régimen Especial Agrario por la Ley 28/2011, de 22 de septiembre.

Estos sistemas especiales pueden establecerse en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social y no sólo en el Régimen General, tal y como ocurre con el de Trabajadores por cuenta propia Agrarios (art. 323 y ss. LGSS), integrado en el Régimen Especial de Autónomos. En todo caso, las peculiaridades del sistema especial están limitadas a alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación. En la regulación de los mismos informará el Ministerio competente por razón de la actividad o condición de las personas en ellos incluidos (art. 11 LGSS). No reviste ninguna especialidad la acción protectora, aunque estas especialidades (incapacidad temporal, desempleo, periodos de carencia y bases reguladoras, etc.) están reguladas en las afueras de los sistemas especiales en unos casos y en otros, como el de los agrícolas, dentro de su propio sistema especial.

La existencia de un régimen general y de unos sistemas especiales dentro del ámbito complejo de la Seguridad Social, justificados éstos por las peculiaridades en el sector a los que se aplican, no comportan en una abstracta consideración calificaciones de inconstitucionalidad (ATC 123/1984, de 29 febrero).

Pero una cosa es que no sea inconstitucional y otra bien distinta es que los sistemas especiales sean, no ya sólo meramente funcionales, sino adecuados a la realidad laboral de hoy. La opinión sobre su regulación ha de ser muy crítica. En primer lugar, porque no incluyen a todos los fijos discontinuos que en el mundo laboral son, pues los sistemas especiales se limitan a contadas actividades, quedando fuera multitud de trabajos discontinuos. Y, en segundo lugar, tampoco son fijos discontinuos todos los que tienen un sistema especial.

En efecto, hay sistemas especiales que deberían ser derogados e integrados sus colectivos en las normas de los trabajadores a tiempo parcial, por referirse a trabajadores a tiempo parcial, tales son los de los servicios extraordinarios de hostelería, cafés, bares y similares (Orden de 10 septiembre 1973), los de los llamados trabajadores fijos discontinuos que prestan sus servicios en las empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas y salas de fiestas (Orden de 17 junio 1980; en la que se incluyen los llamados trabajadores fijos discontinuos de las salas de bingo, Circular 40/1981; personal fijo que no trabaje todos los días de espectáculos taurinos; fijos discontinuos de cantinas de fútbol y otros locales de espectáculos deportivos, por sendas Resoluciones de la Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 24 octubre 1985 y 24 marzo 1988), pues su regulación como sistema especial era comprensible cuando no existía regulación específica de la Seguridad Social referida a estos trabajadores, ni siquiera regulación del contrato a tiempo parcial, que, recordemos, nace en nuestro derecho en 1980 con el Estatuto de los Trabajadores.

Hay, eso sí, sistemas especiales que se refieren a lo que llamamos trabajadores fijos discontinuos o fijos de campaña, a los que expresamente aluden de una u otra forma, fijando incluso la duración de sus campañas. Son los de la Industria Resinera (Orden de 3 septiembre 1973), Manipulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación (Orden de 24 julio 1976), los trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios en empresas de estudios de mercado y opinión pública (Orden de 6 noviembre 1989) y Frutas y Hortalizas e Industrias de Conservas vegetales (Orden de 30 mayo 1991).

Los ámbitos y peculiaridades de tales sistemas también merecen un comentario muy crítico. El de la *Industria resinera* es bastante arcaico, mantiene la permanencia en alta “en función del número de pinos en resignación asignados”, y la cotización por una base que se regulariza a final de campaña, al igual que el pago de prestaciones. Todo esto pudo parecer necesario cuando no existían sistemas informáticos en la Administración de la Seguridad Social, pero hoy es un auténtico fósil normativo que debe pasar a la historia del derecho.

El de *Manipulado y empaquetado de Tomate* merece un comentario similar. Debería integrarse en el de Frutas y Hortalizas, pues es discriminatorio que

comprenda sólo a las empresas de cosecheros “exportadores” y excluya a los comercializadores y sus trabajadores. También resulta primitivo que la cotización empresarial consista en “una cuota por tonelada de tomate fresco empaquetado” y mucho más arcaico que las aportaciones empresariales y de los trabajadores se hagan a través de la asociación empresarial y dentro de los dos meses siguientes a los que corresponda el devengo, aunque sea voluntario para las empresas. También que por cada cinco días de trabajo sólo se cotice uno adicional, olvidando que también se debe cotizar por el domingo, los festivos y las vacaciones, que van incluidos en el salario diario. Hoy estas antiguallas resultan anacrónicas. Para regular las campañas del tomate o la resina no hacen falta sistemas especiales; o, mejor dicho, se pueden hacer desde un único sistema especial que regule de forma uniforme las especialidades que el trabajo discontinuo presenta.

El de Frutas y Hortalizas e Industrias de Conservas vegetales es el que tiene una regulación más racional y adecuada a la legislación vigente. Debería servir de modelo para regular un único sistema especial en el que se incluyan a todos los fijos discontinuos, con sus especialidades referidas a campañas, afiliación, altas y bajas y cómputo de las cotizaciones. También en su caso, por qué no, las especialidades que los fijos discontinuos merecen en materia de acción protectora.

Y el último sistema especial, el Agrario, ha sido una oportunidad perdida de dar una regulación común a estos sistemas, sin duda porque la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General ha impuesto regímenes transitorios para la cuota empresarial a la Seguridad Social que aconsejaban dejar para más tarde la medida que proponemos en estas páginas de un solo Sistema Especial para todos los trabajadores de temporada y campaña.

En la integración del trabajo agrario se ha sido muy precavido, pues según prevé la disposición adicional decimoquinta de la LGSS, una Comisión, constituida por representantes de la Administración de la Seguridad Social, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y de otros departamentos ministeriales con competencias económicas o en el medio rural, agricultura y ganadería, junto con representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de empleadores y trabajadores de ámbito estatal, velará porque los beneficios en la cotización aplicables en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios incentiven la estabilidad en el empleo, la mayor duración de los contratos, y la mayor utilización de los contratos fijos discontinuos, así como para evitar un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias.

Esta comisión analizará, a partir del uno de enero de 2017, las cotizaciones efectivas y el cumplimiento de los criterios generales de separación de fuentes de financiación. Asimismo, revisará las reducciones establecidas en la disposición transitoria decimoctava LGSS en el supuesto de que los tipos de cotización generales se

hayan modificado, al objeto de cumplir los objetivos expresados en el párrafo anterior. Nosotros le proponemos también la tarea de promover la integración de todos los Sistemas Especiales en uno solo de los trabajadores de temporada o campaña.

2.4. Problemas de encuadramiento

La existencia de diversos regímenes y sistemas ha originado una cierta conflictividad en las zonas fronterizas, sobre todo por los intentos de evasión que se producían hacia del Régimen General al Especial Agrario, de menor carga contributiva para el empresario. Ello ha dado lugar a una abundante jurisprudencia sobre encuadramiento, con una conflictividad que deberá aminorarse conforme se haga plenamente efectiva la integración en el Régimen General.

En primer lugar, ha de saberse que la jurisdicción social es competente para resolver sobre estos litigios cuando no se impugna un acto de gestión recaudatoria que se dirija a “la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social”, sino a determinar el régimen de la Seguridad Social en que esté incluido el trabajador (SSTS 1-12-1999, RJ 9347; 29-10-1999, RJ 8511; 12-07-1999, RJ 7163; 5-07-1997, RJ 5705).

En principio, es esencial determinar la naturaleza agraria o industrial de la actividad de una empresa, como ocurre con las explotaciones forestales (STSJ Cantabria 15-07-2004, AS 801), que al no ser todas sus operaciones agrarias, hay supuestos en los que corresponde el encuadramiento en el Régimen General (SSTS 12-02- y 15-06-1992, RJ 984 y 4578), especialmente cuando se trata de actividad accesoria de otra principal de naturaleza no agraria (STSJ Cantabria 23-02-2004, AS 784).

Los fijos discontinuos que prestan trabajos de prevención y extinción de incendios deben afiliarse al Régimen General y no al Especial Agrario (STS 3-03-1999, RJ 2059), en el que sí se incluyen, según doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo, a los que comercializar frutas y hortalizas producidas por socios cooperativistas (STS 5-11-1990, ED 10044), a los que realizan trabajos de selección, lavado y envasado de los productos que produce la cooperativa (STS 7-12-1993, ED 11137), incluso a los que manipulan y envasan hortalizas (STS 4-7-1997, ED 4490), si se recogen con carácter exclusivo de las explotaciones agrícolas de los socios de la cooperativa (STS 26-07-2002, ED 34998), porque los trabajos complementarios -selección, lavado y envasado- de trabajadores no cooperativistas se encuentran comprendidos en las labores agrarias (STS 13-02-1998, ED 508), pero no quienes las comercializan y transforman (STS 29-11-1990, ED 10892).

En relación con los encuestadores, procede su encuadramiento en el Régimen General, si se acredita la existencia de relación laboral, con alta que puede tramitarse de oficio (STS 27-05-1992, RJ 3678).

3. AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS

En general, la afiliación, altas y bajas de los trabajadores fijos discontinuos, se somete a lo previsto con carácter general (arts. 16 y ss. LGSS). Como algunos trabajadores fijos discontinuos se encuentran en el campo de aplicación de los Sistemas especiales; en tal caso, la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, “se sujetarán a las formalidades, plazos y demás condiciones establecidas por sus normas específicas” (art. 43.3 RD 84/1996).

Pero, lo específico de los trabajadores fijos discontinuos de campaña son las intermitencias que conlleva el desempeño de su actividad, la cadena continua de llamamientos y ceses. Unas intermitencias que afectan a todos los empleados de campaña y dan lugar a altas y bajas colectivas cada vez que se interrumpe el trabajo. Estos problemas apenas han sido tomados en cuenta por el legislador para darles el tratamiento que merecen.

En relación con esta materia es digno de mención el artículo 5 de la Orden de 30 mayo 1991, que regula el Sistema Especial de Frutas y Hortalizas e Industria de Conservas Vegetales, lleva a cabo una ordenación que parece muy apropiada al régimen jurídico de estos trabajadores y que, tal vez, debería ampliarse a los demás colectivos discontinuos, incluyendo los agrarios.

Distingue entre las bajas iniciales y finales de campaña, que se comunican en el plazo de cinco días, contados a partir de la iniciación o el cese en el trabajo, en documento referido a la totalidad de los trabajadores, y las altas y bajas sucesivas intermedias entre el alta inicial y la baja final de campaña. Estas altas y bajas se comunican antes de la finalización del mes siguiente al que hayan tenido lugar, en documento referido igualmente a la totalidad de los trabajadores. Para evitar que estos plazos generosos den lugar a fraudes, se prevé que las empresas lleven un Libro de Anotaciones diarias de las altas y bajas sucesivas, que permanecerá a disposición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las Entidades gestoras competentes. Este libro, en las empresas que dispongan de Comité de empresa, podrá ser suplido por la firma de los representantes de los trabajadores, opción que la empresa podrá revisar en cualquier momento.

4. COTIZACIÓN

4.1. La asimilación a los trabajadores a tiempo completo

En materia de cotización rige la asimilación a los trabajadores a tiempo completo, cotizándose por los salarios percibidos. Se aplican reglas de proporcionalidad: tanto ganas, tanto cotizas. Según dispone el art. 246 LGSS, la

base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias. Esa base no puede ser inferior a las cantidades que se determinan reglamentariamente cada año.

Es loable que los trabajadores fijos discontinuos, con el resto de fijos, no sufran la penalización en la cotización por desempleo que tienen los contratos temporales (art. 106.10.2 LPGE 2017), por el hecho de ser contratos fijos, incluyendo los de tiempo parcial, y como una forma indirecta de incentivarlos. Mas, en atención a que los fijos discontinuos incurrir de forma permanente (discontinua) en una situación de necesidad protegida (el desempleo) estaría justificado y sería razonable una mayor contribución, de los trabajadores y empresas, al sistema por esta contingencia, lo que hasta ahora, no se ha tomado en consideración.

4.2. Algunas peculiaridades

En razón a las intermitencias que su trabajo comporta, la cotización de los trabajadores fijos discontinuos plantea algunos problemas. Es evidente que se cotiza por el tiempo de trabajo efectivo, y también por las partes proporcionales de sábados, domingos, festivos y vacaciones; aplicando también aquí la regla del tratamiento paritario con el fijo continuo, debiéndose cotizar y computar los tiempos de descanso computables como de trabajo efectivo.

Así lo hace específicamente la a Orden de 30 mayo 1991, aunque referido sólo a los trabajadores de frutas, hortalizas y conservas. Su artículo 6, bajo la rúbrica de “computo de períodos a efectos del derecho a prestaciones”, dispone que “a efectos de cómputo de los períodos a considerar en la fijación de los importes de las bases reguladoras de prestaciones y de períodos de carencia, así como, en su caso, para la determinación del porcentaje a aplicar para el cálculo de la cuantía de la prestación de jubilación, a cada día o porción de día efectivo de trabajo se añadirá la parte proporcional de los días de vacaciones, festivos no recuperables y de descanso semanal que, en cada caso, corresponda y por los que asimismo se haya cotizado”. A dicho fin, agrega, “cada día de trabajo se considerará como 1,33 días de cotización cuando la actividad se desarrolle en jornada laboral, de lunes a sábado, así como 1,61 días de cotización cuando la actividad se realice en jornada de lunes a viernes”. Esta diferenciación de las jornadas reales y el porcentaje de tiempo de trabajo adicional que le corresponde de cotización según que la jornada sea de lunes a viernes o de lunes a sábado no se ha extendido a los demás sistemas especiales, como el del tomate o el agrario.

Este última aplica siempre la norma de que sólo si se han trabajado 23 días al mes corresponde la cotización por mes completo (véase art. 13.1.b de la Orden de cotización para 2017).

Y es que, como ha observado el Tribunal Supremo, aunque es cierto que el trabajador fijo discontinuo puede llegar a trabajar en algunos períodos del año, como consecuencia de necesidades impuestas por las fechas de recolección de los productos agrícolas, el mismo número de días –o incluso más– que un trabajador fijo, y que en tales ocasiones resulten más días cotizados que los naturales de un mes, pues 26 días de trabajo efectivo suponen para un fijo discontinuo 34 días de cotización; pero ello no es obstáculo para el cómputo de todas las cotizaciones, porque en ellas va incluida la parte proporcional de las vacaciones, que los fijos discontinuos no disfrutan normalmente, y por las que los trabajadores fijos cotizan en el mes de su disfrute, de tal suerte que no existe, en cómputo anual, diferencia alguna porque a 275 días de trabajo real corresponden 365 cotizaciones (SSTS 13-05 y 14-06-2002, RJ 7549 y 7206).

Lo contrario supondría tratar a los fijos discontinuos de forma distinta de los fijos continuos, ya que por los fijos continuos se cotiza los 365 días del año y por los segundos se cotiza por cada día de trabajo efectivo incrementado, en su proyección temporal, con la parte proporcional de domingos, festivos y vacaciones, con lo cual nunca se pueden superar los 365 días (SSTSJ Andalucía 24-06-1999, AS 6718; Castilla-León 12-04-1996, AS 1250). Criterio que, para evitar discriminaciones peyorativas para los fijos discontinuos y eventuales debería extenderse a todos los sistemas especiales.

En todo caso, la cotización durante el periodo que corresponde de vacaciones, es clara (STSJ Navarra 6-06-2003, AS 3037); pues lo contrario se presta a maniobras defraudatorias del Régimen General de la Seguridad Social por los empresarios, y del régimen del desempleo por los trabajadores (STSJ Navarra 24-07-2003, AS 2895). La cotización por los salarios de trámite sólo comprenderá los coincidentes con períodos de trabajo efectivo (STS 16-10-1990, RJ 7444), pues sólo a ellos puede llegar la condena.

En el ámbito de los sistemas especiales, el artículo 72 del RD 2064/1995, de 22 diciembre, fija reglas a las que debe sujetarse la cotización, aunque, en la práctica esta forma afecta a muy pocos colectivos. De una parte, su cuantía deberá tender a que “sea sensiblemente la misma que correspondería de no existir el sistema especial, salvo que, por excepción, deba ser de cuantía superior, manteniéndose siempre la coincidencia entre períodos de cotización y de protección y entre el importe global de aquélla y el volumen y composición del colectivo correspondiente”. Por otra parte, la cuantía de la cuota, que se determinará periódicamente, será objeto de revisiones, “necesariamente

siempre que se produzcan variaciones en los tipos o bases de cotización aplicables al Régimen de que se trate". Y, en tal sentido, el art. 12 de la Orden ESS de 9 de febrero, sobre cotización para 2017, como las precedentes, dispone sobre cotización en el Sistema Especial para las tareas de manipulado y empaquetado de tomate fresco dentro del Régimen General de la Seguridad Social, que la cuota por tonelada de tomate fresco empaquetado o fracción de 500 o más kilogramos queda fijada en 1,47 euros. Y, en los supuestos en que la cotización por tonelada a que se refiere el párrafo anterior resulte inferior al 75 por ciento del total de cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias comunes, incluyendo la aportación de los trabajadores, las empresas vendrán obligadas a presentar ante la dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente o administración de la misma los documentos acreditativos de las exportaciones realizadas, en la forma y con la periodicidad que determine la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La existencia de normas especiales en cuanto a cotización de los fijos discontinuos ha recibido la atención del Tribunal Constitucional, que considera que este sistema de cotización, es el adaptado al tipo de contrato y responde a su contenido. Que para la modalidad de trabajo continuo se establezca otro sistema de cotización no permite calificar a aquél de discriminatorio, como atentatorio a lo dispuesto en el artículo 14 CE (ATC 123/1984, de 29 febrero).

En cuanto a los topes de los trabajadores a tiempo parcial, es interesante la STS CA 28-04-2000, ED 10922, que declaró nulo el párrafo 2º del artículo 65.2 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por RD 2064/1995, en la redacción dada por la disposición adicional única del RD 489/1998. Ello es así porque mientras que para la base mínima en los contratos a tiempo parcial "vertical" -contrato que implica la reducción de la jornada de trabajo respecto de los contratos a tiempo completo- se computan como horas efectivamente trabajadas las correspondientes al descanso computable como tiempo de trabajo que corresponda al descanso semanal y festivos, para la base mínima en los contratos a tiempo parcial "horizontal" -contrato que implica la reducción del número de días de trabajo respecto de los contratos a tiempo completo- no se computan dichas horas; diferencia carente de una fundamentación jurídica atendible y vulneradora de los principios de legalidad y jerarquía normativa, puesto que el contrato de trabajo a tiempo parcial "vertical" y el contrato de trabajo a tiempo parcial "horizontal" son, no sólo supuestos equiparables, sino idénticos: igual contrato, la misma duración de jornada, igual retribución e idéntico régimen de Seguridad Social.

4.3. El Convenio especial

Según la Orden TIN/3356/2011, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social, los fijos discontinuos pueden celebrar Convenio especial para la cotización durante situaciones de falta de empleo, en tres supuestos:

- a) Los perceptores del subsidio de desempleo con derecho a cotización a la Seguridad Social por la contingencia de jubilación durante sesenta días de acuerdo con el del artículo 218.3 LGSS (art. 24.2 de la Orden citada).
- b) Por el ejercicio de trabajos de temporada llevados a cabo en una actividad que tenga ese carácter, por el período que medie entre dos temporadas consecutivas, cuando hayan trabajado, con ingreso de las correspondientes cuotas, como tales trabajadores de temporada, al menos, durante tres años dentro de los siete inmediatamente anteriores a la fecha del cese en el trabajo de temporada (art. 26.1 de la Orden citada).
- c) Asimismo podrán suscribir Convenio especial los trabajadores de temporada que presten servicios en empresas dedicadas a las actividades de manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y de fabricación de conservas vegetales, incluidos en los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas y de Conservas Vegetales del Régimen General de la Seguridad Social, que causen baja en el mismo y no queden comprendidos en cualquier Régimen del Sistema de la Seguridad Social que tenga establecido con aquél cómputo recíproco de cuotas (art. 26.2 de la Orden citada).

5. LA PROTECCIÓN DISPENSADA Y SUS REQUISITOS

En general, las situaciones de necesidad que protegen los sistemas de Seguridad Social son de carácter continuado, sean definitivos (muerte, incapacidades permanentes, vejez) o temporales (incapacidad temporal, desempleo). No existen situaciones de necesidad protegidas de carácter discontinuo que se presenten intermitente o cíclicamente. La única excepción es precisamente una situación de necesidad típica del trabajador de campaña o temporada: el desempleo estacional, que se aborda en el capítulo siguiente. Por todo eso, cabe preguntarse si quien trabaja a ráfagas y contribuye discontinuamente al sistema tiene impedimentos para gozar en plenitud de su acción protectora.

De los requisitos generales establecidos para tener derecho a las prestaciones del sistema (art. 165 LGSS), los fijos discontinuos gozan de normas especiales tanto para la situación de alta, como para la de los períodos de cotización exigibles con carácter general y el cómputo de sus cotizaciones. No en vano, quien trabaja discontinuamente, no siempre está en alta ni genera los mismos periodos cotizados que si prestase servicios a tiempo completo.

Estas normas están facilitadas para que los trabajadores discontinuos puedan acceder a las prestaciones y suponen una notable mejora respecto de la situación anterior, en especial con relación a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente. No obstante, hay prestaciones de la Seguridad Social que tienen difícil encaje en los fijos discontinuos.

Nos referimos a la jubilación parcial, cuya regulación actual es de difícil aplicación en una relación discontinua, pese a no vincularse siempre al contrato de relevo (art. 215 LGSS), pues los porcentajes de reducción de jornada para un discontinuo de actividad incierta son de difícil cumplimiento, por colisionar con el derecho al llamamiento de otros trabajadores, por lo que, para no discriminarlos, se debería permitir la jubilación parcial, ocupando su relevo el siguiente en el censo de llamamiento. Se deniega en los supuestos de contrato de relevo necesario a los trabajadores a tiempo parcial porque esta jubilación sólo opera en los contratos a tiempo completo (SSTS 12-04-2011, rec. 1872/2010; 25-06-2012, rec. 2881/2011), aunque se reconoce a fijo discontinuo a jornada completa (STSJ Baleares 382/2016, 31-10-2016, rec. 344/2016; 16-10-2014, rec. 375/2014) o cuando este no era requisito legal (STS 18-03-2002 (recurso 532/2001)). Sería deseable una regulación específica sobre la jubilación parcial de trabajadores fijos discontinuos y a tiempo parcial.

5.1. El requisito de alta o situación asimilada

Condición *sine qua non* para causar derecho a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social es la de estar en alta o en situación asimilada al momento de sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario (art. 165.1 LGSS). Ha de aceptarse que, al menos estadísticamente, quien trabaja discontinuamente tiene menos posibilidades de reunir este requisito que quien trabaja continuamente. Acceder a determinadas prestaciones se convierte en una especie de lotería o juego de azar, pues, para ser protegido tendrá que intentar que las situaciones protegidas le sucedan cuando está en alta o situación asimilada.

A solucionar este problema acude el artículo 36.1.7º del RD 84/1996, de 26 enero, que considera situación asimilada a la de alta “*los períodos de inactividad*

entre trabajos de temporada", y así lo entiende la STSJ Comunidad Valenciana 6-11-2001, JUR 2002\266741. Esto supone que los trabajadores fijos discontinuos estarán siempre en situación de alta o asimilada, bien porque presten servicios o se encuentren en situación protegida (desempleo o IT subsidiados), bien porque están de inactividad entre campañas. En todo caso, también se considera asimilada a la de alta la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, si se mantiene la inscripción como desempleado en la oficina de empleo (art. 36.1.1º del citado RD 84/1996), situación en la que, en caso de no prestar servicios, siempre se encontrará el trabajador fijo de campañas.

En la crónica de tribunales leemos supuestos especiales. Así, de situación asimilada al alta se han se califican los períodos de reincorporación al trabajo de los fijos discontinuos cuando procede su llamamiento y se encuentran en incapacidad temporal (STSJ Galicia 2-07-1998, AS 2417). Para el subsidio de maternidad se consideró en situación asimilada al perceptor de subsidio de desempleo (STSJ Andalucía 16-06-1999, AS 3782), al igual que para el subsidio de IT en el supuesto de llamada (STSJ Baleares 3-05-1995, AS 1781), aunque no se configura la percepción del subsidio asistencial de desempleo como una situación asimilada a la de alta para causar derecho al subsidio de IT (STSJ Canarias 21-01-2000, AS 5344). En prestación de viudedad causada por fijo discontinuo se consideró la situación de demandante de empleo como asimilada al alta (STSJ Cataluña 25-03-1994, AS 1296), aunque hubiese un incumplimiento temporal del requisito de estar inscrito como demandante de empleo, motivado por padecer una grave enfermedad (STSJ La Rioja 21-11-1996, AS 4478); y en la de jubilación la inscripción en la oficina de empleo (STSJ Canarias 21-05-1999, AS 2661). En la de solicitante de orfandad que no renovó la demanda de empleo se le consideró en situación asimilada a la de alta por aplicación del sentido humano e individualizador de los requisitos (STSJ Castilla-León 15-05-2000, AS 2551). En otros supuestos se acude al hecho causante producido en situación de alta (STSJ Murcia 30-12-1993, AS 5481).

Por lo demás, se debe tener derecho a la prestación en el momento de suceder el hecho causante, con independencia de si ocurre en el momento de prestación de servicios o no, salvo en los supuestos en los que se exija el requisito de alta (STSJ Baleares 5-05-2000, AS 2439) y no se cumpla. Así, se ha declarado que los herederos tienen derecho a percibir la correspondiente indemnización por fallecimiento, pese a que el evento se produzca fuera del período productivo de la actividad empresarial. Lo contrario significaría desmerecer al trabajador fijo discontinuo respecto del trabajador vinculado por contrato a tiempo completo, circunstancia claramente discriminatoria proscrita por el artículo 14 CE (STSJ Canarias 21-07-1998, AS 3397).

5.2. Períodos de cotización

Como es bien sabido, para tener derecho a las prestaciones que dispensa la Seguridad Social se requiere acreditar un determinado periodo de cotización en atención a la prestación que se reclama (art. 165 LGSS). Aplicar las reglas del trabajo a tiempo completo al trabajo a tiempo parcial es evidente que puede generar discriminación, por lo que se importe un trato diferenciado para estos colectivos.

Por ello, el art. 245 LGSS sienta tres importantes reglas sobre el cómputo de los periodos de cotización de los trabajadores fijos discontinuos, que comparten con los trabajadores a tiempo parcial, y que se basan, fundamentalmente, en la introducción del denominado coeficiente de parcialidad, tomando en consideración la parcialidad del trabajo realizado en comparación al trabajador a tiempo completo.

El coeficiente se aplica tanto para el cálculo del período de cotización exigido para causar derecho a las prestaciones como en la determinación de la cuantía de las de jubilación e incapacidad permanente. La finalidad del coeficiente de parcialidad es la de corregir para las prestaciones sociales la discriminación inicial que sufren los trabajadores fijos discontinuos por su falta de plena ocupación con una regla de equidad: se multiplica lo cotizado por lo que se redujo la jornada para equipararlo al trabajador a tiempo completo.

Así a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplicarán las reglas siguientes. Las dos primeras sobre el cómputo de días cotizados, que se corrigen al alza con la aplicación del coeficiente de parcialidad. La última sobre el requisito del periodo de carencia, que igualmente se corrige mediante la aplicación del coeficiente de parcialidad:

a) Aplicación del coeficiente parcial de parcialidad a los periodos cotizados a tiempo parcial

Conforme dispone el art. 247 LGSS, se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) *Aplicación del coeficiente global de parcialidad al total de días en alta en la vida laboral del trabajador*

Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, continúa diciendo el art. 247 LGSS, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador.

No obstante, en caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

c) *Aplicación al periodo mínimo de cotización*

El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad, según establece el art. 247. LGSS.

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación.

El coeficiente de parcialidad es el justo elemento corrector de la tradicional discriminación que ha venido sufriendo el trabajador fijo discontinuo en su acceso a las prestaciones de Seguridad Social y facilita enormemente el acceso a las prestaciones, por lo que su aparición en el panorama normativo es todo un acierto.

5.3. Reglas especiales sobre las pensiones de jubilación e incapacidad permanente

La regla general del coeficiente de parcialidad se complementa en el art. 248 LGSS con otras reglas especiales para las pensiones de jubilación e incapacidad

permanente derivada de contingencias comunes que afectan a la integración de lagunas, el límite máximo de aplicación del otro coeficiente corrector del 1,5 y los supuestos de menos de 15 años de cotización.

Sobre la integración de lagunas, a efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término (art. 248.2 LGSS), es decir, que se complementa la laguna, pero con la parcialidad que lleva el trabajador en su mochila laboral. La STSJ Murcia 17-12-2001 (JUR 2002\46075) considera que hay que entender como lagunas a integrar las existentes dentro o fuera de campañas de actividad para las que sea contratando un operario fijo discontinuo.

Por otra parte, el art. 248.3 LGSS, mantiene el anterior elemento corrector del 1,5, pues a efectos de determinar la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resulten de lo establecido en el segundo párrafo de la letra a) del artículo 247, se incrementará con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial.

El porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora se determinará conforme a la escala general a que se refiere el artículo 210.1 LGSS, con la siguiente excepción:

Cuando el interesado acredite un período de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años.

El coeficiente del 1,5 es una regla de discriminación positiva de los discontinuos, sin duda. Se aplica a todas las cotizaciones realizadas durante su actividad laboral como tales (STSJ Murcia 16-07-2001, AS 3302), incluyendo las efectuadas en periodos anteriores a la vigencia de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (STSJ Murcia 11-06-2001, JUR 228279; 16-02-2004, JUR 95667; Comunidad Valenciana 15-04-2003, JUR 2004\115059), e incluso para determinar los periodos mínimos de cotización exigidos para la jubilación SOVI (STSJ Murcia 27-01-2003, AS 408).

En todo caso, es claro y evidente que en la suma de los periodos de cotización efectiva se computa igualmente la parte proporcional de descanso semanal y vacaciones por los que se debe cotizar. También judicialmente se ha fijado la

inclusión de festivos, vacaciones y pagas extras, incluso los periodos de desempleo, para la pensión de jubilación (STSJ Comunidad Valenciana 7-02-1992, AS 904). Las SSTS de 13 de mayo y 14 junio 2002 (rcud. 3687/2001 y 4118/2001), computan los días de descanso entre los cotizados para los trabajadores de conservas.

Con criterio erróneo la STS 21-04-2016, rec. 3218/2014, no computa para los trabajadores del tomate la cotización por tiempo de descanso que se le reclamaba, aplicando su sistema especial. Dice el Tribunal que en la regulación del sistema especial del tomate “no existe regla alguna que establezca coeficientes de compensación o cotizaciones ficticias”. Pero olvida el alto Tribunal que la cotización por los tiempos de descanso no es cotización ficticia, ni coeficiente de compensación, sino la cotización por salario que incluye los tiempos de descanso computables como de trabajo efectivo, según la dicción literal del art. 26.1 ET. Y esa cotización, so pena de incurrir en discriminación infundada, se debe aplicar tanto a los trabajadores del tomate como a los de conservas vegetales, al igual que se aplica a los Magistrados del Tribunal Supremo.

Por lo demás, aquellos trabajadores fijos discontinuos (o con periodos de fijos discontinuos) que vieron denegada su pensión pueden pedir la revisión de la misma, con aplicación del coeficiente de parcialidad a la cuantía de la prestación (STS Cataluña 21-12-2015, rec. 5627/2015), considerándose hecho causante el de la pensión denegada (STSJ Murcia 8-06-2015, rec. 1041/2014).

5.4. Cuantía de las prestaciones

En cuanto a la cuantía de las prestaciones, el art. 248 LGSS establece la regla de cálculo conforme a la norma general para las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente, con las excepciones de la incapacidad temporal (se toma la base de los últimos tres meses), la maternidad y la paternidad (se toma el último año).

6. MEJORAS VOLUNTARIAS, RESPONSABILIDAD Y RECARGO

Si se pueden pactar mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social para los fijos discontinuos, tiene respuesta afirmativa. En tal caso habrá que estar a las normas que la regulan, sin que, en general, se considere que las referencias temporales deban producir discriminación para los fijos discontinuos por el hecho de prestar servicios sólo durante parte del año, pues el beneficio se concede con independencia del tipo de relación laboral constituida (STSJ Baleares 17-11-1999, AS 4653). Así, se tiene derecho al complemento de IT acordado en convenio (STSJ Andalucía 8-10-2002, JUR 2003\10094), al de desempleo

pactado en ERE (STSJ Andalucía 7-07-1999, AS 3743); o a las indemnizaciones complementarias por invalidez o fallecimiento (STSJ Madrid 6-04-1998, AS 5179), incluso en tiempo de inactividad profesional (STSJ Baleares 30-05-2003, AS 3953).

También las previsiones legales sobre responsabilidad en orden a las prestaciones (art. 167 LGSS) pueden tener como beneficiarios a los hijos discontinuos, si concurren, por supuesto, los requisitos legalmente exigidos (STSJ Galicia 28-07-1995, AS 2818), como es el caso de alta tras el hecho causante (STSJ Canarias 26-05-2003, AS 2004\555); o la falta de alta (STSJ Navarra 13-03-1995, AS 988), procediendo, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios por los daños causados, pero no por los daños que se pudiera causar, pues es condena de futuro (STSJ País Vasco 29-07-1997, AS 2845).

Sobre el posible recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad (art. 164 LGSS), los hijos discontinuos también pueden ser beneficiarios en la medida en que concurren los requisitos legales (SSTSJ Extremadura 18-11-1999, AS 4638; 11-02-1998, AS 919). De igual forma tienen derecho a las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo (STSJ Andalucía 4-04-2002, AS 3994, por todas). En cuanto al hecho causante, en caso de accidente de trabajo, ha de estarse a la fecha del accidente, pues lo contrario haría ilusoria la prestación en casos de empleados de poca prestación laboral, como los hijos discontinuos (STSJ Cataluña 7-12-1999, AS 2000\402).

Como es norma general, procede el reintegro de prestaciones indebidas si se ha determinado incorrectamente la base reguladora de las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad (STSJ Cataluña 28-02-2001, JUR 139441).

7. CONTINGENCIAS PROFESIONALES

A la hora del cálculo de las prestaciones de Seguridad social no parece que el art. 248.1 LGSS diferencie entre cotizaciones por contingencias comunes y profesionales, tal vez porque considera que, como los trabajadores a tiempo parcial no cotizan por horas extras (art. 12.4.c ET), no hay diferencias entre las bases profesionales y comunes, pero olvidando que los trabajadores de campaña realizan horas extraordinarias.

Recordamos que el RD 1131/2002, establecía las reglas para determinar la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales (art. 7.3). Para la determinación de la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, se decía que “el salario diario será el que resulte de dividir, entre el número de días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios percibidos por el trabajador en el mismo período”, se decía en el artículo 7.3 del

RD 1131/2002, y aplicaba la STSJ Murcia 2-04-2001, JUR 171350. Y ahora cabe la duda de si se aplican o no esas normas. En apoyo de su aplicación estaría la previsión del mismo art. 248 LGSS que en diversos párrafos alude a la “incapacidad permanente derivada de enfermedad común”, lo que induce a pensar que las bases por contingencia profesionales tienen su propia especialidad.

El RD 1131/2002, aunque no tenía base legal, con lo que pudo resultar un desarrollo *ultra vires*, trataba de poner fin a un largo debate, en el que se había alegado que la aplicación de la misma norma para el cálculo de la base reguladora a los trabajadores que prestan sus servicios de forma continuada y a los que lo hacen de forma ocasional o fija discontinua supone una ruptura del principio de equivalencia entre cotización y prestación, produciendo discriminación en perjuicio de aquellos que trabajan en régimen continuo. El debate estaba en si se aplicaban al fijo discontinuo las mismas reglas que a los trabajadores eventuales (art. 63 D 22-06-1956), como había ocurrido hasta ahora y antes de la existencia del contrato a tiempo parcial o las reglas de éste contrato. La literalidad del artículo citado induce a aplicar la regla de los eventuales.

En ese debate, unos tribunales optaron por aplicar las reglas de proporcionalidad, con propuestas de media retributiva sostenida a lo largo de un espacio temporal, como podía ser la última campaña o del último año, o incluso de otros períodos (SSTSJ Andalucía 23-01-2001, AS 2176; 27-10-1997, AS 5107). Así, sobre incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, la STSJ Comunidad Valenciana 9-05-2003, AS 2315, para el cálculo de la base reguladora, equiparó los trabajadores fijos discontinuos a los trabajadores a tiempo parcial, pues de aplicar la normativa del artículo 63 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, de 22-06-1956, se produciría el hecho insólito de que el fijo discontinuo al que se le reconociera una invalidez permanente total percibiría más remuneración que si estuviera efectuando su prestación servicial, pudiendo además dedicarse a actividad distinta a la que se refiere su invalidez. El mismo criterio sostiene la STSJ Andalucía 8-02-2000, AS 1307, considerando que los trabajadores fijos discontinuos no pueden asimilarse a los eventuales, sino a los fijos a tiempo parcial. Por su parte, la STSJ Murcia 30-10-2000, AS 4266 (con doctrina que reitera en la 9-04-2001, JUR 171943), declara que la solución de tener en consideración lo cotizado por el trabajador en los doce meses anteriores, dividiéndolo por los días de dicho período es razonable y acertada, pues la pérdida de renta se calcula sobre lo cotizado, sino sería una solución desproporcionada, dado que estamos ante una prestación del nivel contributivo es obvio que debe haber una relación de equivalencia y proporcionalidad entre la cotización realizada y la prestación a abonar.

Otros tribunales habían considerado que no cabía hacer diferencias (STSJ País Vasco 12-09-2000, JUR 2001\40375), con apoyo en las STS 26-11-1997, RJ 8628;

10-12-1997, RJ 9309, en las que se había dicho, que, por aplicación del principio de legalidad, no cabe una interpretación extensiva, ni una aplicación analógica, que comporte un perjuicio del trabajador-beneficiario, que vería sensiblemente disminuida su prestación sustitutoria. Y se dice que el cálculo hay que efectuarlo, conforme el artículo 60.2 del Reglamento de Accidente de Trabajo, de un lado multiplicando el salario base por 365 días (y no por el tiempo trabajado), lo que sí habrá que hacer con los complementos salariales (SSTSJ Andalucía 16-10-2000, JUR 2001\43718).

Por otra parte, también se ha suscitado el debate sobre si la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente debe ser distinta para los que realicen trabajos que se repitan en fechas ciertas que para los que realicen trabajos que no se repitan en fechas ciertas. La respuesta ha sido negativa, ya que lo contrario significaría aplicar la norma general de los trabajadores a tiempo parcial a los fijos discontinuos, cuando para éstos el legislador ha establecido una clara diferenciación, y en todo caso, debe aplicarse la interpretación más favorable al trabajador, conforme el principio *in dubio pro beneficiario* (STSJ Baleares 20-02-2003, AS 3939). Aunque se alegue que con ello el trabajador recibe un lucro excesivo, al percibir en cómputo anual, cantidad superior a la que hubiera percibido el trabajador sólo seis meses al año, se desestima porque el legislador al establecer el cálculo y cómputo de cotizaciones y prestaciones de la Seguridad Social puede proteger determinados colectivos y situaciones derivadas de la falta de empleo durante todo el año y así lo ha venido haciendo desde hace mucho tiempo para los trabajadores fijos discontinuos (STSJ Baleares 20-02-2003, AS 3939).

Para Incapacidad Permanente derivada de accidente de trabajo, el dato de que se les llame o no a trabajar en fechas ciertas no justifica que la base reguladora de la pensión de invalidez se calcule de modo distinto. Además, ese criterio conduce al absurdo indefendible dentro de la lógica del sistema de que para los trabajadores fijos discontinuos la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de contingencias profesionales resultaría desfavorecida respecto de las derivadas de contingencias comunes, en las que las lagunas correspondientes a los períodos entre temporadas se integran con las bases mínimas de cotización, dice la STSJ Baleares 6-06-2003, AS 3954. Sería deseable, en todo caso, que reglamentaria y legalmente se aclarase esta cuestión por elementales exigencias de la seguridad jurídica.

8. LA INCAPACIDAD TEMPORAL

8.1. Consideraciones generales

En el ambiente de los discontinuos la incapacidad temporal es una prestación muy polémica, al igual que ocurre con el desempleo. Ambas son prestaciones cortas, que se abonan durante todo el tiempo de contingencia protegida y que

han dado lugar a una legislación específica, aplicada de forma desigual por los tribunales y las administraciones; que en más de una ocasión ven tentaciones de lucro en su percepción.

En principio, sobre la prestación en general, parece que se debería aplicar la regla de no discriminación. El subsidio de incapacidad temporal se percibirá por el trabajador mientras precise asistencia sanitaria y esté impedido para el trabajo, durante los plazos legales, sin distinción alguna entre trabajadores fijos o trabajadores de temporada o discontinuos; y siendo ello así y principio consagrado el que no se debe distinguir allí donde la ley no distingue, máxime teniendo en cuenta que las prestaciones de Seguridad Social tienen por finalidad preferente cubrir aquellas contingencias sufridas por los trabajadores, antes que ser una contraprestación a la cuantía de los abonos realizados por los mismos. Por otra parte aunque ciertamente es previsible que el trabajador de temporada quede sin recibir salario una vez concluida la misma, no puede desconocerse que este hecho es normalmente un triste tributo que el trabajador ha de pagar al tremendo mal social del paro y por ende contrario a la voluntad y disposición del trabajador al que es impropcedente gravar con una nueva limitación consistente en que durante su enfermedad quede nuevamente discriminado pues no sólo no tiene empleo, sino que no puede obtenerlo aunque se lo ofrezcan por estar impedido, ni obtiene el subsidio a que su carencia y afiliación le dan derecho (STSJ Andalucía 30-06-1997, AS 4553).

8.2. La situación protegida dentro y fuera de campaña

Concurriendo los requisitos legales, entre ellos el periodo de carencia necesario (STSJ Canarias 28-01-1993, AS 17), los fijos discontinuos tienen derecho al subsidio de IT (arts. 169, 245 y 248.1.c LGSS), aplicando, en su caso, el correspondiente coeficiente de parcialidad.

En la crónica de tribunales, leemos algunos pronunciamientos específicos, así cuando la IT del trabajador coincide con el llamamiento ha de tener los mismos efectos que en otra relación laboral, con derecho a las prestaciones de Seguridad Social mientras se prolonga la situación (STSJ Galicia 2-07-1998, AS 2417), y la empresa debe dar de alta al trabajador al inicio de campaña, aunque se encuentre en IT, pues lo contrario significa una ruptura del vínculo laboral que cabe calificar de despido (STSJ Cantabria 10-08-1995, AS 3158).

A los trabajadores fijos discontinuos, mientras esté viva su relación laboral, no les afectan las disposiciones del artículo 283.1 LGSS sobre desempleo e incapacidad temporal, ni sobre maternidad y paternidad (art. 284.1 LGSS) por cuanto que, para que el subsidio de incapacidad temporal se perciba

por la cuantía del de desempleo y proceda el descuento de la prestación de desempleo del periodo en IT, es requisito que durante esta situación “se extinga su contrato”, lo que no ocurre en sus habituales interrupciones de la actividad laboral. Evidentemente, si extingue su contrato, sí que le afectan las citadas disposiciones. Y es que en el caso de los trabajadores fijos discontinuos durante los períodos de incapacidad temporal fuera del tiempo de trabajo contratado se produce una situación de necesidad compleja, en la que se combinan la incapacidad temporal y el desempleo, lo que puede justificar la continuidad de la protección en esta situación, siendo un problema de estricta legalidad ordinaria la determinación de si en estos casos procede la protección de desempleo o la de incapacidad temporal y, en este último supuesto, si, para evitar situaciones de exceso de cobertura, debe aplicarse un ajuste en la determinación del importe del subsidio o si el abono de éste debe limitarse a los días contratados como de trabajo efectivo (STS 5-10-2000, RJ 8665).

8.3. Periodo de ocupación cotizada y duración

Para al cómputo de los periodos de cotización se aplica el coeficiente de parcialidad (art. 247 LGSS), pues se incluye expresamente a la prestación de incapacidad temporal, maternidad y paternidad en su regulación. No obstante, en caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Y si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral (art. 247.b LGSS).

En caso de IT derivada de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exige ningún período previo de cotización, como ocurre con cualquier beneficiario de la Seguridad Social.

8.4. Base reguladora y pago de la prestación

a) Base reguladora

Indudablemente, la base reguladora que se tome puede ser objeto de polémica, pues no será la misma si se toman los días trabajados o los días cotizados en el periodo mensual o superior que se tome de referencia. Incluso no es la misma, en un trabajo de temporada, si se toma el año anterior o los últimos tres meses, que es la solución de la ley. Ni incluso es la misma si se toman los días naturales o los días de trabajo.

La base reguladora diaria de la prestación por incapacidad temporal será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización a tiempo parcial acreditadas desde la última alta laboral, con un máximo de tres meses inmediatamente anteriores al del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en el período (art. 248.1.c LGSS). La circular del INSS de 18-09-2017 aclara, en relación a los fijos discontinuos, que en el cálculo de la base reguladora siempre se computarán meses completos e inmediatamente anteriores al mes del hecho causante, hasta un máximo de tres, o, en su defecto, desde la fecha del último llamamiento o alta en el Régimen General. La única excepción que se contempla a esta norma general es cuando el hecho causante ocurra en el mes en el que se produjo el último llamamiento o alta, en cuyo caso se considerarán exclusivamente las cotizaciones realizadas durante el mes del hecho causante.

Pero la decisión de tomar para el cómputo de los tres meses inmediatamente anteriores al hecho causante es altamente criticable al posibilitar una protección dispar dependiendo del momento del hecho causante. Así, si este sucede al final de la campaña, el beneficiario tendrá la alta base de los días de trabajo, mientras que si sucede al inicio de la campaña se verá menguada por la falta de cotizaciones de los tres meses precedentes. Parece más razonable, en actividades de reiteración cíclica, tomar el año natural inmediatamente anterior al hecho causante como periodo de referencia para la base reguladora, tal y como se hace para las prestaciones de maternidad y paternidad.

En efecto, la base reguladora diaria de las prestaciones por maternidad y por paternidad, será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre trescientos sesenta y cinco (art. 248.1.b), lo que da un resultado proporcional al ciclo anual de trabajo.

Las prestaciones por maternidad y paternidad podrán reconocerse mediante resolución provisional conforme a lo previsto en el artículo 179.2 LGSS.

Se había aclarado, sobre el subsidio de IT, que son los tres meses anteriores al hecho causante y no los tres meses anteriores cotizados y trabajados (STSJ Baleares 8-09-2003, AS 2004\187). En todo caso, a efectos del cálculo de la base reguladora de la IT de un trabajador fijo-discontinuo, que presta servicios y percibe prestaciones por desocupación, "tienen que computarse no sólo las cotizaciones efectuadas por la empresa en periodos de tiempos trabajados, sino también las cotizaciones efectuadas por la entidad que abona las prestaciones de paro durante los periodos de inactividad" (TS 22-07-14, rec. 2109/2013) y lo cotizado en otras empresas (SSTSJ Murcia 2-03-2015, rec. 270/2015; 9-09-2002, AS 3001; 16-07-2001, AS 3303; 17-03-2003, AS 2623).

La STSJ Galicia 8-01-2001, AS 1, deniega el subsidio por maternidad solicitado por trabajadora en una de las interrupciones de su actividad laboral hasta una nueva llamada. La decisión es criticable, porque si el subsidio de maternidad se calcula prorrateando anualmente el salario percibido, se debiera percibir si el hecho causante sucede en cualquier día del año y pagarlo durante todo el tiempo de baja maternal. Lo contrario es desproporcionado, pues se deniega el subsidio para todos los días del año, cuando se calcula prorrateando todos los días del año.

b) Pago de la prestación

La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de incapacidad temporal (248.1c LGSS). Es decir, sobre la duración y el pago del subsidio de la incapacidad temporal, no hay regla de proporcionalidad, y es la común de la Ley General, pues no queda condicionada por la duración del contrato o su forma de prestación (STSJ Madrid 28-05-1993, AS 2638), máxime cuando se aplica el corrector coeficiente de parcialidad al cálculo de la base reguladora. En consecuencia, el abono de la prestación corresponde durante todos los días naturales que dure la baja del trabajador (STSJ Canarias 31-03-1998, AS 1786), tal y como ahora fija la ley.

No obstante, en cuanto al sujeto que realiza el pago, se ha diferenciado entre los días en que al trabajador le correspondería haber sido llamado y los que no. En el primer caso, el pago delegado le corresponde a la empresa durante los días en que al trabajador no le correspondería prestar servicios; pero el pago directo le corresponde a la Entidad gestora cuando el empresario no ha satisfecho el pago del subsidio de incapacidad temporal, por no estar obligado a ello, a causa de no existir actividad empresarial o por falta de llamamiento; al igual que ante la extinción del contrato y al término de la campaña (SSTSJ Murcia 17-03-2003, AS 2623; 22-05-2002, JUR 170010; 27-11-2000, AS 3839; 25-05-1998, AS 6001). Es decir, que la Entidad gestora o colaboradora debe proseguir el pago del subsidio cuando en el periodo de baja no lo haya hecho el empresario (SSTSJ Murcia 20-11-2000, JUR 2001\31084 y 271).

Ahora, conforme aclara la circular del INSS de 18-09-2017, en relación a los fijos discontinuos, la obligación del abono en pago delegado por parte de la empresa se extinguirá el último día del llamamiento del trabajador. Concluido el llamamiento y finalizado el periodo de actividad, si el trabajador continúa en incapacidad temporal, se deberá abonar el subsidio por la entidad gestora o colaboradora correspondiente, en modalidad de pago directo, como se realiza para los demás trabajadores del Régimen General cuando finalizan la relación laboral.

Finalmente, también hay lugar a polémica sobre la cotización durante la situación de IT. La lógica aconseja que se cotice durante el tiempo que le hubiera correspondido trabajar y por la misma base por la que hubiera cotizado. Pero la norma establece (art. 65.4 del Reglamento General sobre cotización, en la redacción dada por el RD 708/2015), que “base diaria de cotización será la base reguladora diaria de la correspondiente prestación”. Esto puede originar alguna que otra disfunción, por cuanto obliga a cotizar por la base reguladora de la prestación durante todo el tiempo de la prestación. Y si en la base se han incluido, por poner un ejemplo, cotizaciones de otras empresas o del desempleo, se le obliga al empresario, en régimen de pago directo, a cotizar por ellas durante todo el tiempo de la IT.

La seguridad jurídica aconseja que estos criterios administrativos se fijen de forma clara en la norma, conforme a la voluntad del legislador, sin que haya que cubrir las excesivas lagunas existentes con disposiciones reglamentarias, en muchos casos con dudoso anclaje legal.

Capítulo V

SISTEMA ESPECIAL AGRARIO

1. ANTECEDENTES

El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social nació a mediados de la década de los 60 del siglo pasado (Ley 38/1966) con el objetivo de facilitar la protección social a los trabajadores agrícolas, entonces un porcentaje muy significativo de la población activa. En la actividad rural el trabajo de temporada ha sido siempre la tónica habitual, los “temporeros”, con un empleo continuo muy escaso y limitado a puestos de trabajo muy concretos.

Según el INE, en el año 1910 la población agraria era el 64 por 100 de la totalidad, mientras en 2010 dicho porcentaje es de apenas el 4,3 %. El descenso de la población activa agraria en España se inicia con fuerza en los años cincuenta del siglo XX y alcanza su máximo en las dos décadas siguientes. En treinta años el campo español pierde alrededor de tres millones de activos, que se incorporan a los mercados laborales de las ciudades españolas y de distintos países europeos. Aunque a fines de los ochenta el mundo rural presenta un perfil laboral propio de países desarrollados, con algo menos de un 10% de población activa agraria, esta última no ha dejado de descender desde entonces. Como ocurre en otros países, estamos llegando a una situación en la que hay más empleo relacionado con la agricultura en la Administración que en el propio medio rural.

Con el paso de los años la agricultura se ha ido modernizando, mecanizando y digitalizando en su producción y gestión hasta extremos comparables a los de la industria, a la par que disminuía su peso porcentual en la población activa, pero sin que el régimen jurídico de seguridad social experimentase las modificaciones que demandaba el cambio de modelo productivo agrario. Un modelo de agricultura que hoy se expande mediante la contratación de trabajadores por grandes empresas, con pérdida de peso de los autónomos y cuyos modelos de gestión son los propios

de las grandes corporaciones. La nueva agricultura, la agricultura industrial se expande mientras la agricultura tradicional desaparece con la jubilación de sus trabajadores. Por eso la modernización de la agricultura y la intensificación del rendimiento de las explotaciones, con la limitada protección de los trabajadores rurales, reclamaban un cambio legislativo.

A principios de este siglo era evidente que la regulación del régimen especial agrario, referente a los trabajadores por cuenta ajena y propia, había quedado en buena medida obsoleta y no se adecuaba a los cambios laborales, económicos, sociales y demográficos experimentados en el sector agrario español y su mercado de trabajo. Así se llegó a reconocer expresamente en el preámbulo de la Ley 28/2011, cuando se afirmaba que, además, producía “importantes desajustes en la protección social de los trabajadores agrarios por cuenta ajena, que impiden su plena equiparación a la percibida por aquellos que prestan sus servicios en otros sectores económicos”.

Se tuvo que partir por el legislador lo que era palmario: “en el seno del Régimen Especial Agrario no se han detectado incentivos para el incremento de la productividad agraria y el desarrollo de nuevas iniciativas, que requieren contar con una mano de obra suficientemente motivada para arraigarse en la tierra, de manera que se evite la situación actual, en la que muchos proyectos emprendedores pueden verse en peligro por la falta de trabajadores cualificados”.

En ese orden de cosas, y fruto del diálogo social, la Ley 18/2007, de 4 de Julio, crea el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios, con efectos de 1 de enero de 2008, estableciéndose por primera vez un Sistema Especial dentro de un Régimen Especial, el de Autónomos. Y más tarde, a partir del 1 de enero de 2012, los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social quedaron integrados en el Régimen General de la Seguridad Social e incorporados en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en virtud de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procedió a dicha integración. Ambas normas legales certifican el fin del Régimen Especial Agrario. Empezaba el periodo transitorio hacia la plena integración en el Régimen general de los trabajadores agrarios por cuenta ajena.

2. LA INTEGRACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA ESPECIAL AGRARIO

Con fundamento en la encomienda del Pacto de Toledo de 1995, sobre simplificación de los regímenes de la Seguridad Social, el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 entre el Gobierno y los agentes sociales, realizó un diagnóstico de la realidad del sector agrario y articuló

un plan de actuaciones paulatinas y progresivas dirigido a modernizar y adecuar el marco de protección social de los trabajadores del campo por cuenta ajena.

A tal fin se acordó su integración en el Régimen General de la Seguridad Social y la creación, dentro de éste, de “un *sistema especial* que permitiera avanzar en la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores y que evitara un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias, con un amplio período transitorio de adaptación y el establecimiento de beneficios en materia de cotización para incentivar la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos, con el objetivo de hacer compatible la mejora de las prestaciones de los trabajadores y la contención de los costes empresariales” (la cursiva es mía), conforme se lee en el preámbulo de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

3. SISTEMA ESPECIAL PARA TRABAJADORES POR CUENTA AJENA AGRARIOS

Sin lugar a dudas, la novedad más interesante que se ha producido durante los últimos años en el ámbito de la Seguridad Social, y singularmente en el de los sistemas especiales, ha sido la creación del Sistema Especial Agrario. Conforme leemos en el art. 1 de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, quedan integrados en el Régimen General de la Seguridad Social, desde el 1 de enero de 2012, fecha de su entrada en vigor:

- a) Los trabajadores por cuenta ajena que figurasen incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social el día 31 de diciembre del 2011, así como los empresarios a los que prestaran sus servicios.
- b) Y los trabajadores por cuenta ajena que, en lo sucesivo, realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias o sean complementarias o auxiliares de las mismas en explotaciones agrarias, así como los empresarios a los que presten sus servicios, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Con este sistema especial, según se expone en el preámbulo de la ley, se pretendía “la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores y que evitara un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias, con un amplio período transitorio de adaptación y el establecimiento de beneficios en materia de cotización para incentivar la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos, con el objetivo de hacer compatible la mejora de las prestaciones de los trabajadores y la contención

de los costes empresariales”. Es decir, se busca la integración en el Régimen General, pero se es precavido al establecer un largo periodo de adaptación, en especial en cuanto a las cotizaciones empresariales, que será de 20 años.

La creación del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios en el cual, manteniendo el ámbito subjetivo de aplicación existente en el Régimen Especial Agrario con exclusión de los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida, se realiza con el objetivo básico de que “se afiancen las garantías de empleo y de cobertura de los trabajadores agrarios por cuenta ajena a través de un nuevo modelo de cotización y de protección, dentro de un contexto de impulso de la creación de riqueza en el sector”, dice la Ley 28/2011.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Conforme expresa ahora el art. 252.1 de la LGSS, quedarán comprendidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios quienes realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias o sean complementarias o auxiliares de las mismas, en explotaciones agrarias, así como los empresarios a los que presten sus servicios en los términos que reglamentariamente se establezcan.

No obstante, no tendrán la consideración de labores agrarias las operaciones de manipulado, empaquetado, envasado y comercialización del plátano, a que se refiere el artículo 136.2.g) de la LGSS, aunque para el mismo empresario presten servicios otros trabajadores dedicados a la obtención directa, almacenamiento y transporte a los lugares de acondicionamiento y acopio del propio producto. Tampoco, aunque no lo diga la ley, las de manipulado, envasado y comercialización de futa fresca y hortalizas a las que es de aplicación su sistema especial, conforme art. 1 de la Orden de 30 de mayo de 1991.

Ha de hacerse notar que muchas de las empresas de la llamada “agricultura industrial”, sea o no bajo plástico, ocupan a la vez trabajadores incluidos en el SEA, por realizar las labores de plantación, cultivo y recolección de los productos agrícolas; como de trabajadores incluidos en el Sistema especial de Frutas y Hortalizas, por ocupar a los trabajadores que realizan las labores de manipulado, empaquetado y comercialización de los productos cultivados y recolectados en el campo. Hubiera sido deseable una integración más completa de dichas empresas en el Régimen General, sin un periodo transitorio tan largo, pues la integración de los trabajadores ha sido casi inmediata, con las reglas especiales del SEA y el largo periodo transitorio para la equiparación de cuotas empresariales se hubiera podido habilitar en un sistema especial único para todos los trabajadores de temporada.

a) La inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en el SEA

¿Queda comprendido el trabajo a tiempo parcial en el ámbito del SEA? Las primeras regulaciones del trabajo en el campo deban a entender la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de su ámbito profesional, lo que parece lógico teniendo en cuenta que el trabajo a tiempo parcial no aparece entre nosotros de forma legal sino con el Estatuto de los Trabajadores de 1980. Así, en la Ley 38/1966, del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, se incluye en su ámbito de aplicación a quienes “*en forma habitual y como medio fundamental de vida*” realicen actividades agrarias, lo que parece excluir al trabajador a tiempo parcial, aunque no a los fijos discontinuos pues, como estamos exponiendo, el trabajo por campañas o temporadas es habitual en la agricultura, de ahí precisamente la expresión temporeros.

Pero en el preámbulo de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social, se dice que “la disposición adicional cuarta contempla la posibilidad de que los trabajadores agrarios por cuenta ajena contratados a tiempo parcial coticen de forma proporcional a la parte de jornada que realicen, remitiéndose a las condiciones y términos que para ello se determinen reglamentariamente”, lo que da a entender que ya se admite el trabajo a tiempo parcial en la agricultura. Queda clara la inclusión del trabajo a tiempo parcial en el sistema especial agrario de la Seguridad Social.

b) Reglas de inclusión

Por lo demás, la ley regula prolija y detalladamente las normas de inclusión y exclusión en el sistema especial y el regreso al mismo, por cuanto contempla específicamente el inevitable factor de los periodos de inactividad de los trabajos de temporada.

Según lo dispuesto en el art. 253.1 LGSS, la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General, que se producirá como consecuencia y de forma simultánea al alta en dicho régimen, determinará la obligación de cotizar, tanto durante los períodos de actividad por la realización de labores agrarias como durante los períodos de inactividad en dichas labores, con la consiguiente alta en el Régimen General.

Se entenderá que existen períodos de inactividad dentro de un mes natural cuando el número de jornadas reales en él realizadas sea inferior al 76,67 por ciento de los días naturales en que el trabajador figure incluido en el sistema especial en dicho mes. Sin perjuicio de lo antes expuesto, no existirán períodos de inactividad

dentro del mes natural cuando el trabajador realice en él, para un mismo empresario, un mínimo de cinco jornadas reales semanales en cumplimiento de lo establecido en el convenio colectivo que resulte de aplicación.

Para quedar incluido en este sistema especial durante los períodos de inactividad serán requisitos necesarios que el trabajador haya realizado un mínimo de 30 jornadas reales en un período continuado de trescientos sesenta y cinco días y que solicite expresamente la inclusión dentro de los tres meses naturales siguientes al de la realización de la última de dichas jornadas (art. 252.2 LGSS). El requisito es lo suficientemente generoso para que el trabajador agrícola no sea expulsado de su sistema.

Una vez cumplidos los requisitos señalados en el párrafo anterior, la inclusión en el sistema especial y la cotización durante los períodos de inactividad en las labores agrarias tendrán efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se haya presentado la solicitud de inclusión. A tales efectos se computarán todas las jornadas reales efectuadas por el trabajador en el período indicado, incluidas las prestadas en un mismo día para distintos empresarios (art. 252.3 LGSS).

Se asimilarán a jornadas reales los días en que los trabajadores se encuentren en las situaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, procedentes de un período de actividad en el sistema especial. También los períodos de percepción de prestaciones por desempleo de nivel contributivo en el sistema especial, así como los días en que los trabajadores se encuentren en alta en algún régimen de la Seguridad Social como consecuencia de programas de fomento de empleo agrario (art. 252.3 LGSS).

c) Reglas de exclusión

La exclusión del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios durante los períodos de inactividad, con la consiguiente baja en el Régimen General, podrá producirse (art. 253.4 LGSS):

- a) *A solicitud del trabajador.* En cuyo caso los efectos de la exclusión tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de aquella ante la Tesorería General de la Seguridad Social.
- b) *De oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social.* Esto ocurre en los siguientes supuestos:

- 1.º Cuando el trabajador no realice un mínimo de 30 jornadas de labores agrarias en un período continuado de trescientos sesenta y cinco

días, computados desde el siguiente a aquel en que finalice el período anterior. Los efectos de la exclusión, en este supuesto, tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente al de la notificación de la resolución por la que se acuerde aquella.

- 2.º Por falta de abono de las cuotas correspondientes a períodos de inactividad durante dos mensualidades consecutivas. Los efectos de la exclusión, en este supuesto, tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente a la segunda mensualidad no ingresada, salvo que el trabajador se encuentre, en esa fecha, en situación de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, en cuyo caso tales efectos tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente a aquel en que finalice la percepción de la correspondiente prestación económica, de no haberse abonado antes las cuotas debidas.

d) La vuelta a la inclusión

La exclusión no impedirá que, en caso de nuevos períodos de actividad en labores agrarias, los trabajadores queden de nuevo incluidos en el sistema especial durante los días en que presten sus servicios, con las consiguientes altas y bajas en el Régimen General y la cotización que corresponda por tales períodos. Es el inevitable tributo a la estacionalidad en el empleo.

De haberse procedido a la exclusión de este sistema especial durante los períodos de inactividad por alguna de las causas señaladas en la ley, procederá la reincorporación en él cuando los trabajadores por cuenta ajena agrarios cumplan los siguientes requisitos:

- a) Haber realizado un mínimo de treinta jornadas reales dentro del período continuado de trescientos sesenta y cinco días anteriores a la fecha de efectos del reinicio de la cotización por períodos de inactividad. Este requisito no será exigible cuando el trabajador solicite su reincorporación en el sistema especial tras haber quedado excluido del mismo voluntariamente, con ocasión del desempeño de otra actividad que hubiera determinado su alta en cualquier régimen de la Seguridad Social o de encontrarse en una situación asimilada a la de alta que hubiera resultado computable para acceder a cualquiera de las prestaciones comprendidas en la acción protectora a que se refiere el artículo 256 LGSS. Para ello, deberá presentar la solicitud correspondiente dentro de los tres meses siguientes a la fecha de efectos de la baja en la citada actividad o de la extinción de la situación asimilada.

b) Estar al corriente en el ingreso de las cuotas correspondientes a períodos de inactividad.

e) Efectos de la reincorporación

Los efectos de la reincorporación en el sistema especial, a efectos de la cotización durante los períodos de inactividad, tendrán lugar:

- 1.º *Voluntariamente.* Cuando la exclusión se hubiera producido voluntariamente, desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de la solicitud de reincorporación por parte del trabajador. En el supuesto de que el trabajador provenga de una situación de alta por otra actividad o de una situación asimilada a la de alta y solicite su reincorporación dentro de los tres meses antes señalados, podrá optar porque sus efectos tengan lugar bien desde la fecha de efectos de la baja por esa otra actividad o de la extinción de dicha situación asimilada o bien desde el día primero del mes siguiente al de presentación de la solicitud.
- 2.º *De oficio por falta de jornadas.* Cuando la exclusión se hubiera producido de oficio por incumplimiento del requisito relativo a la realización del mínimo de jornadas reales exigido, desde el día primero del mes siguiente al del cumplimiento de dicho requisito.
- 3.º *De oficio por falta de pago.* Cuando la exclusión se hubiera producido de oficio por falta de ingreso de la cotización correspondiente a los períodos de inactividad, desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de la solicitud de reincorporación salvo que el trabajador opte porque los efectos tengan lugar desde el día primero del mes de ingreso de las cuotas debidas.

5. ENCUADRAMIENTO, AFILIACIÓN, ALTAS, BAJAS Y VARIACIONES DE DATOS

La afiliación y las altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores agrarios por cuenta ajena se tramitarán en los términos, plazos y condiciones establecidos en los artículos 139 y 140 LGSS y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo, a los que remite la norma específica del SEA (art. 254 LGSS).

Pero, como se trata de trabajadores que han de ser llamados al trabajo continuamente y a veces con urgencia, se añade, como peculiaridad propia del encuadramiento, que sin perjuicio de lo previsto en la previsión general de la

ley, “de contratarse a trabajadores eventuales o fijos discontinuos el mismo día en que comiencen su prestación de servicios, las solicitudes de alta podrán presentarse hasta las doce horas de dicho día, cuando no haya sido posible formalizarlas con anterioridad al inicio de dicha jornada” (art. 254 LGSS). No obstante, si la jornada de trabajo finalizase antes de las doce horas, las solicitudes de alta deberán presentarse antes de la finalización de esa jornada.

6. COTIZACIÓN

En materia de cotización se aplica la regla general de la equiparación con los demás trabajadores del Régimen General (art. 255.1 LGSS). Pero también resulta inevitable establecer una serie de peculiaridades, por lo que se diferencia entre los periodos de actividad y los periodos de inactividad:

6.1. Periodos de actividad

Durante los períodos de actividad en las labores agrarias se aplicarán las siguientes reglas (art. 255.2 LGSS):

- a) El empresario será el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar en los términos del artículo 142 LGSS, debiendo comunicar, asimismo, las jornadas reales realizadas por sus trabajadores en el plazo que reglamentario.
- b) La cotización podrá efectuarse, a opción del empresario, por bases diarias, en función de las jornadas reales realizadas, o por bases mensuales. De no ejercitarse expresamente dicha opción, se aplicará la modalidad de bases mensuales de cotización. La modalidad de cotización por bases mensuales resultará obligatoria para los trabajadores agrarios por cuenta ajena con contrato indefinido, sin incluir entre ellos a los que presten servicios con carácter fijo discontinuo, respecto a los cuales tendrá carácter opcional.
- c) Las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán conforme a lo dispuesto en el artículo 147 LGSS. Cuando la cotización se efectúe por bases diarias, lo indicado en el párrafo anterior se entenderá referido a cada jornada real realizada, sin que pueda ser inferior a la base mínima diaria de cotización que se establezca en cada ejercicio por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- d) Los tipos de cotización aplicables, respecto a las contingencias comunes, serán los establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado

correspondiente a cada ejercicio, y respecto a las contingencias profesionales, los establecidos para cada actividad económica, ocupación, o situación, en la tarifa de primas establecidas legalmente.

- e) La cotización por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional se efectuará con arreglo a la base de cotización por contingencias profesionales.

Los tipos de cotización aplicables para la cotización por estos conceptos serán los siguientes:

- 1.º Para la contingencia de desempleo, los fijados en cada ejercicio por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- 2.º Para la cotización al Fondo de Garantía Salarial, el 0,10 por ciento, a cargo exclusivo del empresario.
- 3.º Para la cotización por formación profesional, el 0,18 por ciento, siendo el 0,15 por ciento a cargo del empresario y el 0,03 por ciento a cargo del trabajador.

No será de aplicación el incremento de la cuota empresarial por contingencias comunes, del 36 por ciento, establecida en los contratos temporales de duración efectiva inferior a siete días.

6.2. Periodos de inactividad

Durante los períodos de inactividad en las labores agrarias se aplicarán las siguientes reglas, conforme dispone el art. 255.3 LGSS:

- a) El propio trabajador será el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y del ingreso de las cuotas correspondientes. Es una norma que no rige, ni ha regido, para los trabajadores temporeros de la industria y los servicios.
- b) La cotización tendrá carácter mensual y se calculará mediante la fórmula que se determine en la Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondiente a cada ejercicio.
- c) La base de cotización aplicable será la base mínima vigente en cada momento, por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General.
- d) El tipo de cotización aplicable será el 11,50 por ciento.

6.3. Cotización durante las situaciones protegidas

Durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como de maternidad y paternidad causadas durante los períodos de actividad, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) El empresario deberá ingresar únicamente las aportaciones a su cargo. Las aportaciones a cargo del trabajador serán ingresadas por la entidad que efectúe el pago directo de las prestaciones correspondientes a las situaciones indicadas.
- b) Respecto de los trabajadores agrarios con contrato indefinido, la cotización durante las referidas situaciones se efectuará con arreglo a las normas generales del Régimen General.
- c) Respecto de los trabajadores agrarios con contrato temporal y fijo discontinuo, resultará de aplicación lo establecido en la letra b) en cuanto a los días contratados en los que no hayan podido prestar sus servicios por encontrarse en alguna de las situaciones antes indicadas.

En relación con los días en los que no esté prevista la prestación de servicios, estos trabajadores estarán obligados a ingresar la cotización correspondiente a los periodos de inactividad, excepto en los supuestos de percepción de los subsidios por maternidad y paternidad, que tendrán la consideración de períodos de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones por jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

6.4. Tiempo parcial

De acuerdo con la regla de la proporcionalidad aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, según la disposición final 5ª de la LGSS, “la cotización de los trabajadores agrarios con contrato de trabajo a tiempo parcial se llevará a cabo de forma proporcional a la parte de jornada realizada efectivamente, en los términos y condiciones que se determinen reglamentariamente, y sin perjuicio de la aplicación de las bases mínimas de cotización que la ley establezca en cada momento”.

Siguiendo sus dictados, el art. 42 de la Orden ESS de 9 de febrero, sobre cotización para 2017, en la rúbrica sobre cotización en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, dispone que “con independencia del número de horas de trabajo realizadas en cada jornada, la base de cotización de los trabajadores del sistema especial no podrá tener una cuantía inferior a 35,90 euros/día”, lo que evidente se traduce en un trato peyorativo respecto de los trabajadores a tiempo parcial no incluidos en este sistema especial.

6.5. Aplicación paulatina

La aplicación directa de las bases y tipos de cotización al Sistema especial agrario de las contempladas en el Régimen General hubiera ocasionado serios problemas al sector, especialmente a los empresarios, con las inevitables secuelas que ello hubiera ocasionado sobre el consumo y el empleo.

Por eso se dice en el preámbulo de la Ley 28/2001, que “en atención a las especiales circunstancias del sector agrario y respecto a la cotización durante los períodos de actividad en el nuevo Sistema Especial, la disposición adicional segunda permite la aplicación paulatina de las bases máximas y del tipo de cotización a cargo del empresario”. Y, en efecto, la disp. adicional segunda de la Ley 28/2011, en precepto recogido en el texto refundido de la LGSS de 2015 (disp. transitoria decimoctava) regula la aplicación paulatina de las bases y tipos de cotización y de reducciones en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en periodo que abarca desde 2012 a 2031. Un largo periodo transitorio de veinte años, pero que alguna vez llegará a su final.

7. ACCIÓN PROTECTORA

Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con alguna de las peculiaridades que se especifican en la ley (art. 256.1 LGSS) y que se refieren a estar al corriente del pago de las cotizaciones correspondientes a los periodos de inactividad de las que sean responsables y otras cuestiones que relatamos inmediatamente.

7.1. El requisito de estar al corriente de pago

El viejo requisito de que para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas será necesario que los trabajadores se hallen al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de inactividad, de cuyo ingreso son responsables se mantiene en el sistema especial (art. 256.2 LGSS). Y ello es así porque en este sistema especial no es el empresario el responsable del pago de las cotizaciones en los periodos de inactividad. La STS de 9-03-2017, rec. 1727/2015, citando otras anteriores, desde la sentencia 31-03-2004, rec. 2343/2003, flexibiliza el criterio para las pensiones de supervivencia; pero en todo lo restante es doctrina jurisprudencial muy consolidada (SSTS 27-09-2010, rec. 1272/2009, 19-05-2004, rec. 1370/2003; 2-10-2007, rec. 3568/2006; 10-07-2008, rec. 4225/2007).

a) Exclusiones protectoras durante los periodos de inactividad

Durante los períodos de inactividad, la acción protectora del sistema especial comprenderá exclusivamente las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, así como jubilación (art. 256.3 LGSS).

Por tanto, queda excluida en dicha situación de inactividad la protección por incapacidad temporal (por todas, SSTS 16-07-2013, rec. 2522/2012; 4-04-20015, rec. 1735/2004), por riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, así como la correspondiente a las contingencias profesionales. No queda excluida la protección por desempleo contributivo y asistencial, como es lógico (*cfr.* Capítulo VI).

7.2. Precisiones sobre la jubilación anticipada

Para el acceso a las modalidades de jubilación anticipada previstas en los artículos 207 y 208 LGSS y a efectos de acreditar el requisito del período mínimo de cotización efectiva establecido para ellas en dicha norma, será necesario que, en los últimos diez años cotizados, al menos seis correspondan a períodos de actividad efectiva en este sistema especial. A estos efectos, se computarán también los períodos de percepción de prestaciones por desempleo de nivel contributivo en el sistema especial (art. 256.4 LGSS).

7.3. Limitaciones a la cuantía subsidio de IT por contingencias comunes

Durante la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común y en los términos reglamentariamente establecidos, la cuantía de la base reguladora del subsidio no podrá ser superior al promedio mensual de la base de cotización correspondiente a los días efectivamente trabajados durante los últimos doce meses anteriores a la baja médica (art. 256.5 LGSS).

7.4. Pago directo del subsidio de IT

De acuerdo con el art. 256.6 LGSS la prestación económica por incapacidad temporal causada por los trabajadores incluidos en el sistema especial será abonada directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado de la misma (a diferencia de lo que ocurre con los fijos discontinuos de los demás sistemas especiales), a excepción de los supuestos en que aquellos estén percibiendo la prestación contributiva por desempleo y pasen a la situación de incapacidad temporal, a que se refiere el artículo 283.2

LGSS. Esto significa que durante la situación de IT, aunque al trabajador agrario discontinuo le corresponda ser llamado al trabajo, no cotiza el empresario por él, a diferencia de lo que ocurre con los restantes fijos discontinuos.

7.5. No integración de lagunas

Para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por los trabajadores agrarios por cuenta ajena respecto de los periodos cotizados en el sistema especial solo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 197.4 LGSS (integración de lagunas de la base de cotización cuando no exista obligación de cotizar en la pensión de incapacidad permanente) y 209.1.b LGSS (integración de lagunas de la base de cotización cuando no exista obligación de cotizar en la pensión de jubilación), según dispone el art. 256.6 LGSS.

Capítulo VI

DESEMPLEO

El reverso del trabajo de temporada es el desempleo de temporada, esto es, el desempleo estacional. Tan típico como el trabajo de campaña es el desempleo de campaña. Tan típico como el trabajador de temporada es el desempleo de temporada. Tan típico como el trabajador intermitente es el desempleo intermitente. Tan típico como el trabajo a llamada es el cese a llamada. El estudio del trabajo fijo discontinuo quedaría incompleto si no se abordase la protección de sus momentos de ausencia del trabajo, bien para reducir esos días sin ocupación, bien para darle protección social

1. EL DESEMPLEO ESTACIONAL

1.1. *El reverso del empleo estacional*

Mientras exista trabajo estacional existirá desempleo estacional. Si no se trabaja durante todos los días del año, se está desempleado durante los días del año que no se trabaja. Desempleo *estacional* es el que tiene por causa las variaciones estacionales de empleo producidas por condiciones climáticas, la moda o los usos y costumbres sociales. Se opone al desempleo *estructural*, el propio de las crisis económicas o reconversiones, y al desempleo *friccional*, derivado de los propios ajustes del mercado laboral en su movilidad interna. El desempleo estacional se trata de un fenómeno mal medido en la Encuesta de Población Activa, pero de reflejo real en las cifras de desempleo, como lo prueba su acusada estacionalidad.

El desempleo discontinuo es, pues, como el propio contrato, un fenómeno cíclico y temporal. No es un desempleo parcial, ya que el desempleado de temporada lo está a tiempo completo, sino de un desempleo total (art. 262.2 LGSS), pues el discontinuo cesa totalmente en su ocupación al finalizar o interrumpirse su actividad.

El desempleo estacional es una especialidad propia de la variedad contractual que estamos estudiando. En ningún otro contrato de trabajo la situación de desempleo forma parte de su propia naturaleza, coincidente, por otra parte,

con su estructural prestación de servicios por campaña o temporada. En otros contratos de trabajo, el desempleo cuando aparece es un fenómeno patológico, que indica el fin de la relación laboral o la suspensión traumática del mismo; en cambio, en los contratos de temporada el desempleo forma parte de su propia esencia contractual, es algo habitual, la mera consecuencia de contratarse para no trabajar todos los días laborables del año.

Evidentemente una situación tan repetida como cíclica da lugar a especialidades en su protección social, a intentos de poner remedio a esa cíclica situación de necesidad que supone el desempleo estacional. Cuando el artículo 41 de la Constitución habla de proteger “especialmente” la situación de necesidad que produce el desempleo, no parece que esté olvidando al desempleo estacional.

1.2. La emigración golondrina

Como medida contra el desempleo estacional, la emigración de temporada constituye su forma más primitiva de solución. La acusada estacionalidad de determinadas faenas de campaña o temporada conlleva unas exigencias puntuales e intensivas de mano de obra, más acusada en la agricultura, pero también evidente en la industria y los servicios, donde es patente su presencia en quienes se dirigen hacia las zonas turísticas buscando el sol del trabajo temporero. Desde hace mucho tiempo esta circunstancia ha dado lugar a movimientos migratorios de mano de obra conocidos como emigración golondrina o de temporada. Trabajo de temporada y emigración de temporada son casi sinónimos.

Plantea numerosos problemas, no sólo de índole laboral o asistencial, que apenas son objeto de atención por el mundo del Derecho, y eso pese a que el Convenio 88 de la OIT, sobre servicios de empleo, encomienda a los Estados “facilitar los traslados temporales de una región a otra, a fin de atenuar el desequilibrio local y momentáneo entre la oferta y la demanda de mano de obra”.

Que el trabajo de temporada requiere mano de obra intensiva en momentos puntuales lo corrobora la LO 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España, cuando para determinar el contingente excepciona en la letra l) de su artículo 40 “la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a... los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país”. Desde luego, la emigración de temporada ya no es sólo protagonizada por ciudadanos que marchan de unas regiones a otras, sino que entre sus protagonistas cuenta con una creciente población inmigrante. Ello plantea problemas de información, vivienda, sanidad, educación, transportes, infraestructura, etc., que nos remiten a situaciones propias de los años en los que se empezó a plantear la llamada “cuestión social”.

El artículo 42 de la LO 4/2000, fija el régimen especial de autorización para trabajar a los inmigrantes de temporada, remitiendo su desarrollo al reglamento (arts. 78 y 89 RD 864/2001). Establece como premisa que “para conceder las autorizaciones de trabajo deberá garantizarse que los trabajadores temporeros serán alojados en condiciones de dignidad e higiene adecuadas y que las Administraciones públicas promoverán la asistencia de los servicios sociales adecuados”. Agrega que las ofertas de empleo de temporada se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios (en tal sentido, entre otros muchos, Acuerdo sobre mano de obra con el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 25 julio 2001). Y demanda la colaboración de las Comunidades autónomas y los Ayuntamientos en la programación de las campañas de temporada con la Administración General del Estado. En todo caso, “el Consejo Superior de Política de Inmigración elaborará un informe anual sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes donde podrá efectuar recomendaciones para la mejora y perfeccionamiento de las políticas en estos ámbitos, atendiendo especialmente al funcionamiento y previsión del contingente y de las campañas de temporada” (art. 68 LO 4/2000).

2. PECULIARIDADES

La característica fundamental de los trabajadores fijos discontinuos a efectos de la protección por desempleo consiste en que, aparte de las causas generales de pérdida o reducción del empleo, se produce una específica: la terminación de la actividad intermitente o cíclica, que abre una situación temporal de desempleo hasta el comienzo del nuevo período de actividad. La naturaleza cíclica del trabajo determina también el ciclo de ocupación/desocupación (STSJ Canarias 1-10-1999, AS 4364).

Pero además, como la empresa no está obligada a proporcionarles a los fijos discontinuos intermitentes ocupación desde la iniciación a la terminación de cada campaña, puede ocurrir que llamado un trabajador al inicio de la temporada no preste servicios efectivos por no existir trabajo para él, y durante tales días percibirá la prestación por desempleo, si hubiera adquirido el derecho como consecuencia de anterior período de ocupación (STSJ Murcia 10-05-1994, AS 1816).

En definitiva, el trabajador fijo discontinuo se puede encontrar en situación de desempleo no sólo al finalizar la temporada o campaña, sino incluso durante la misma, si hay interrupciones en su prestación de servicios.

2.1. Desempleo protegido

Dice la Recomendación 182 de la OIT sobre trabajo a tiempo parcial, en su apartado 6.c, que los regímenes de Seguridad Social establecidos por ley que

estén ligados al ejercicio de una actividad profesional, deberán tender, entre otras cuestiones, a admitir, en principio, que los trabajadores a tiempo parcial cuya relación de trabajo ha terminado o ha sido interrumpida y que sólo buscan un empleo a tiempo parcial, cumplen con la condición de disponibilidad para el trabajo exigida para la concesión de prestaciones de desempleo.

Nuestro derecho cumple, en lo atinente a los fijos discontinuos, con esta recomendación. También protege al discontinuo cuando llega a la situación de desempleo por razones que no están ligadas al régimen estacional de su prestación de servicios. Por lo tanto, el trabajador de temporada o campaña tiene protegido su desempleo específico (desempleo estacional) y el desempleo común. Y tiene derecho, si cumple los requisitos legales, tanto a la protección contributiva como a la asistencial.

No obstante, hay que convenir con el Tribunal Constitucional, que el fijo discontinuo, mientras mantenga dicha condición, no es un desempleado, sino una persona vinculada por un contrato laboral vigente que se encuentra en situación de seguir causando derecho a nuevos períodos de cobertura en el nivel contributivo hasta la definitiva extinción de su relación laboral (STC 53/2004, de 15 abril). Ello genera algunas de las peculiaridades que se irán viendo.

a) Desempleo estacional

Actualmente, desde la ley 31/1984, de 2 de agosto, el desempleo estacional es contingencia protegida fuera de la temporada de empleo, aunque no siempre fue así, pues la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 excluyó la protección del desempleo fuera de la campaña o temporada (art. 175.5 del Decreto 907/1966, que aprobó su texto articulado).

La protección por desempleo en “los períodos de inactividad productiva” ampara hoy a “los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas” (art. 267.1.7º.d LGSS).

Esto significa que tanto los fijos discontinuos del 16.1 ET como los fijos periódicos del 12.3 ET tienen derecho a la protección por desempleo en los periodos entre temporadas o campañas. Y así lo aclara el segundo inciso de la ley cuando especifica que “las referencias a los fijos discontinuos del título III de esta ley y de su normativa de desarrollo incluyen también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas”.

Por eso se puede decir que la más notable peculiaridad del trabajador fijo discontinuo es que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato a tiempo parcial, tiene derecho a prestaciones de desempleo en los periodos de interrupción de su

actividad laboral mientras está vigente su contrato de trabajo (SSTSJ Castilla-León 27-10-2003, AS 2004\372; 8-10-2002, AS 3216). Los trabajadores fijos discontinuos son beneficiarios de la prestación de desempleo incluso en los supuestos de contrataciones irregulares en las Administraciones Públicas, como serían los contratados de forma interina para cubrir vacante de ejecución intermitente o cíclica (SSTSJ Galicia 31-10-2000, AS 3545; 29-02-2000, AS 486; 24-09-1999, AS 6230). Incluso cuando es contratado por ETT (STS Murcia 12-06-2016, rec. 58/2016).

La protección se alcanza aunque la condición de fijo discontinuo venga de la novación de un contrato fijo a tiempo completo (SSTSJ Castilla-León 4-11-1997, AS 3689; 9 y 30-03-2004, AS 622 y 1273); aunque hay tribunales que unas veces dicen que no, a tendiendo a la voluntariedad de la novación (STSJ Comunidad Valenciana 23-01-2001, JUR 165095; 3-05-2001, AS 2002\104) y otras dicen que sí (Sentencia de 30-03-2004, AS 1273). Solución esta última que parece la más ajustada a derecho, puesto que la ley no diferencia, al proteger a los fijos discontinuos, según el modo en que hayan adquirido tal condición (por contrato inicial, fraude en la contratación temporal o novación de contrato fijo continuo). Y la involuntariedad en el desempleo hay que referirla al cese y no a la voluntariedad del contrato o su transformación. Con ese argumento ningún trabajador eventual percibiría prestaciones por desempleo, pues celebra “voluntariamente” un contrato a término.

b) Desempleo definitivo

Como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, el problema del trabajador fijo discontinuo consiste en que para él existen dos hipotéticas situaciones legales de desempleo: una, por pérdida del trabajo objeto del contrato, y otra, por falta de ocupación efectiva entre los períodos de actividad (STC 53/2004, de 15 abril).

Y es que, aunque resulte una perogrullada, es evidente que el desempleo estacional no es la única situación de desempleo en la que pueden encontrarse los fijos discontinuos. El contrato de estos trabajadores puede suspenderse o extinguirse por razones no estacionales y, entonces vendrán a protegerlos las reglas comunes de las prestaciones por desempleo. En tal supuesto hay que estar a esas normas generales sobre acreditación de la situación legal de desempleo y su duración. Aunque lo deseable sería que no se tuviese en cuenta lo consumido por desempleo durante su relación laboral, sino que empezase desde cero, como cualquier trabajador con el contrato extinguido.

Si el trabajador tiene un contrato a tiempo parcial y otro discontinuo, la pérdida de este empleo también está protegida (STSJ La Rioja 7-11-2002, AS 3389, con cita de la STS 31-05-2000, RJ 7167).

2.2. Situación legal de desempleo

La situación legal de desempleo más típica de los trabajadores fijos discontinuos acontece en “*los períodos de inactividad productiva*” (art. 267.1.7º.d LGSS), esto es, en las interrupciones de actividad dentro de campaña o por finalización de ésta. En estas interrupciones entre campañas no es necesario tramitar expediente de suspensión de contratos para acreditar la situación legal de desempleo (STS 5-02-2003, RJ 3045), y se considera en situación asimilada al alta a los fijos discontinuos que no sean llamados al reiniciarse la actividad correspondiente (art. 2.2 RD 625/1985, de 2 abril).

Con dudoso criterio, la STSJ Comunidad Valenciana 19-09-2003, AS 2305, deniega la prestación por desempleo al finalizar la campaña por considerar que no hay situación legal de desempleo, por falta de trabajo preexistente, “ya que si al cesar había concluido la campaña, no se perdía ningún trabajo en ese momento”. Parece ignorar el tribunal que desde la ley 31/1984 (art. 6.1.4) los fijos discontinuos gozan de protección frente a dicha contingencia también en “los períodos de inactividad productiva” (art. 267.1.7º.d LGSS). Lo contrario haría al fijo discontinuo de peor condición que al eventual que goza de protección por desempleo al finalizar su contrato. Esta última es la tesis de la STSJ Galicia 25-06-1999, AS 5818, que agrega el innegable dato de mediar concreta situación de necesidad -defecto de ingresos- en los períodos de inactividad cíclica, con involuntariedad del cese.

Para acreditar la situación legal de desempleo, el solicitante debe presentar copia del contrato o de cualquier otro documento que justifique la naturaleza discontinua de la relación, así como comunicación escrita del empresario acreditando las causas justificativas de la interrupción o la finalización de la actividad intermitente o de temporada (art. 1.5 RD 625/1985), según recuerda la STSJ Murcia 8-05-1996, AS 2138.

En el supuesto de contratos temporales en fraude de ley, el Servicio Público de Empleo no puede denegar la prestación alegando que el trabajador no ha demandado su condición de fijo discontinuo para acreditar la situación legal de desempleo, pues la falta de reclamación jurisdiccional del trabajador ante la decisión empresarial de extinción del contrato de trabajo, no convierte a dicha extinción en cese por voluntad del trabajador, ni equivale tampoco a renuncia de derecho. No puede exigirse al trabajador cesado que se convierta en garante del ordenamiento jurídico en materia de protección del desempleo (SSTS 6-03-2001, RJ 2835; 20-12-1995, RJ 9487).

No está en situación legal de desempleo el trabajador fijo discontinuo que solicita excedencia en una empresa y suscribe contrato temporal con la misma (STSJ Murcia 16-01-1998, AS 1071), ni quien viene de una excedencia voluntaria

en otra empresa (STSJ Cataluña 15-12-1999, AS 7451, con cita, entre otras, de la STS 19-2-1993, RJ 1215), ni quien está en excedencia (STSJ Andalucía 12-04-2002, AS 2649). Pero sí quien presta servicios temporales en otra empresa (SSTSJ Murcia 25-02-1998, AS 531; 10-03-1992, AS 1466 y 10-12-1991, AS 6545), o celebra con su empresario un contrato de trabajo de interinidad para sustituir a una trabajadora (STSJ Canarias 29-04-1994, AS 1519), por cuanto la esporádica realización de trabajos temporales, al margen del habitual y permanente de fijo discontinuo, sirve para poder sumar tales cotizaciones a efectos de determinar el período de prestación contributiva e incluso tiene derecho a ser declarado en situación de desempleo. No se ha considerado constitutivo de fraude de ley la protección por desempleo de quien que cesa en contrato fijo discontinuo y es contratado temporalmente por otra empresa (STSJ Canarias 9-11-1999, AS 4180).

Pero no está protegido el trabajador que desiste de la relación, no acudiendo al llamamiento, pues la voluntariedad del cese (art. 267.2.a LGSS) excluye su protección (STSJ Canarias 1-10-1999, AS 4364). Tampoco quien no es fijo discontinuo sino a tiempo completo coincidente con el curso escolar (STSJ Madrid 24-02-2003, AS 684).

En cuanto a situación legal de desempleo del trabajador fijo discontinuo que es despedido por falta de llamamiento, echamos en falta una norma que lo asimile a lo dispuesto con carácter general sobre despido. Como sabemos, en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo (art. 268.4 LGSS), y el ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación. ¿Cómo se acredita la situación legal de despido por falta de llamamiento? A falta de regulación legal la única forma es en virtud de la sentencia (o acuerdo conciliatorio) que reconozca la situación de despido, lo que lleva al trabajador a esperar hasta que dicho acto se produzca. Sería deseable que, para tales supuestos, se admitiese que el intento del acto de conciliación reflejado en el acta respectiva es suficiente para acreditar la situación legal de desempleo, sin perjuicio de lo que resulte de la sentencia judicial que puede determinar que no hay despido, con los problemas que ello generaría de devolución de las prestaciones anticipadas.

2.3. Cómputo de cotizaciones y base reguladora

Lo primero a tener en cuenta es que las reglas contenidas en el art. 247 y 248 de la LGSS, sobre cómputo de periodos de cotización y cuantía de la prestación de los trabajadores fijos discontinuos y a tiempo parcial (en especial el coeficiente de parcialidad), no son aplicables a las prestaciones de desempleo, por excluirlo expresamente dicha norma. El art. 245 de la LGSS remite a sus arts. 269.2 para el

cómputo de cotizaciones y al art. 270.1 sobre la cuantía de la prestación por desempleo. No se aplica, en consecuencia, ningún coeficiente de parcialidad y la asimilación con el régimen de los trabajadores comunes es total, sin especialidad alguna.

En cualquier caso, deben computarse los días efectivamente trabajados y aquellos otros (descanso semanal, festivos no recuperables y vacaciones) en los que no se realiza trabajo efectivo, pero por los que también se cotiza (art. 6 Orden 30 mayo 1991; art. 268.3 LGSS), según resuelven las SSTS 13-05 y 14-05-2002, RJ 7549 y 7206, aplicando el coeficiente del 1,61 ó 1,33 a los días efectivos de trabajo (SSTSJ Comunidad Valenciana 31-01 y 7-03-2000, AS 1786 y 4371; Murcia 24-01-1997, AS 200; Navarra 4-11-1994, AS 4193), que en ningún caso permite que se produzcan períodos anuales de cotización superiores al año natural (STSJ Murcia 20-03-1996, AS 580). Y ello, con independencia de que se esté o no bajo el ámbito del Sistema especial de Frutas y Hortalizas, puesto que la cotización por el descanso semanal, festivos y vacaciones es obligatoria, por constituir salario (arts. 26.1 ET y 268.3 LGSS), tal y como declara la STSJ Cataluña 3-02-1993, AS 785. En igual sentido, dice la STSJ Navarra 24-07-2003, AS 2895, que, con carácter general el período de ocupación a efectos de cotización debe comprender descansos semanales y festivos y vacaciones por ser parte integrante de la relación laboral ordinaria; al igual que se hace para los agrícolas (STSJ Andalucía 16-03-1993, AS 1314). En contra, para estibadores, la STSJ Galicia 12-05-1994, AS 2251.

La esporádica realización de trabajos temporales, al margen del habitual y permanente del fijo discontinuo, sirve para poder sumar tales cotizaciones, a efectos de determinar el período de prestación contributiva, sumando todas las cotizaciones al seguro de desempleo que no hayan sido ya computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, sin discriminar por razón de la actividad a que corresponde (SSTSJ Murcia 10-03-1992, AS 1466 y 10-12-1991, AS 6545).

En aquellos supuestos en los que por Convenio colectivo se establece la obligación de la empresa de dar ocupación durante un periodo determinado (181 días en el Convenio de conservas de pescado), si no media prestación de servicios no se reconoce periodo de cotización, ni el SPEE viene obligado a anticipar la prestación (STS 29-04-2001, RJ 5127; STSJ Galicia 20-12-1999, AS 4236). Pero sí se computan los salarios de tramitación (STSJ Galicia 17-12-1999, AS 4168).

La base reguladora de la prestación por desempleo es el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los 180 días precedentes a la situación legal de desempleo (art. 270.1 LGSS). Aunque el artículo 4.1 RD 625/1985 se inclina porque sean los últimos 180 días cotizados y no los naturales, algún tribunal, interpreta que son los 180 días naturales, por considerar que la renta de sustitución de la prestación por desempleo podría ser superior a la renta sustituida (STSJ Navarra 10-04-1997, AS 980), criterio que, por cierto, no se aplica a los eventuales.

2.4. Nacimiento del derecho

El nacimiento del derecho se produce, instada la solicitud en tiempo y forma, a partir de la situación legal de desempleo (art. 267.1.7º.d LGSS), sea por interrupción o por finalización de la campaña (STSJ Canarias 9-07-1996, AS 2535). Lo que resulta superfluo es la inscripción del fijo discontinuo como demandante de empleo (inciso final art. 268.1 LGSS), por cuanto en realidad no es un demandante de empleo, sino un desempleado estacional, o, dicho de otra manera, una persona vinculada por un contrato laboral vigente, como dice la STC 53/2004, de 15 abril.

En el supuesto de que no hayan disfrutado las vacaciones retribuidas con anterioridad a la finalización de temporada o campaña, el nacimiento del derecho se produce una vez transcurrido dicho periodo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la finalización del mismo. El período vacacional debe constar el certificado de empresa expedido a estos efectos (art. 268.3 LGSS), lo que obliga al empresario a mantener en alta y cotizando al empleado fijo discontinuo hasta su finalización (JS 2 Pamplona 11-09-2003, AS 3671). Lo que no tiene sentido es que el trabajador lucre de modo duplicado el abono salarial de un período de vacaciones y de las prestaciones por desempleo, y asimismo parece incoherente que existiendo un período legal de vacaciones vigente la empresa dé de baja a los trabajadores y se ahorre las consiguientes cotizaciones (SSTSJ Navarra 6-06 y 24-07-2003, AS 3037 y 2895).

La prestación de desempleo es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena (art. 282.1 LGSS) y propia (SSTSJ Andalucía 13-05-2001, AS 2437; Murcia 28-05-1992, AS 2424), y con la prestación de incapacidad permanente total reconocida con efectos retroactivos (STSJ Murcia 8-11-1999, AS 3793). También se ha declarado incompatible la prestación de quien presta servicios a tiempo parcial en dos empresas distintas, con el carácter de fijo discontinuo en una de ellas (STSJ País Vasco 28-10-1997, AS 3528).

3. PROTECCIÓN CONTRIBUTIVA

El trabajador fijo discontinuo tiene derecho a la prestación contributiva de desempleo, aplicando criterios de igualdad. Y para ello se computan los periodos de ocupación cotizada de acuerdo con la regla común que contiene el artículo 269 LGSS. Mas, como, reconocida una prestación contributiva, el fijo discontinuo genera con sus períodos de nueva ocupación cotizada derecho a nuevas prestaciones, se plantean los problemas de qué cotizaciones se computan y cuándo tiene derecho a la nueva prestación.

La cuestión ha tenido respuesta judicial. Por un lado, se computan los días cotizados desde el nacimiento del derecho anterior, pese a las interrupciones habidas

(STSJ Navarra 17-03-1995, AS 991). Por otra parte, el artículo 269.3 LGSS dispone que cuando el derecho a la prestación se extinga por realizar el titular un trabajo de duración igual o superior a doce meses, éste podrá optar, en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba y las bases y tipos que le correspondían, o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas. En el caso de los trabajadores fijos discontinuos, la exigencia de trabajar doce o más meses, dada la índole del trabajo de naturaleza cíclica que realizan, no puede interpretarse en términos rigurosos, “pues ello llevaría a hacer imposible e ilusorio el derecho de opción regulado en el artículo 210.3 de la (anterior) Ley General de la Seguridad Social, ya que en estos casos, obviamente nunca se podría, pues, trabajar doce o más meses en un año”, por lo que se pueden acumular periodos de trabajo inferiores a doce meses a efectos de concesión de la nueva prestación (STS 30-03-2000, RJ 3139).

Como norma específica para los trabajadores agrícolas, que empeora su situación respecto de los demás trabajadores por cuenta ajena, el art. 289.2 LGSS, dispone que durante la percepción de la prestación por desempleo, el 73,50 por ciento de la aportación del trabajador a la Seguridad Social correrá a cargo de la entidad gestora, siendo el 26,50 por ciento restante a cargo del trabajador y descontándose de la cuantía de la prestación. En cambio, para los trabajadores comunes no agrícolas, la Entidad Gestora aporta el 100 por 100, según dispone el art. art. 273.1 LGSS para la prestación contributiva y art. 280 para la prestación asistencial, por la jubilación. Trato discriminatorio de dudosa constitucionalidad a nuestro entender.

4. PROTECCIÓN ASISTENCIAL

4.1. Duración

A diferencia de lo que ocurre con la prestación contributiva, la duración del subsidio de los trabajadores fijos discontinuos no resulta de la aplicación de criterios igualitarios, sino proporcionales. En efecto, tanto por agotamiento de una prestación contributiva como por insuficiencia de cotización, la duración del subsidio “*será equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud*”, según se preveía inicialmente de forma reglamentaria (art. 8.3 RD 625/1985). El precepto sería declarado ilegal (STC 4/1991) por extralimitarse sobre la norma que desarrollaba (STSJ Navarra 14-02-1992, AS 618), aunque el RDL 37/1989, de 3 marzo, convirtió en puramente académica toda discusión al respecto (STSJ Galicia 31-01-1992, AS 245). Ahora está recogido en la ley (art. 277.4 LGSS), no se considera discriminatorio (STSJ Murcia 12-01-1996, AS 119) y goza de bendición jurisprudencial (STS 20-03-1997, RJ 2594).

La STSJ Andalucía 21-10-1999, AS 4586, interpreta que la expresión legal “meses cotizados en el año anterior a la solicitud”, no equivale a sólo a los

meses con ocupación cotizada, y que debe computarse también lo cotizado por desempleo, pues lo contrario conduciría al absurdo de privar del subsidio, en su totalidad, a quien en el año precedente a su solicitud, como ordinariamente acontece, hubiera sido beneficiario de prestaciones contributivas, pese a su agotamiento y a tener a su cargo responsabilidades familiares, “dejando en la intemperie y sin protección al que sufre la necesidad y contribuyó en su momento reglamentariamente a su financiación directa o indirectamente”. Hay que computar de fecha a fecha a partir de la solicitud, tal y como admite la STS 20-3-1997, RJ 2594, declara la STSJ Comunidad Valenciana 20-06-2000, JUR 2001\2013. La fecha de la solicitud es la de la prestación asistencial y no la de la precedente prestación contributiva (STSJ Andalucía 20-10-1999, AS 4658).

La regla especial del subsidio de los fijos discontinuos es tan fuerte que se aplica incluso cuando se trata de burlar mediante fraude de ley. Así, en los supuestos de fijos discontinuos que acceden a la prestación contributiva mediante contratos eventuales, se aplica la norma especial y no la de los eventuales (SSTSJ Andalucía 30-06-1993, AS 2851; Comunidad Valenciana 20-06-2000, JUR 2001\2013); revisando a veces la Entidad gestora decisiones precedentes (STSJ Aragón 10-06-1998, AS 2618). Tampoco se provoca la desviación del régimen aplicable al subsidio si con el contrato fijo discontinuo se entrecruza la prestación de trabajo temporal pero de corta duración en otra empresa (SSTSJ Navarra 16-04-1999, AS 2019; 31-7-1998, AS 2956); o mediante la suscripción de un contrato temporal con la misma empresa por quien es fijo discontinuo (STSJ Navarra 21-03-1994, AS 890).

Frente a la regla especial de duración del subsidio, cuando la mayor parte de lo cotizado con anterioridad procede de trabajo no discontinuo, se ha aplicado la regla general (SSTSJ Castilla-La Mancha 10-10-2000, AS 3715; 25-04-2001, AS 2136). También la STSJ Navarra 30-09-1993, AS 3876, usa la regla general de duración cuando el acceso al subsidio no se produce por agotamiento de una previa contributiva, sino por falta de las cotizaciones necesarias para la prestación contributiva, criterio que choca con el redactado del artículo 277.4 LGSS.

En todo caso, ¿está justificado que los fijos discontinuos tengan un subsidio de duración inferior a los demás trabajadores mientras esté viva su relación laboral? La respuesta que se ha dado es afirmativa y la razón legitimadora del trato desigual, que se concreta en una muy sensible disminución temporal del subsidio, se encuentra en el hecho de que se otorga a quienes mantienen su relación laboral y, por ende, su derecho a reincorporarse a la empresa cada vez que ésta reanude su actividad, frente al absoluto desamparo en que se encuentran los trabajadores cuyo contrato de trabajo se extingue definitivamente (STSJ Murcia 26-12-1995, AS 4857).

Ahora bien, la duración del subsidio de fijos discontinuos, cuando el trabajador pierde dicha condición por extinción de la relación laboral, es la común de seis meses

prorrogables hasta dieciocho (art. 277.1 LGSS), descontando en su caso lo percibido como fijo discontinuo (SSTSJ Murcia 16-04-1996, AS 2079; Andalucía 14-12-1994, AS 4906), porque el trato desigual no puede mantenerse cuando desaparece la razón legitimadora que lo justifica y el trabajador fijo discontinuo pierde tal condición por extinguirse definitivamente su relación laboral. Ya que, desde ese momento, pasa a ostentar la misma condición que el resto de trabajadores despedidos: la de parado en busca de un nuevo empleo con derecho al subsidio ordinario (STSJ Murcia 26-12-1995, AS 4857, con cita de otras muchas; Baleares 3-04-1992, AS 1788; Castilla y León 4-03-1992, AS1106); doctrina que no aplica la STSJ Andalucía 11-01-2001, AS 2392.

El derecho al subsidio está condicionado, en todo caso, a no superar el umbral de renta computable (STSJ Canarias 23-04-1999, AS 6146). Por lo demás, dada la irregularidad del trabajo discontinuo, cuando el cónyuge tiene esta condición, el cómputo de rentas se promedia anualmente en lugar de tomar la referencia del último mes prevista en el artículo 215 LGSS (SSTS 17-06-1998, RJ 5784; 24-09-1998, RJ 7302).

4.2. Subsidio mayores de 55 años

Los trabajadores fijos discontinuos no tienen derecho a los subsidios especiales para mayores de 45 y 55 años, de acuerdo con lo establecido en el artículo 277.4 LGSS, "mientras mantengan dicha condición" (SSTSJ Cataluña 23-01-2003, AS 794; Andalucía 13-05-1999, AS 2807; Comunidad Valenciana 16-06-1993, AS 3073).

Pero sí tienen derecho una vez que están desocupados definitivamente, por extinción de su relación fija discontinua (STSJ Castilla-León 4-03-1992, AS 1106), siempre que, en su caso, acrediten los requisitos necesarios (STSJ Andalucía 25-04-2003, AS 2701). No obstante, si el trabajador tenía derecho al subsidio de mayores de 55 años por un reconocimiento anterior, se mantiene el derecho a su percibo, tras su nueva colocación como fijo discontinuo (STSJ Cataluña 2-11-2001, AS 1115).

¿Está justificado este trato diferente? El Tribunal Constitucional no ha considerado discriminatorio que los trabajadores fijos discontinuos, mientras mantienen esta condición, no perciban el subsidio de mayores de 55 años (STC 53/2004, de 15 abril). Considera que es la diferente modalidad de la relación contractual el factor determinante para excluir a los trabajadores fijos discontinuos como beneficiarios del subsidio asistencial por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, subsidio que, al orientarse a asistir a los desempleados de cierta edad en su tránsito hacia la jubilación, permite que queden excluidos de su cobertura quienes son empleados, aun cuando sea con carácter discontinuo.

En otro orden, si las partes han calificado un contrato fijo discontinuo de eventual, el SPEE puede denegar la prestación, pues, aunque no haya connivencia

entre empresa y trabajador para la adquisición fraudulenta de prestaciones, puede haber errores no deliberados de calificación en el tipo de contrato de trabajo celebrado, equivocaciones que pueden ser incluso frecuentes cuando las modalidades contractuales son próximas, como sucede en los supuestos de contratos de fijos discontinuos y contratos de eventualidad para empresas de actividad estacional o discontinua. También para detectar estos errores, y no sólo para hacer frente a maniobras fraudulentas, se atribuyen las competencias a las Entidades gestoras de Seguridad Social (STS 29-01-2002, RJ 5976).

4.3. Cotización

Como regla especial, que mejora la común del artículo 280.2 LGSS, referente a que durante la percepción del subsidio por desempleo de los mayores de 55 años la entidad gestora ingresará las cotizaciones correspondientes a las prestaciones de jubilación, el apartado 2 de dicho artículo añade que, cuando se trate de trabajadores fijos discontinuos y el beneficiario haya acreditado, a efectos de reconocimiento del subsidio, un período de ocupación cotizada de ciento ochenta días, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a la contingencia de jubilación, durante el período de sesenta días, a partir de la fecha en que nazca el derecho al subsidio por desempleo; y durante toda la percepción del subsidio una vez cumplida la edad de cincuenta y cinco años. En estos casos se toma como base el tope mínimo de cotización vigente en cada momento. Ello es mejorable por convenio especial (*supra* capítulo V.4.3).

5. DINÁMICA DEL DERECHO

5.1. Nacimiento y reanudación

En cada supuesto de nacimiento de una prestación, contributiva o asistencial, el trabajador fijo discontinuo, en atención al mayor o menor volumen de ocupaciones cotizadas que acredite, tendrá derecho a períodos más o menos largos de prestación de desempleo. Si trabaja durante casi todo el año, rellenará fácilmente con prestaciones contributivas los períodos en desempleo. Si trabaja poco, tendrá que acudir a las prestaciones asistenciales cuando agote las contributivas. En uno y otro caso, percibirá las prestaciones, tras su solicitud, por los períodos de tiempo en que carezca de ocupación efectiva, dentro o fuera de la temporada. Para ello comunicará al SPEE cada una de las interrupciones de su actividad, o la finalización de la temporada. También debe comunicar el reinicio de cada una de esas actividades.

Lo que se echa en falta es que reglamentariamente no se simplifique la inmensa burocracia que genera esa dinámica de altas y bajas en el trabajo

(suspensión o reanudación de la prestación de desempleo, desde otro punto de vista). La comunicación colectiva de altas y bajas, como se prevé en la Orden de 30 mayo 1991, ayudaría bastante a simplificar el asunto. En todo caso, el empresario deberá remitir a la correspondiente Oficina de empleo relación nominal de los trabajadores fijos discontinuos que sean llamados al trabajo, con indicación de las fechas de reincorporación (art. 6.5 RD 625/1985). También parece que deberá remitir dichas relaciones cuando los cese.

Por lo demás, conforme dicen, entre otras, las SSTSJ Andalucía 14-04-1999, AS 2275; Murcia 4-04-1997, AS 1307, al trabajador fijo de carácter discontinuo que sea llamado al reiniciar su actividad se le suspenderá o extinguirá el derecho a la prestación según que la duración del trabajo sea inferior, igual o superior, respectivamente, a doce meses (art. 6.5 RD 625/1985, que refiere el período a seis meses; pero que hay que entender que son doce meses, de acuerdo con el artículo 213.1.d LGSS). Mas, como ya se adelantó (apartado 3 de este capítulo), la exigencia de trabajar doce o más meses ha de interpretarse de manera flexible (STS 30-03-2000, RJ 3139; SSTSJ Canarias 31-03-2003, JUR 2004\10802; Castilla-La Mancha 13-06-2001, AS 3588).

La reanudación del derecho suspendido durante un día a la semana por la realización de un trabajo fijo discontinuo no procede cuando el beneficiario solicita la excedencia voluntaria en el trabajo fijo discontinuo y en tanto se mantiene en dicha situación (STSJ Madrid 9-02-1999, AS 262). En supuesto de reinicio de la actividad con jornada reducida respecto de la campaña anterior, se ha denegado el mantenimiento de la prestación con reducción proporcional de la cuantía (SSTSJ País Vasco 28-10 y 15-07-1997, AS 3173 y 2329).

Por otra parte, las normas generales sobre la secuencia IT/desempleo (art. 283 LGSS) no son aplicables a los fijos discontinuos (*supra* Capítulo IV.8.2), salvo que extingan definitivamente su contrato, por lo que, mientras esté viva su relación laboral, si concurren situación en IT y en desempleo no verán disminuida la cuantía de subsidio de IT ni la duración del desempleo.

En cuanto a la dinámica del subsidio de desempleo, es claro que no puede exigirse la secuencia de agotamiento de la prestación contributiva-inmediata inscripción como demandante de empleo-transcurso del mes de espera, por la sencilla razón de que quien mantiene viva su relación laboral, no puede inscribirse como demandante de nuevo empleo (STSJ Murcia 26-12-1995, AS 4857). Es también evidente que el fijo discontinuo que mantiene su relación laboral tras extinguir prestación contributiva, no puede inscribirse como demandante de empleo y por tanto ese primer mes de plazo no es computable. Pero sí el plazo de un mes de espera desde el agotamiento y el de 15 días para realizar la oportuna solicitud (STSJ Murcia 5-09-1995, AS 3472).

5.2. Obligaciones de los trabajadores

Algunas obligaciones de los beneficiarios de las prestaciones de desempleo que establece el artículo 299 LGSS hay que entender que resultan un tanto modalizadas en los trabajos discontinuos por las especiales características del desempleo estacional. Es claro que la obligación de solicitar la baja en la prestación de desempleo y el alta en el trabajo cobra aquí especial intensidad, aunque sólo sea por su frecuencia. Constituye infracción no comunicar el inicio de prestación laboral (SSTSJ Castilla-León 20-03-2000, AS 1512; Baleares 8-01-1997, AS 207), sin que se penalice el mero retraso (STSJ Galicia 28-01-2000, AS 64). Pero parece razonable que sea la empresa la que comunique, colectivamente, dichas altas y bajas, salvo la inicial de solicitud de la prestación.

Otras obligaciones, como las de participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales no parecen estar pensadas para el desempleado estacional; aunque serían deseables acciones en tal sentido. Igual ocurre con las obligaciones de suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad o la de buscar activamente empleo y participar en acciones de mejora de la ocupabilidad. Por definición, el desempleado discontinuo es un demandante de empleo continuo, pues carece de ocupación continua. Pero se han de buscar fórmulas específicas de incentivar su ocupabilidad, rebajando, por ejemplo, las cotizaciones del segundo empleo compatible con el primero discontinuo.

La falta injustificada de presentación del trabajador cuando sea llamado al reinicio de la actividad será causa de extinción de la prestación por desempleo, aunque se alegue la firma de un posterior contrato temporal (STSJ Canarias 23-12-1998, AS 7362). Evidentemente, si el trabajador percibe indebidamente prestaciones, está expuesto a que prospere la acción del SPEE para su reintegro (STS 19-06-2000, RJ 5165), pues tiene la obligación de comunicar la baja en la prestación (STSJ Andalucía 24-09-2002, AS 3692).

6. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS

6.1. La asimilación al régimen General

Respecto de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial Agrario se regula la protección por desempleo en el art. 286.1 LGSS con la regla igualitaria de que “la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena agrarios fijos y fijos discontinuos se aplicará conforme a lo establecido con carácter general”.

La cuantía y duración de la prestación en la prevista con carácter común, con la única salvedad de que, “no cotizarán por la contingencia de desempleo, ni

tendrán derecho a las prestaciones por desempleo por los períodos de actividad correspondientes, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, del titular de la explotación agraria en la que trabajen siempre que convivan con este, salvo que se demuestre su condición de asalariados” (art. 287.1.a, 1ª LGSS), disposición compartida con los eventuales.

Durante el percibo de las prestaciones, asistenciales y contributivas, la cotización es a cargo de la Entidad gestora, si bien el trabajador cotiza por el 26,50 % de su aportación, que se le descuenta de la prestación. Igualmente tiene que abonar la parte que se determine en los supuestos de subsidio asistencial.

Se supera así situaciones precedentes en las que a los fijos discontinuos agrícolas por cuenta ajena se les había negado el derecho a percibir las prestaciones por desempleo, tanto en el nivel contributivo como en el asistencial, en el período de inactividad laboral que media entre la conclusión de una campaña y el inicio de la siguiente (SSTS 12-11-2002, RJ 1386; 25-09-2002, RJ 503).

6.2. El subsidio de los eventuales agrarios

No obstante, la propia LGSS regula el subsidio específico de los trabajadores eventuales del campo en su art. 287 y más específicamente todavía el de los residentes en Andalucía y Extremadura con prolija regulación (art. 288) cuyo resultado es, a nuestro entender una mayor protección del eventual frente al fijo discontinuo, lo que lleva al rechazo de la modalidad contractual del fijo discontinuo en el campo donde se aplica, por su menor nivel de protección asistencial. Piénsese que el derecho al subsidio de un eventual es notablemente mayor que la del fijo discontinuo, conforme se dispone en el art. 5 del Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio por desempleo a favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen especial agrario de la Seguridad Social, que se aplica “en aquellas Comunidades Autónomas donde el paro estacional de los trabajadores agrarios eventuales sea superior a la media nacional y donde el número de éstos sea proporcionalmente superior al de otras zonas agrarias” (art. 1.2 RD 5/1997).

Recordemos que dicha modalidad de subsidio fue declarada constitucional por STC 90/1989, al considerar que no se discriminaba a los eventuales agrícolas de la Región de Murcia al excluirlos del subsidio que se percibe en Andalucía y Extremadura en razón a la alta tasa de paro agrario en estas comunidades.

CONCLUSIONES

De cuanto se ha expuesto a lo largo de este estudio se destilan las siguientes conclusiones:

1. SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

a) La necesidad de un Acuerdo marco sobre fijos discontinuos

Se dice en otro lugar de esta obra que la auténtica regulación del trabajo fijo discontinuo está todavía por hacer (capítulo I.4). También se habló de las torpezas del legislador al efectuar las diversas regulaciones de esta figura contractual. Igualmente se ha dicho que esta figura viene reclamando desde hace años una regulación específica que delimite con precisión el trabajo fijo discontinuo y aborde minuciosamente los problemas que plantea la inadecuación de la normativa general a este singular modo de prestación de servicios (capítulo I.2.1).

La superación de este estado de cosas no debe venir sólo de la ley, ni del reglamento, sino fundamentalmente de la negociación colectiva. Una negociación colectiva con altura de miras, que vaya más allá de lo inminente y que complete la labor del legislador o incluso la incentive. Desde hace tiempo venimos hablando de la necesidad de que, por la vía del artículo 83 ET se alcancen, entre los sindicatos y las patronales más representativos, acuerdos interprofesionales sobre los aspectos más relevantes de la fijeza discontinua. Son acuerdos que están por venir. Son acuerdos necesarios.

Y no es sólo una opinión doctrinal, sino legal. *“Partiendo del reconocimiento de las especificidades del contrato de trabajo fijo-discontinuo, es evidente la necesidad de contar con un régimen jurídico dotado de la singularidad necesaria”,* se decía en la exposición de motivos del RDL 15/1998. Se abogaba porque la normativa fuese sensible a las características derivadas de las actividades estacionales, en particular a través de los convenios colectivos de ámbito sectorial. En efecto, resulta más

acorde con nuestro sistema de relaciones laborales que esa reforma la aborde un acuerdo marco entre sindicatos y asociaciones empresariales más representativas con la eficacia normativa que le asegure la Constitución (art. 37.1). Pero la decisión corresponde a ellos, claro.

Aunque, sin duda, la variedad y dispersión de asociaciones patronales actuará como freno para que los sindicatos más representativos ultimen una deseable negociación en este ámbito. Tal vez pueda ser más fructífera la negociación a tres bandas: empresarios, sindicatos, Gobierno; mucho más teniendo en cuenta que cualquier modificación del régimen del contrato tiene sus inmediatos efectos reflejos en la relación de Seguridad Social, especialmente en materia de prestaciones y contribución al sistema.

En todo caso, y por si puede servir de incentivo para objetivos de ámbito superior, sería deseable que en el ámbito de la Región Murciana se abriese una mesa de diálogo social sobre esta materia que tanto le afecta a sus relaciones de trabajo y, por consiguiente, a su sistema productivo. Hay multitud de medidas que reclama el trabajo por temporadas o campañas que se pueden aplicar en el ámbito de la Región de Murcia. Es la hora de ponerse mano a la obra, y no precisamente de manera discontinua, sino hasta que se realice el trabajo necesario para una mejor regulación del trabajo estacional.

b) Materias contractuales para el diálogo social

Entre las materias sobre el contrato de trabajo que, en mi opinión, deberían estar en la mesa del diálogo social, destaco las siguientes, de entre las que he ido desgranando a lo largo de este estudio:

- 1. Aclarar definitivamente que todo el trabajo a llamada debe instrumentarse mediante contrato fijo discontinuo, sea el trabajo por temporada, por campaña o por curso y que, cualquier prestación de servicios intermitentes o a llamada constituye relación de trabajo fijo discontinuo.*
- 2. Regular por ley el llamamiento cuando no hay norma convencional aplicable, estableciendo como regla subsidiaria el llamamiento por orden de antigüedad dentro de cada categoría y el sentido inverso para el cese.*
- 3. Regular por convenio colectivo el derecho a llamada por medios electrónicos, los mutuos deberes y obligaciones que el domicilio electrónico impone.*
- 4. Regular específicamente la conversión de contratos fijos en discontinuos y su recorrido inverso, especialmente en empresas de temporada.*

2. SOBRE POLÍTICAS DE EMPLEO

La lucha contra la estacionalidad, por los indudables beneficios que comporta para todos, debe ser un componente de las políticas activas de empleo actuando, al menos y mediante técnicas legislativas, en los siguientes vectores:

1. *Incentivar con políticas eficaces la sustitución de eventuales por fijos discontinuos en todos los trabajos intermitentes, de campaña, temporada y de curso.*
2. *Incentivar con políticas eficaces el aumento de la prestación anual de servicios en todos los trabajos intermitentes, de campaña, temporada y curso.*
3. *Repartir el bien escaso del trabajo entre todos mediante políticas eficaces de reducción de jornada.*

3. SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

Tras los importantes cambios operados en el acceso a las prestaciones y la integración de los trabajadores del campo en el Régimen General es preciso seguir incidiendo en la senda de la plena integración trabajando por los siguientes objetivos:

1. *Unificar en un solo sistema especial todos los sistemas especiales de la Seguridad Social, regulando sus peculiaridades en un tratamiento unificado.*
2. *Dar un tratamiento colectivo a las altas y bajas en Seguridad Social.*
3. *Aclarar definitivamente la cotización por los tiempos de descanso considerados como de trabajo efectivo con la debida proporcionalidad por hora de trabajo.*
4. *Dar el tratamiento definitivo a las prestaciones más conflictivas, como son las de incapacidad permanente y las derivadas de contingencias profesionales.*

4. SOBRE DESEMPLEO

En la regulación de esta específica protección social consideramos pertinente:

1. *Tener en cuenta siempre que el trabajador fijo discontinuo necesita protección específica en materia de desempleo.*
2. *Tener en cuenta que no se puede dar mejor protección al eventual, en especial en materia de subsidio, que al fijo discontinuo, pues ello distorsiona el mercado de trabajo de temporada.*

3. *Dar una regulación unificada a la prestación, con especial atención al subsidio, aun manteniendo las peculiaridades del subsidio de los eventuales del campo.*
4. *Dar una regulación específica al desempleo definitivo, cuando el trabajador discontinuo extingue su contrato de trabajo.*

5. REGULAR CUATRO EN UNO

Cualquier regulación del trabajo de temporada o campaña ha de tener en cuenta que el fijo discontinuo es un trabajador que, anualmente, se encuentra en ciclo de empleo/desempleo. Y que cualquier regulación de uno de esos aspectos, como los de la Seguridad Social, desempleo y el fomento del empleo, incide en el propio contrato de trabajo y, aún más, en los contratos con los que compite por un nicho en los trabajos de temporada o campaña: los contratos eventuales o de puesta a disposición por ETT o empresas de servicios.

Si, cuando se regula algún aspecto de la legislación laboral o de Seguridad social que afecta al contrato o los contratos con los que compite, no se tienen en cuenta estos efectos colaterales, se pueden obtener resultados distintos de los deseados. Por eso siempre que se regula un aspecto que regula al contrato, hay que tener en cuenta que resultan afectados los restantes. Por poner un ejemplo, si se fomenta mediante incentivos la reducción de la estacionalidad, se estará primando la contratación de fijos discontinuos, la conversión de eventuales en fijos discontinuos, y, como consecuencia de una mayor ocupación, sus efectos beneficiosos en el desempleo y la Seguridad Social. Por eso se debe regular siempre *cuatro* (contrato, reducción de la estacionalidad, seguridad social, desempleo) *en uno* (trabajo fijo discontinuo de temporada o campaña).

Quienes mejor conocen esta realidad y sus efectos son, sin lugar a dudas, los agentes sociales, y en especial los agentes sociales de la Región de Murcia, que tanto tiempo llevan ocupándose y preocupándose por los fijos discontinuos y su protección social y extendiendo a sus organizaciones de ámbito estatal esas preocupaciones y propuestas. Por eso les corresponde a ellos en primera instancia, con el concurso de la Administración y en última instancia el legislador, iniciar el diálogo que dé lugar a propuestas y acuerdos para mejorar el actual estado de cosas. Este estudio trata de ser una contribución para continuar andando por el camino de una mejor regulación jurídica del trabajo de temporada o campaña que tanta importancia tiene en la Región de Murcia.

JOSÉ TÁRRAGA POVEDA

Tras una intensa actividad sindical en CC.OO., durante la transición y los primeros tiempos de nuestra democracia, en 1990 termina Graduado Social en la Universidad de Murcia y en 1995 la Licenciatura en Derecho por la UNED. Doctor en Derecho por la Universidad de Murcia en 2001, con la calificación de sobresaliente *cum laude*.

Profesor Asociado de la Universidad de Murcia desde 1999 hasta 2011. Ha impartido másteres relacionados con el Derecho del Trabajo en diversas Universidades. Es director del Despacho Jurídico Tárraga Abogados desde 2002, especialista en Derecho laboral. Abogado ejerciente.

Ha escrito multitud de artículos en revistas especializadas y libros sobre Derecho Laboral y la Seguridad Social. En materia de fijos discontinuos, ha escrito, aparte de diversos artículos y comentarios de sentencias, dos obras: *Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo*, PPU, Barcelona, 374 págs., 1990; y *El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial*. Bomarzo, Albacete, 2004, 96 págs.



Disponible en internet