



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

Resumen Ejecutivo

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

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.

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