

LAS CAUSAS DEL CONTRATO TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN Y DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO: PROBLEMAS DE SEGURIDAD JURÍDICA

Por

ERIK MONREAL BRINGSVAERD
Catedrático del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de las Islas Baleares

erikmonreal@gmail.com

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 62 (2022)

RESUMEN: La nueva regulación del contrato temporal por circunstancias de la producción está fundamentada en complejas causas justificativas, de difícil interpretación, que parecen apuntar a nuevas funcionalidades del contrato enfocadas a la satisfacción de necesidades internas de la empresa. Y con el contrato fijo discontinuo sucede lo mismo, pues desde ahora hay que hablar de un nuevo contrato fijo discontinuo intermitente, que no está sujeto a patrones de temporada, con margen empresarial para determinar la intermitencia. Hay también un nuevo contrato temporal, cuya causa justificativa es terriblemente confusa, que, a la postre, puede solaparse con el contrato fijo discontinuo durante un máximo de 90 días al año. Los interrogantes que abre la nueva regulación de ambos contratos son muchos e importantes, y a los Tribunales del Orden social les corresponde la última palabra.

PALABRAS CLAVE: Contrato de duración determinada; contrato fijo discontinuo; previsibilidad; ocasionalidad; temporada; intermitencia.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS DEL CONTRATO TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN. 2.1. Contrato temporal -largo- por circunstancias de la producción generadas por incrementos ocasionales e imprevisibles de la actividad de la empresa. 2.2. Contrato temporal -largo- por circunstancias de la producción generadas por oscilaciones de la actividad de la empresa. 2.3. Contrato temporal -corto- por circunstancias de la producción ocasionales y previsibles. 2.4. La prohibición de utilizar el contrato temporal por circunstancias de la producción en el marco de contrataciones y concesiones administrativas.- III. LA POTENCIACIÓN DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO. 3.1. La ampliación del ámbito objetivo del contrato fijo discontinuo. 3.2. Trabajo fijo discontinuo tradicional. 3.3. Trabajo fijo periódico de fechas ciertas, trabajo fijo discontinuo intermitente y trabajo a tiempo parcial, vertical y en cómputo anual: Problemas de deslinde.- IV. CONTRATO TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN, CONTRATO FIJO DISCONTINUO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: PEONADAS MÍNIMAS Y PORCENTAJES MÁXIMOS DE TEMPORALIDAD.- V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

THE CAUSES OF THE TEMPORARY CONTRACT DUE TO PRODUCTION CIRCUMSTANCES AND THE DISCONTINUOUS FIXED CONTRACT: PROBLEMS OF LEGAL CERTAINTY

ABSTRACT: The new regulation of the temporary contract due to production circumstances is based on complex justifying causes, difficult to interpret, which seem to point to new functionalities

of the contract focused on satisfying the internal needs of the company. And with the discontinuous fixed contract the same thing happens, because from now on we must talk about new intermittent discontinuous contract, which is not subject to seasonal patterns, with business margin to determine the intermittence. There is also a new temporary contract, whose justification is terribly confusing, which, in the end, may overlap with the discontinuous permanent contract for a maximum of 90 days a year. The questions that arise with the new regulation of both contracts are many and important, and the Courts of Social Order have the last word.

KEYWORDS: Fixed-term contract; discontinuous fixed contract; predictability; occasional; season; intermittence.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.- II. THE JUSTIFICATION CAUSES OF THE TEMPORARY CONTRACT DUE TO PRODUCTION CIRCUMSTANCES. 2.1. Temporary contract -long- due to production circumstances generated by occasional and unpredictable increases in the company's activity. 2.2. Temporary contract -long- due to production circumstances generated by fluctuations in the company's activity. 2.3. Temporary contract -short- due to occasional and foreseeable production circumstances. 2.4. The prohibition of using the temporary contract due to production circumstances within the framework of contracts and administrative concessions.- III. THE PROMOTION OF THE DISCONTINUOUS FIXED CONTRACT. 3.1. The expansion of the objective scope of the discontinuous fixed contract. 3.2. Traditional discontinuous permanent work. 3.3. Periodic permanent work with certain dates, intermittent discontinuous permanent work and part-time, vertical and annual work: Demarcation problems.- IV. TEMPORARY CONTRACT DUE TO PRODUCTION CIRCUMSTANCES, DISCONTINUOUS FIXED CONTRACT AND COLLECTIVE BARGAINING: MINIMUM PAWNEDS AND MAXIMUM TEMPORARY PERCENTAGES.- V. CONCLUSIONS AND PROPOSALS.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma laboral llevada a cabo por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (DLRL) ha estado principalmente enfocada a reducir la alarmante tasa de temporalidad que existe en nuestro mercado de trabajo. Varias han sido las medidas introducidas¹, existiendo consenso en apreciar que la medida que iba a producir y está produciendo efectos claramente apreciables en la reducción de la tasa de temporalidad es la desaparición del contrato temporal para la

¹ 1ª) Establecimiento de una presunción legal de indefinición del contrato de trabajo. 2ª) Nuevas obligaciones formales relativas a la justificación por escrito de la causa de la contratación. 3ª) Eliminación del contrato temporal para la realización de una obra o servicio determinado. 4ª) Establecimiento de dos únicos contratos temporales -circunstancias de la producción y sustitución de trabajadores-. 5ª) Restricciones en la duración máxima del contrato temporal por circunstancias de la producción. 6ª) Intento de excluir el contrato temporal por circunstancias de la producción para formalizar contratos. 7ª) Reducción del tiempo permitido para el encadenamiento de contratos temporales por circunstancias de la producción. 8ª) Incorporación de un nuevo límite al encadenamiento contractual. 9ª) Sustitución de la presunción legal de indefinición del contrato temporal en caso de fraude de ley o irregularidades en la contratación por una sanción legal de indefinición del contrato. 10ª) Penalizaciones en la cotización de los contratos temporales de menos de 30 días. 11ª) Nuevo régimen de infracciones y sanciones administrativas, más disuasorio y más riguroso. 12ª) Nueva regulación del contrato fijo discontinuo, intentando que tenga fuerza atractiva de las contrataciones. 13ª) En el sector de la construcción, nuevo régimen de extinción del contrato indefinido fijo de obra.

realización de una obra o servicio determinado². Desde la reforma, en efecto, ya no es posible formalizar contratos de duración determinada de más de 6 meses o, en su caso, 12, si lo autoriza un convenio colectivo³, que es la duración máxima del nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción.

La problemática jurídica que genera el actual régimen de contratación laboral concierne esencialmente a los contratos temporales del art. 15 ET y al contrato fijo discontinuo. Los contratos temporales del art. 15 ET pasan, sobre el papel, a ser dos: contrato por circunstancias de la producción y contrato para la sustitución de una persona trabajadora -art. 15.1.2º ET-.

El objeto de este estudio es pasar revista a los problemas interpretativos más importantes que, a mi juicio, plantean las respectivas causas justificativas del nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción y del nuevo contrato fijo discontinuo. Son varios los estudios que coinciden en que esta nueva regulación, especialmente la reformulación de los motivos justificativos de ambos contratos, se ha llevado a cabo echando mano de la técnica del concepto jurídico indeterminado⁴, lo que abre la puerta a que, en la práctica, se produzcan distintas interpretaciones judiciales de una misma causa, incluso contradictorias. En este sentido, cabe añadir que, en la formulación de esta nueva causalidad, también cabe apreciar la existencia de otros conceptos, no indeterminados, pero sí muy problemáticos atendiendo a su significado gramatical y a la utilización que de ellos hace el legislador, quien provoca, por así decirlo, un efecto polisémico, o anfibológico, muy perjudicial para poder aplicar el criterio de la interpretación literal, el principal del art. 3.1 Ccivil.

A las dificultades que, como se verá, plantea la interpretación literal de esta nueva regulación hay que sumarle otras importantes dificultades que aparecen en el plano de la interpretación sistemática y teleológica. Y, por lo demás, también hay nuevas formulaciones de los presupuestos justificativos de ambos contratos que rompen con jurisprudencia anterior y que harán necesario, en muchos casos, renovar los criterios interpretativos judiciales, lo que no va a ser tarea fácil. Creo, sin perjuicio de que esta afirmación deba ser contrastada por el lector a lo largo de las siguientes páginas, que la

² M. BASTERRA HERNÁNDEZ: “Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021”, Briefs AEDTSS, 31.12.2021.

³ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA: “Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-Ley 32/2021”, Labos, núm. 3, (2022), p. 22.

⁴ I. BELTRÁN DE HEREDIA: “Nueva reforma laboral 2021 (RD-Ley 32/2021 y Ley 20/2021): Primeras valoraciones críticas sobre el impacto en la contratación temporal”, en el blog de este autor, entrada de 29.12.2021; E. ROJO TORRECILLA: “Una primera recopilación sobre las valoraciones de la reforma laboral de 2021 en la blogosfera laboralista, redes sociales y medios de comunicación (III) Contratación temporal estructural y contrato fijo discontinuo”, en el blog de este autor, entrada de 21.01.2022.

reforma de la flexibilidad de entrada del año 2021 se ha producido con clarísimo riesgo para la seguridad jurídica.

La aproximación que se pretende llevar a cabo a la nueva causalidad del contrato temporal por circunstancias de la producción y del contrato fijo discontinuo se va a acompañar de un análisis aplicado de la jurisprudencia y doctrina judicial existente en este campo que puede servir para poder plantear o, en su caso, descartar diferentes opciones interpretativas que abre la regulación vigente.

II. LAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS DEL CONTRATO TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

El nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción vendría a ocupar, y desbordar, el espacio del viejo contrato temporal eventual por circunstancias de la producción y también, si se me apura, buena parte del espacio del desaparecido contrato temporal para la realización de una obra o servicio determinado; y todo ello, como se verá, a costa del espacio que la reforma de 2021 dice ahora reservar al nuevo contrato fijo discontinuo.

De acuerdo con el nuevo art. 15.2.1º ET, *“se entenderá por circunstancias de la producción el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1”*. Además, de acuerdo con el art. 15.2.4º ET, las empresas también podrán utilizar este contrato *“para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos previstos en este párrafo. Las empresas solo podrán utilizar este contrato un máximo de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada”*.

A la luz de este régimen, no es dudoso que el contrato por circunstancias de la producción tiene una modalidad fundada en el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y otra modalidad fundada en necesidades ocasionales y previsibles de la actividad productiva. Es decir, dos causas justificativas diferentes para un mismo contrato. A la primera modalidad de contrato temporal por circunstancias de la producción se le aplican las reglas ordinarias sobre duración máxima -6 meses, ampliables a 12 por convenio colectivo sectorial (art. 15.2.3º ET)-, por eso se le

denomina contrato temporal por circunstancias de la producción largo⁵, mientras que la segunda modalidad, el contrato corto, tiene una duración máxima indirectamente acotada por el periodo máximo de 90 días al año durante el cual las empresas pueden utilizarlo.

Pero, además de estas dos modalidades, claramente identificables en la regulación legal, la formulación legal del contrato largo -art. 15.2.1º ET- pone sobre la mesa la posible existencia de otra modalidad de contrato largo, con su propia causa justificativa, referida a las oscilaciones de la actividad de la empresa que generan déficit de personal, siendo posible entonces hablar de una tercera causa de contrato temporal por circunstancias de la producción⁶.

En relación con esta modalidad de contrato temporal largo por circunstancias de la producción, creo que la rectificación de uno de los errores advertidos en el RD-Ley 32/2021 publicado en el BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021, es suficientemente expresiva de que, efectivamente, hay que hablar de la existencia de este tercer motivo de temporalidad del contrato referido a las oscilaciones de la actividad de la empresa. Antes de la rectificación, la causa del contrato por circunstancias de la producción largo quedaba definida por *“el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no responda a los supuestos incluidos en el artículo 16.1”*. Es decir, en su versión primigenia, cabía interpretar que la causa del contrato largo era solo una, referida conjuntamente al incremento y a las oscilaciones de la actividad de la empresa; de hecho, se exigía que el desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere *“no responda”* a los supuestos del trabajo fijo discontinuo.

En el BOE núm. 16, de 19 de enero de 2022, se llevó a cabo la rectificación del error advertido. Tras esta rectificación, la causa del contrato por circunstancias de la producción largo queda definida por *“el incremento ocasional e imprevisible **de la actividad** y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no **respondan** a los supuestos incluidos en el artículo 16.1”* (el subrayado es mío).

Es decir, la rectificación pone de manifiesto que una causa del contrato temporal por circunstancias de la producción es el incremento ocasional e imprevisible *“de la*

⁵ J. Mª. GOERLICH PESET: “La reforma de la contratación laboral”, en AA.VV., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 38.

⁶ I. BELTRÁN DE HEREDIA: “Nueva reforma laboral 2021...”, cit.; F. J. GÓMEZ ABELLEIRA: “Las causas de contratación temporal...”, p. 22.

actividad -complemento inexistente en la versión primigenia-, y otra causa distinta son *“las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere”*. De hecho, antes de la rectificación se requería que el desajuste de personal *“no responda”* a los supuestos de trabajo fijo discontinuo, mientras que, ahora, lo que se requiere es que, ni el incremento ocasional e imprevisible de la actividad, por un lado, ni las oscilaciones de la actividad de la empresa, por otro, *“respondan”* a los supuestos del trabajo fijo discontinuo.

Se pasa ahora al análisis particularizado de los problemas exegéticos que, a mi modo de ver, suscitan las causas legales justificativas de las tres modalidades de contrato temporal por circunstancias de la producción respectivamente referidas al incremento ocasional e imprevisible de la actividad, a las oscilaciones de la actividad y a las necesidades empresariales ocasionales y previsibles.

2.1. Contrato temporal -largo- por circunstancias de la producción generadas por incrementos ocasionales e imprevisibles de la actividad de la empresa

El contrato temporal por circunstancias de la producción generadas por incrementos ocasionales e imprevisibles de la actividad de la empresa (en adelante, CCPI) coincide en su fisiología con la del clásico contrato temporal eventual por circunstancias de la producción. De modo que, a la luz del requisito referido a la imprevisibilidad de estas causas, cabe utilizar el nuevo CCPI, igual que el viejo contrato eventual, según el Tribunal Supremo, ante *“circunstancias provisionales que crean una necesidad extraordinaria de trabajo en la empresa que no puede ser atendida por la plantilla normal de la misma”*⁷, o ante *“un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa”*⁸ generado por *“circunstancias excepcionales del mercado, acumulación de tareas o un exceso de pedidos”*⁹.

Así, por ejemplo, según nuestra doctrina judicial, un pedido de un cliente nuevo que da lugar a duplicar la facturación durante una anualidad es una circunstancia extraordinaria¹⁰. Si el trabajo contratado no tiene este carácter imprevisible, es decir, no es auténticamente extraordinario y/o excepcional, sino que sencillamente se interrumpe y reanuda de forma aleatoria, entonces dicho trabajo forma parte de la actividad habitual

⁷ STS 04.02.1999 (rec. núm. 2022/1988).

⁸ STS 09.03.2010 (rec. núm. 955/2009).

⁹ STS 26.05.1997 (rec. núm. 4140/1996).

¹⁰ STSJ Cataluña 05.02.2002 (rec. núm. 5418/2001).

y/u ordinaria de la empresa¹¹, lo cual, tras la reforma de 2021, aboca, ex art. 15.4 ET, a la automática adquisición de fijeza por parte de la persona trabajadora.

En nuestra jurisprudencia existen supuestos que evidencian que, cuando falla el requisito legal de la imprevisibilidad, la contratación eventual fraudulenta conduce tanto al contrato fijo discontinuo como al contrato por tiempo indefinido ordinario¹². En uno y otro caso se pone de manifiesto, según nuestra doctrina judicial, que el nuevo CCPI no puede utilizarse para normalizar situaciones de descompensación entre la capacidad productiva de la plantilla fija de la empresa y las tareas que la misma debe realizar de manera normal, o razonablemente ordinaria¹³.

Al hilo de la idea anterior, cabe apuntar que, cuando el correspondiente Tribunal Superior de Justicia declara que el contrato no es eventual sino fijo ordinario, las características de los casos judicialmente resueltos suelen ser indicativas de que la prestación de servicios no se ha desarrollado a jornada completa, sino a tiempo parcial en cómputo anual¹⁴. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña habla en alguna ocasión de que, cuando la irregularidad del volumen de trabajo es inherente a la empresa, no cabe el contrato eventual porque la situación no es extraordinaria,

¹¹ STSJ Madrid 17.11.2016 (rec. núm. 449/2016): *“las respectivas contrataciones de los actores, pese a su elevado número, no son coincidentes en fechas, ni en su inicio ni tampoco en su conclusión, ni en autos hay elementos de juicio que permitan concluir se trate de trabajos, los contratados, que obedezcan a una previsible periodicidad, sino que sencillamente se interrumpen y reanudan de forma aleatoria, pese a su reiteración en el tiempo. De este modo las irregularidades en la contratación que denunciaron los actores y fueron estimadas en la instancia, al no comportar el carácter fijo-discontinuo de la relación, sino exclusivamente la fijeza...”*.

¹² Así sucede, por ejemplo, cuando un hotel contrata, en temporada de invierno, a un trabajador eventual para atender un supuesto incremento de trabajo *“debido a la afluencia de clientes a causa de las numerosas comuniones o bodas programadas para el año 2005”*, declarando el Tribunal Supremo al respecto que bodas y comuniones podrían, en su caso, justificar la eventualidad en primavera-verano y otoño, pero difícilmente en invierno, existiendo, por tanto, *“una relación laboral continua e indefinida desde el inicio de la actividad”*, vid., STS 06.03.2009 (rec. núm. 3839/2007).

¹³ STSJ Islas Baleares 03.06.2002 (rec. núm. 230/2002).

¹⁴ Dado que no existe la homogeneidad entre los periodos trabajados con carácter cíclico que exigen nuestros Tribunales para hablar de contrato fijo discontinuo, vid., STSJ Granada 06.03.2001 (rec. núm. 3144/2000): *“ésa periodicidad, ése carácter cíclico en las necesidades laborales de la empresa, no se dan. Los distintos periodos de prestación servicial están ausentes de ésa nota que viene dada por la secuencia temporal de los trabajos que pueden calificarse como “discontinuos” y no existe causa, cuales podrían ser épocas o circunstancias reiteradas en el tiempo que, por ocasionar un exceso de trabajo funden ésos llamamientos en refuerzo de los trabajadores fijos indefinidos de la empresa (...) la contratación de la trabajadora no se produce en épocas homogéneas o basadas en aquellas secuencias temporales a que se hizo referencia sino que, a lo largo del año, su prestación servicial está ausente de ésa periodicidad que es consustancial del modelo contractual de que se trata (...) Esa relación laboral no se lleva a cabo en periodos coincidentes que hagan presuponer que responda a necesidades periódicas de la empresa (...) Su trabajo era necesario en la actividad productiva de la demandada y, no pudiéndose tachar de eventual, la decisión judicial es acertada. Y no es eventual por cuanto ésta contratación precisa que la necesidad de trabajo sea esporádica e imprevisible quedando al margen cualquier secuencia temporal y así, la propia empresa, la reconoce como fija discontinua y admite la existencia de un despido improcedente. La naturaleza de su vínculo no puede ser otro que el indefinido...”*.

explicando al respecto que lo más adecuado es utilizar un contrato a tiempo parcial en cómputo anual¹⁵. Es evidente, así, que, en la práctica, es preferible un buen uso del contrato a tiempo parcial en cómputo anual que un mal uso del CCPI.

En cuanto a la nota de ocasionalidad, por otra parte, e igual que antes de la reforma, para que el CCPI sea legal las circunstancias imprevisibles de la producción deben quedar, según el Tribunal Supremo, “*fuera de cualquier ciclo de reiteración regular*”¹⁶, debiendo tratarse, por tanto, de circunstancias que “*no son permanentes o al menos no aparecen como tales en el marco de las previsiones de organización de la producción en la empresa*”¹⁷. Extremo que confirma el propio art. 15.2.1º *in fine* ET, cuando establece que las circunstancias extraordinarias de la producción no pueden responder a los supuestos del contrato fijo discontinuo.

Con arreglo a esta nueva previsión legal, resultan más que discutibles determinadas líneas judiciales existentes, sobre todo, en el sector de la hostelería y la restauración que han venido entendiendo, por ejemplo, que el incremento estacional de clientes en Navidad justifica la contratación eventual de una ayudante de camarera para reforzar la plantilla de un restaurante¹⁸; que el aumento desmesurado de trabajo en verano justifica la contratación eventual, como ayudante de cocina, en un hotel¹⁹; o que el incremento de la demanda de servicios en un hotel en verano justifica la contratación eventual para el mantenimiento de las dependencias²⁰.

Hasta la reforma de 2021, ejemplos como estos, referidos a la reiteración habitual del trabajo en determinadas épocas del año, debían conducir directamente al contrato fijo discontinuo porque la necesidad productiva -p.e. ayudante de camarera en un hotel en verano- no es ni temporal, ni transitoria ni episódica²¹. Sin embargo, a la luz de esa doctrina judicial que reconduce, indebidamente, al contrato eventual algunos supuestos de reiteración cíclica, o habitual, sobre todo en el sector hostelero, la duda que ahora se

¹⁵ STSJ Cataluña 04.07.2003 (rec. núm. 2065/2003): “*La irregularidad del volumen de trabajo en la empresa, en tanto se aduce como algo inherente a la misma, no puede ser paliada por la temporalidad del trabajador. Precisamente el dato de que esa irregularidad es algo que va unido a la propia naturaleza del sector productivo evidencia que no estamos ante una situación extraordinaria, sino habitual. Por tanto, no está justificada la temporalidad del contrato de trabajo, sino que, en todo caso, debería acudir a una contratación a tiempo parcial en cómputo anual; puesto que, en todo caso, lo que pudiera ser irregular sería el número de horas de prestación de servicios que la empresa requiere*”.

¹⁶ STS 28.09.2016 (rec. núm. 3936/2014).

¹⁷ STS 04.02.1999 (rec. núm. 2022/1988).

¹⁸ STSJ Andalucía (Málaga) 12.05.2011 (rec. núm. 375/2011)

¹⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 06.06.2019 (rec. núm. 972/2018).

²⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 18.12.2019 (rec. núm. 3005/2018)

²¹ STSJ Cataluña 07.02.2005 (rec. núm. 8944/2004).

plantea es si, acaso, dado que en el nuevo contrato corto por circunstancias de la producción el legislador habla de situaciones 'previsibles', estas circunstancias previsibles -p.e. el aumento desmesurado de trabajo en verano que posibilita la contratación de una ayudante de cocina en un restaurante- pueden, *lege data*, funcionar como causas justificativas del contrato temporal corto por circunstancias de la producción.

Sobre la anterior cuestión se volverá en el apartado correspondiente. Y otra cuestión problemática, en fin, que suscita la tenue frontera entre el CCPI y el contrato fijo discontinuo, cuyo desarrollo también se remite al apartado dedicado a este último contrato, tiene que ver con si es posible reconocer margen de actuación a los convenios colectivos en relación con el tránsito desde el primer contrato hasta el segundo.

2.2. Contrato temporal -largo- por circunstancias de la producción generadas por oscilaciones de la actividad de la empresa

El contrato temporal por circunstancias de la producción también puede celebrarse en caso de oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, es decir, oscilaciones de la actividad de la empresa que generan déficit de personal. Este nuevo contrato (en adelante, CCPO) es más problemático que el CCPI.

Para empezar, entre las oscilaciones de la actividad de la empresa que permiten acudir a este contrato quedan expresamente incluidas "*aquellas que derivan de las vacaciones anuales*" -art. 15.2.2º ET-. El CCPO, por tanto, está expresamente diseñado para cubrir ausencias por vacaciones. La intrahistoria de las vacaciones como supuesto que justifica recurrir al contrato eventual para contratar a sustitutos se fraguó en el ámbito de la Administración pública como empleadora, quien no puede maniobrar en la contratación de personal con la rapidez de la empresa privada cuando hay circunstancias que confluyen en una reducción acusada de la plantilla²². Aunque en algún momento esta doctrina ha podido trasladarse por el Tribunal Supremo a la empresa privada, las características del caso concreto resuelto en esa ocasión hacían posible afirmar, con carácter general, que el recurso al contrato eventual para cubrir ausencias por vacaciones en la empresa privada debía tenerse por algo excepcional²³.

²² STS 09.12.2013(rec. núm. 101/2013).

²³ STS 12.06.2012 (rec. núm. 3375/2011): "*en el presente caso, no sólo se consignaba válidamente la causa de la contratación -con identificación de la circunstancia de las vacaciones de trabajadores concretos-, y se ajustaba el contrato a lo permitido por el convenio, sino que, además, la extinción se produce con el agotamiento del periodo vacacional de los trabajadores en cuestión y sin haberse superado el máximo de seis meses convencionalmente previsto, sin que se haya puesto en duda que la concurrencia de aquellas vacaciones provocaba la desproporción entre la*

De hecho, no han sido pocas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha podido afirmar que *“un déficit de plantilla, entendido como un número de trabajadores empleados inferior al necesario para hacer frente a la actividad normal de la empresa habría de considerarse como una circunstancia interna a la organización empresarial que no justifica el recurso a la contratación eventual”*²⁴. En esta línea, en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2020²⁵ puede leerse que *“El que los trabajadores de la plantilla ejerciten sus derechos al descanso y a las vacaciones es una circunstancia plenamente previsible”* y que *“Tales ausencias al trabajo se producen dentro del normal desarrollo del contrato de trabajo y forman parte de la previsión organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador, alejándose de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar”*.

El propio Tribunal Supremo²⁶, a mayor abundamiento, ha dicho hace muy poco que, en ausencia de circunstancias excepcionales u ocasionales, las vacaciones no son causa justificativa del contrato eventual²⁷, porque la necesidad de trabajo que generan estas ausencias es *“de carácter intermitente o cíclico, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad, con la finalidad de atender el servicio de limpieza durante las vacaciones de verano e invierno de los trabajadores fijos a jornada completa de la empresa de limpieza pública”*, lo que conduce directamente al contrato fijo discontinuo. Y, en este sentido, reténgase que el objetivo declarado de la reforma ha sido reconducir al trabajo fijo discontinuo muchos de los anteriores supuestos de contratación temporal. Por este motivo, según entiendo, choca frontalmente con la lógica de esta reforma haber reconducido hacia la contratación temporal este concreto supuesto de contratación fijo discontinua que es la sustitución de las personas trabajadoras cuando disfrutan de sus vacaciones²⁸.

Creo que la reforma de 2021 ha convertido en regla legal y, por tanto, de aplicación generalizada en las empresas públicas y privadas lo que antes, en el ámbito de la empresa privada, solo podía tenerse por una pauta jurisprudencial excepcional. No parece, por expresar esta idea de otra forma, que para interpretar una regla legal nueva y clara, que además carece de condicionantes -el CCPO puede utilizarse para suplir las

actividad a realizar y la plantilla de la que se disponía: un incremento, por tanto, de las necesidades productivas de la empresa”.

²⁴ SSTS 07.12.2011 (rec. núm. 935/2011) ó 31.05.2018 (rec. núm. 3528/2016).

²⁵ Rec. núm. 2323/2018.

²⁶ STS 09.02.2022 (rec. núm. 4892/2018).

²⁷ En este caso, se trataba de la contratación eventual de un peón viario para prestar servicios de limpieza pública durante las vacaciones de invierno de los años 2013-2014, 2014-2015 y 2015-2016; y durante las vacaciones de verano de 2014 y 2015.

²⁸ M. NOGUEIRA GUASTAVINO: “El contrato por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021” Brief AEDTSS, 18.01.2022.

ausencias generadas por las vacaciones-, haya que recuperar la jurisprudencia anterior a la reforma²⁹. El legislador hubiera podido decir que el CCPO cabe solamente cuando el disfrute de las vacaciones provoca a la empresa de forma imprevista una desproporción entre la actividad a realizar y la plantilla de la que dispone. Sin embargo, el legislador no ha dicho esto, sino solo que entre las oscilaciones de la actividad de la empresa que posibilitan acudir al CCPO se entienden incluidas las que derivan de las vacaciones, sin más. *In claris non fit interpretatio*.

Lo que sí es posible interpretar, por otra parte, es que el reconocimiento en el art. 15.2.2º ET de las vacaciones como causa justificativa del CCPO supone una excepción expresa, aunque no concorde con la lógica de la reforma de la contratación laboral, a la regla general del art. 15.2.1º ET referida al CCPI y al CCPO, a tenor de la cual ni el incremento ocasional e imprevisible de la actividad ni las oscilaciones de la actividad que generan déficit de plantilla pueden responder a los supuestos que originan un contrato fijo discontinuo.

Otro problema particular que suscita la alusión expresa a las vacaciones como causa del CCPO radica en determinar si, análogamente a lo que sucede con las vacaciones, es posible encauzar a través del CCPO la contratación para cubrir ausencias derivadas de otros supuestos de interrupción del contrato, o similares, como, entre otros, permisos, licencias, asuntos propios, días de convenio, recuperaciones horarias o permisos sindicales. Hay quien entiende que el art. 15.2.1º ET solo se está refiriendo a las oscilaciones de la actividad empresarial en el marco de circunstancias de la producción ocasionales e imprevisibles³⁰. Así interpretada esta norma, el CCPO no podría ser utilizado por nuestras empresas para la planificación regular de sus recursos humanos³¹. El problema, sin embargo, es que el contrato temporal largo por circunstancias de la producción tiene dos modalidades que son autónomas; una son los incrementos ocasionales e imprevisibles de la actividad y otra las oscilaciones de la actividad que generan déficit de plantilla. Literalmente, las notas de ocasionalidad e imprevisibilidad solo cualifican a la primera modalidad, pero no a la segunda.

²⁹ En contra, M. LÓPEZ BALAGUER y F. RAMOS MORAGUES: *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 74. En contra también, A. VICENTE PALACIO e I. BALLESTAR PASTOR: "El principio de causalidad en la contratación (tras la reforma operada por el RD-Ley 32/2021), en AA.VV, *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2022, p. 247, afirmando que "por más que la norma legal diga ahora -art. 15.2º ET- que las vacaciones son causa válida del contrato eventual por circunstancias de la producción sólo lo es si la realidad de los hechos permite llegar a la conclusión de que la causa de la temporalidad aquí existe".

³⁰ M. LÓPEZ BALAGUER y F. RAMOS MORAGUES: *La contratación laboral...*, cit. p 71.

³¹ *Ibidem*.

El legislador no ha previsto que las oscilaciones de la actividad de la empresa tienen que colocar a la empresa ante necesidades ocasionales e imprevisibles, sino solo que el CCPO cabe en caso de oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan déficit de plantilla. Según la ley, es suficiente con que las oscilaciones de la actividad provoquen un desajuste de personal. Pues bien, si el operador jurídico pone en conexión la posibilidad de utilizar este contrato para cubrir las vacaciones -clarísimo ejemplo de evento absolutamente previsible- con el reconocimiento legal de la posibilidad de utilizar el CCPO para afrontar situaciones normales en la vida de las empresas, no imprevisibles ni extraordinarias, creo que es posible concluir que el CCPO puede utilizarse, con carácter general, para afrontar necesidades ordinarias y por tanto absolutamente previsibles de las empresas, como por ejemplo los supuestos de interrupción del contrato más arriba expuestos. Vale decir, por tanto, que el CCPO es una figura legal nueva en nuestro ordenamiento que da carta de naturaleza a un contrato temporal fundado en necesidades empresariales internas a la empresa, de naturaleza organizativa³².

En la práctica, tal y como se ha señalado³³, un buen ejemplo de las posibilidades que abre el CCPO a nuestras empresas podría ofrecerlo el supuesto de una empresa que decide lanzar al mercado una nueva línea de producto o abrir un nuevo centro de trabajo. Hace ya tiempo que se suprimió de nuestro ordenamiento laboral el contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad. La supresión se entendió bien fundamentada, puesto que, aunque en la apertura de un nuevo centro o en la implantación de una nueva línea de producción hay elementos de riesgo empresarial que pueden hacer razonable la contratación temporal, una empresa que abre un centro de trabajo o que lanza al mercado una nueva línea de producto lo hace con intención de que ello se asiente definitivamente, no de forma temporal³⁴. Con el nuevo CCPO, sin

³² F. J. GÓMEZ ABELLEIRA: “Las causas de contratación temporal...”, cit. p. 25.

³³ A. TODOLÍ SIGNES: “Análisis del nuevo contrato temporal «por circunstancias de la producción» y sus tres modalidades”, en el blog de este autor, entrada de 03.01.2022.

³⁴ STSJ Islas Canarias (Las Palmas) 26.02.2008 (rec. núm. 1011/2007), afirmando que la esencial del contrato eventual “viene motivada por el aumento del trabajo provocado por las circunstancias antes expresadas, esto es, el incremento de la actividad productiva de la empresa, pero no para atender las necesidades derivadas de la apertura de centro de trabajo. Y ello por la sencilla razón de que no ha podido existir aumento alguno en la actividad productiva de la empresa por comenzar su funcionamiento en el mismo momento de la contratación del trabajador”. También, STSJ Comunidad valenciana 26.10.2005 (rec. núm. 2522/2005), señalando que, desde la derogación del contrato de lanzamiento de nueva actividad, “la causa de la eventualidad no puede hacer referencia a una modalidad contractual que señale como causa la implantación de un nuevo turno o una nueva línea de producción para justificar la eventualidad, pues precisamente se pone de relieve en la Exposición de Motivos de la citada norma (...) por lo que hay que entender que la delimitación del marco de la contratación eventual no permite interpretar que una causa de temporalidad que ya no está vigente pueda integrar un supuesto de hecho que, precisamente, se quiere concretar de cara a una potenciación de la contratación indefinida”.

embargo, la decisión empresarial de abrir un centro de trabajo y/o poner una nueva línea en el mercado es algo previsible, forma parte de la actividad normal de la empresa, y su ejecución puede generar desajuste de personal.

En la línea de esta alternativa interpretativa del nuevo CCPO, el Tribunal Superior de Justicia del País vasco ya advirtió que *“una cosa es que la apertura de un centro no constituya, sin más, una causa que justifica la eventualidad de la contratación y otra, bien distinta, que no pueda haber supuestos en los que, por la singularidad que concurre en esa apertura, no se esté ante alguna de las tres causas de contratación eventual”*³⁵. Y, de hecho, tiempo después, el Tribunal Supremo confirmó en Pleno, aunque con voto particular discordante -suscrito por un magistrado, al que se adhirieron otros cuatro más-, que, durante los primeros 6 meses, las campañas o servicios nuevos de las empresas constituyen un motivo de temporalidad que justifica recurrir al contrato eventual, porque *“toda campaña tiene una inicial curva de aprendizaje, en la que existe una mayor necesidad de mano de obra que en el posterior desarrollo de la misma”* y porque esos primeros 6 meses *“son ante todo una limitación en la utilización de la fórmula contractual seleccionada”*³⁶. De modo que, con el valor interpretativo añadido que representa esta doctrina del Tribunal Supremo, el nuevo CCPO puede servir para contratar de forma temporal y aliviar así el riesgo empresarial que comporta abrir un nuevo centro de trabajo o poner en el mercado una nueva línea de producción.

A mi modo de ver, la *ratio legis* del nuevo CCPO incluye un componente en cierto modo esquizoide por cuanto, por un lado, su régimen jurídico da al traste con pautas pacíficas y asentadas en nuestra jurisprudencia, referidas a la dificultad de considerar que las vacaciones constituyen un motivo válido de eventualidad en la empresa privada, mientras que, por otro lado, la nueva regulación puede suponer la recepción de una doctrina del Tribunal Supremo, muy frágil y controvertida, que, en la práctica, tiene el significado de resucitar, siquiera parcialmente, el anterior contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad.

2.3. Contrato temporal -corto- por circunstancias de la producción ocasionales y previsibles

La tercera modalidad de contrato temporal por circunstancias de la producción, el contrato para atender situaciones ocasionales, previsibles y de corta duración (en adelante, CCPP) es de largo, a mi juicio, la modalidad más controvertida. La causa de la temporalidad de este contrato son necesidades empresariales ocasionales y previsibles.

³⁵ STSJ País vasco 21.06.2005 (rec. núm. 1157/2005).

³⁶ STS 12.12.2018 (rec. núm. 151/2017).

Que las empresas solo puedan usar este contrato un máximo de 90 días al año no tiene nada que ver con la causa del contrato, porque las necesidades empresariales o existen o no existen; este tope de 90 días, por consiguiente, no se incorpora a la causa de la temporalidad del contrato, sino que constituye una restricción legal objetiva a su utilización por parte de nuestras empresas.

El gran problema del CCPP radica en que definir la causa temporal de esta modalidad contractual por referencia a las notas de ocasionalidad y previsibilidad es rizar el rizo en términos de semántica jurídica. Una cosa ocasional es algo que sucede por azar, algo aleatorio, accidental. Algo previsible, por su parte, es algo que es probable. Y lo que es probable no es algo aleatorio, ni accidental; de la misma forma que no es posible prever aquello que es episódico, es decir, que no sucede de forma habitual. Lo que, en fin, es ocasional, circunstancial o coyuntural nunca podrá cohonestarse con algo que es presumible o predecible, en definitiva, con algo que puede ser previsto.

La formulación de la causa de este contrato temporal por referencia a estos dos conceptos antagónicos, que describen cualidades diametralmente opuestas e incompatibles entre sí, de imposible apreciación conjunta, solo puede interpretarse, en mi opinión, de una forma. Se trata de un contrato temporal descausalizado, que cubre necesidades absolutamente ordinarias de la empresa, que se presentan cada temporada o son de aparición intermitente, pero, en cualquier caso, completamente previsibles y que, por su naturaleza, debieran encauzarse a través del contrato fijo discontinuo o, en su caso, mediante el contrato a tiempo parcial en cómputo anual.

De hecho, abundando en la idea anterior -el CCPP es un mini contrato fijo discontinuo³⁷- es muy sintomático que, de las tres modalidades de contrato temporal por circunstancias de la producción, el legislador -art. 15.2.1º ET- solo alude al CCPI y al CCPO, no al CCPP, cuando dice que sus respectivas causas justificativas no pueden responder a los supuestos del contrato fijo discontinuo. Hay quien no lo ve así³⁸, pero lo cierto es que, si el art. 15.2.5º ET solo prevé que el CCPP no puede utilizarse para la realización de trabajos en el marco de contrata, guardando silencio acerca de la imposibilidad de que su causa se solape con la del contrato fijo discontinuo, es porque, de trasladar esta previsión también al CCPP, entonces el CCPP tendría muy poco

³⁷ J. LAHERA FORTEZA: "Las cinco modalidades del nuevo contrato de trabajo fijo discontinuo", Briefs AEDTSS, 18.05.2022.

³⁸ M. NOGUEIRA GUASTAVINO: "El contrato por circunstancias de la producción...", cit. entiende que, aunque no existe en el caso del CCPP una previsión similar a la que se aplica al CCPI y al CCPO -art. 15.2.1º ET-, que impide su utilización cuando sus respectivas causas coincidan con la del contrato de trabajo fijo discontinuo, el CCPP no puede solaparse con este contrato porque el carácter ocasional "*alude a cualquier necesidad productiva que no sea una constante en el ciclo productivo empresarial y no se reitera en el tiempo*". A mi juicio, la autora no tiene en cuenta que el CCPP también se define por el carácter "previsible" de las necesidades empresariales, lo que indica que pueden tener carácter intermitente.

recorrido³⁹. Por eso, y se trata de un aspecto a desarrollar en el siguiente apartado, una interpretación sistemática y teleológica del régimen jurídico de los tres contratos temporales por circunstancias de la producción podría sugerir que la previsión contenida en el apartado 5º del art. 15.2 ET, referida a la imposibilidad de concertar este contrato para cubrir contrataciones, solo se aplica al CCPP, no al CCPI ni al CCPO.

La nota legal de ocasionalidad del CCPP tiene que interpretarse, tal y como se ha señalado⁴⁰, como un trasunto de la duración reducida del contrato. Es decir, que la bolsa de 90 días al año que la ley atribuye a todas las empresas para utilizar este nuevo contrato y que limita indirectamente su duración máxima, marca a su vez la frontera entre este extraño contrato temporal y el contrato fijo discontinuo. Es previsible que el CCPP sea utilizado con profusión en el sector agrario, escenario por naturaleza de la contratación fijo discontinua⁴¹, donde es público que a la patronal se le quedan cortos los 90 días al año de CCPP⁴²; y también es previsible la utilización del CCPP en el sector del comercio, en periodos de rebajas y de otras ventas especiales. En uno y otro ámbito existen, además, sentencias, muy controvertidas, que, en la práctica, lo que hacen es dar soporte judicial al CCPP.

Por lo que respecta al sector agrario, y a propósito de la recogida de aceituna, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía⁴³ ha justificado hace poco el contrato eventual atendiendo no solo a las peculiaridades y contingencias que afectan a esta actividad agrícola⁴⁴, sino, y se trata de un aspecto bastante más interesante desde la perspectiva

³⁹ En el mismo sentido, entendiendo, respecto del contrato fijo discontinuo, que “no cabe descartar su solapamiento en determinados casos con el nuevo contrato de duración determinada por circunstancias de la producción, cuya concertación permite el renovado art. 15.2 ET para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en el tiempo”, F. CAVAS MARTÍNEZ: “El nuevo contrato fijo discontinuo en la reforma laboral de 2021”, en AA.VV, *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, cit. p. 122.

⁴⁰ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA: “Las causas de contratación temporal...”, cit. p. 26.

⁴¹ STSJ Comunidad valenciana 08.06.2006 (rec. núm. 4430/2005): “El supuesto que contempla la sentencia se encuadraría dentro del sector económico en el que normalmente se producen los contratos de trabajo de naturaleza fija discontinua, o sea, en la agricultura, en el que el producto proviene del campo, se trata de una materia perecedera, y cuya atención aumenta el trabajo cuando es mayor la entrada de producto y disminuye en caso contrario, dependiendo en la mayoría de las ocasiones de razones climatológicas”.

⁴² Así, por ejemplo, para el presidente de ASAJA, “Los contratos de 90 días se quedan cortos para las campañas del campo”, en *El Independiente*, 14.01.2022, <https://www.elindependiente.com/economia/2022/01/14/los-contratos-de-90-dias-se-quedan-cortos-para-las-campanas-del-campo/>.

⁴³ STSJ Andalucía (Sevilla) 26.10.2021 (rec. núm. 620/2020).

⁴⁴ Señala el Tribunal andaluz en su sentencia que “No hay que olvidar que en el campo la recolección se realiza en primer lugar por los trabajadores fijos de la empresa, y seguidamente con los trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios desde el inicio de la campaña hasta la finalización de la misma aunque sea de forma paulatina, y en los supuestos de necesidades coyunturales de personal, por ejemplo cuando el volumen de aceituna madura es mayor, o existe

de la causa de la temporalidad del CCPP, atendiendo también a que, *“independientemente del hecho de que la campaña de recogida de la aceituna es anual, la condición de trabajador fijo discontinuo depende no sólo del carácter cíclico de las campañas en las que participa, sino también de la reiteración en el llamamiento, y de cierta continuidad y permanencia en la campaña”*.

Lo que interesa de esta reciente sentencia andaluza, porque parece que está en línea con la *ratio legis* del nuevo CCPP, es que el Tribunal manifiesta que, aunque para adquirir la condición de fijo discontinuo no es posible exigir un determinado número de peonadas, lo que sí es posible exigir es que *“la prestación de servicios tenga una cierta continuidad en la empresa vinculada al carácter cíclico de la actividad”*, concluyendo en ese caso que la contratación del peón agrícola mediante un contrato eventual en la campaña de recogida de la aceituna fue adecuada, porque su prestación de servicios *“fue puramente ocasional y coyuntural”*.

Lo relevante es que, en esta sentencia, el uso judicial de los adjetivos ‘ocasional’ y ‘coyuntural’ claramente evoca una situación caracterizada, no por la existencia de un genuino motivo de temporalidad -una necesidad productiva imposible de prever-, sino por la poca relevancia del número de días trabajados en la campaña⁴⁵. Téngase en cuenta, sin embargo, que lo que sucede por azar no es lo mismo que lo que sucede pocas veces. Algo que sucede pocas veces, más que ocasional, es más bien algo infrecuente, algo raro. Y, en este sentido, ni el art. 35.1 CE ni la Directiva sobre contratos de duración determinada obligan a que la única forma de luchar contra la temporalidad sea causalizar los correspondientes contratos. Sin embargo, si el legislador decide apartarse de ese modelo y caminar hacia otro distinto -p.e. contratación temporal sin causa, pero de muy corta duración-, es decir, si aquél es el uso lingüístico que el legislador quiere hacer del término ‘ocasional’ en el nuevo CCPP, el legislador debería decirlo expresamente, para no crear inseguridad jurídica.

Por lo que respecta al sector del comercio y, en concreto, a la contratación eventual en los periodos de rebajas, hay sentencias que, aunque con argumentos bastante más

riesgos de lluvias, granizo o bajas temperaturas, es cuando es aconsejable contratar más personal para concluir antes la recolección a través de la contratación eventual, como la recurrente, que es un peón agrícola eventual”.

⁴⁵ De hecho, en la sentencia andaluza que se viene citando figura que *“Esta doctrina por tanto si bien no exige un determinado número de peonadas, sí requiere que la prestación de servicios tenga una cierta continuidad en la empresa vinculada al carácter cíclico de la actividad, y en este caso se puede observar en el hecho probado 1o que la actora no trabajó ninguna peonada para la empresa demandada, ni en 2.010, ni en 2.012, por lo que ha decaído su derecho al llamamiento fundado en la prestación de servicios con anterioridad a estos años. Por otra parte (...) si la actora alega que su llamamiento debe producirse en el mes de octubre como se declara probado en el hecho 3o de la sentencia, en su vida laboral existe una prestación de servicios muy ocasional en dicho mes ya que desde 2.004 sólo prestó servicios en 2.007, y posteriormente 4 días en 2.014, 6 días en 2.015 y 16 días en 2.016, sin trabajar en el mes de noviembre salvo 5 días en 2.015, por lo que su prestación de servicios fue puramente ocasional y coyuntural”*.

discutibles que en el supuesto del contrato eventual en el sector agrario, también han venido admitiendo el uso de este contrato temporal.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid entendió que *“las exigencias circunstanciales del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos, aparecen concretados en el previsible mayor número de ventas que cabe registrar tanto con motivo de las fiestas navideñas como con ocasión de la posterior temporada de rebajas”*⁴⁶. Algo muy parecido hizo el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana cuando apreció, no solo que existía una necesidad de personal para cubrir las vacaciones en una tienda de comercio minorista, sino, además, que en los periodos de rebajas es previsible que se produzca un incremento de ventas; periodo de rebajas, para más *inri*, perfectamente delimitado en ese caso concreto por la normativa aplicable⁴⁷. Al respecto, parece evidente que, si el incremento temporal de la actividad es previsible, porque se produce cada año, entonces hay que ir al contrato fijo discontinuo⁴⁸. Sea como fuere, importa destacar que el actual CCPP puede utilizarse para afrontar necesidades empresariales ‘previsibles’, con el mismo sentido de este adjetivo que en esas sentencias le dan ambos Tribunales.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias también ha entendido que un *“supuesto típico”* del contrato eventual son los periodos de rebajas⁴⁹. Ha llegado a esta conclusión tras afirmar que *“las fechas de las rebajas no son ni periódicas ni -menos aún- fijas (es más, ni siquiera tiene que haber rebajas en todas las Empresas ni todos los artículos)”*. Dice el Tribunal que las fechas de las rebajas no son fijas porque la legislación sobre comercio minorista establece periodos, no fechas concretas, y porque el periodo de rebajas es variable cada año; pero, precisamente, en la esencia del contrato fijo discontinuo siempre ha estado presente un cierto margen de indeterminación sobre la

⁴⁶ STSJ Madrid 27.05.2002 (rec. núm. 1562/2002).

⁴⁷ STSJ Comunidad valenciana 18.06.2009 (rec. núm. 1078/2009): *“El recurso debe ser estimado, ya que si (...) la demandante ha venido prestando servicios para la demandada desde el día 1 de agosto de 2008, como dependiente, en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, que tenía por objeto “campana de verano-otoño 2008” y con una duración prevista hasta el 31 de octubre de 2008, aunque resulta imprecisa la causa especificada en el contrato, la empresa ha acreditado la temporalidad de la relación para cubrir el periodo de rebajas y vacaciones del verano-otoño de 2008, dado que (...) existía la necesidad de personal para cubrir las vacaciones y era previsible un incremento de ventas en el periodo de rebajas con necesidad de personal eventual”*.

⁴⁸ Resulta también difícil de entender que, para justificar la contratación eventual en rebajas, el Tribunal madrileño diga que la homogeneidad de los intervalos temporales que requiere el contrato fijo discontinuo no se da en ese caso, pero sin explicar por qué, limitándose a decir que *“homogeneidad que no es predicable en el caso de autos, en el que, y en términos de la STS de 4-2-1999, lo que prima «es el carácter difuso de las circunstancias que justifican la eventualidad y la contingencia de su propia proyección temporal», habida cuenta que la acumulación de tareas tiene por causa el comportamiento del mercado, y que este a su vez está condicionado por múltiples y variados factores”*.

⁴⁹ STSJ Islas Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) 31.01.2008 (rec. núm. 797/2007).

fecha de inicio e incluso finalización de las campañas. Y dice también el Tribunal canario que estas fechas no son periódicas, sobre todo, porque “*las rebajas no se imponen obligatoriamente a las empresas*”, afirmación, en mi opinión, que parece desconocer que, en la esencia del contrato fijo discontinuo, está la facultad empresarial de poder no efectuar el llamamiento si la campaña no se inicia.

El trasfondo del CCPP puede guardar relación con esta doctrina judicial que, en el sector agrario y en la actividad comercial en las rebajas, ha venido justificando, más mal que bien, la legalidad de la contratación eventual. Estas sentencias estarían evidenciando que, en estos casos, caracterizados por la escasa importancia, cuantitativamente hablando, del número de días trabajados durante la campaña o de forma intermitente durante el año, el órgano judicial se resiste a gravar a la empresa con la carga que supone reconocer a la persona trabajadora la condición de fijo discontinuo.

Creo, con todo, que el nuevo CCPP ha abierto una brecha en el principio de causalidad que rige en el ordenamiento laboral -algún autor habla de “*objetivación del uso de los contratos temporales a través de los plazos*”⁵⁰- y que la reforma de 2021 dice reforzar. En este sentido, y a mayor abundamiento, si se observa con atención, reconocer en la ley un contrato temporal que puede usarse durante 90 días todos los años de forma discontinua para cubrir necesidades empresariales de temporada o intermitentes, sin caer en el ámbito objetivo del trabajo fijo discontinuo, produce, en el plano jurídico, el mismo efecto que producen las cláusulas convencionales, declaradas ilegales por el Tribunal Supremo, que exigen un número mínimo de peonadas al año, normalmente discontinuas, para alcanzar la consideración de fijo discontinuo desde la fase previa de la contratación eventual. Sobre este aspecto se volverá más adelante.

Además de su -no- causa, en fin, el CCPP tiene otros muchos puntos oscuros⁵¹, que aquí simplemente se apuntan. No tiene duración máxima, aunque esta puede obtenerse indirectamente aplicando el periodo de 90 días no consecutivos legalmente previsto para su utilización. Al tratarse de un periodo no continuo, cabría configurar la discontinuidad de este periodo como al operador jurídico le venga en gana, por ejemplo, formalizando un contrato de 89 días y otro contrato de un solo día. Tampoco está claro si es posible utilizar un solo contrato o hay que utilizar al menos dos. Dado que la ley no distingue, cabría utilizar un solo contrato y dividir su periodo de ejecución en, al menos, dos periodos, por ejemplo 89 días y uno más. Resulta asimismo problemático determinar si al CCPP se le aplica el régimen de prórrogas del art. 49.1.c) ET.

⁵⁰ A. TODOLÍ SIGNES: “Análisis del nuevo contrato temporal «por circunstancias de la producción» ...”, cit.

⁵¹ M. NOGUEIRA GUASTAVINO: “El contrato por circunstancias de la producción...”, cit.

Por otra parte, aunque la duración máxima del CCPP se reduce de forma proporcional, a medida que la empresa va consumiendo la bolsa, cada día de utilización de la bolsa es posible formalizar tantos CCPP como necesite la empresa. Es decir, si la empresa ha consumido 89 días de la bolsa, el último día que puede utilizar la bolsa de CCPP podrá formalizar todos los contratos que necesite, pero estos contratos solo podrán durar un día. Es verdad que el art. 15.2.4º ET obliga a las empresas a trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, en el último trimestre del año, una previsión anual del uso del CCPP, pero también lo es que la previsión empresarial puede ser razonablemente abierta, con amplio margen para la contratación. Las grandes empresas, en fin, probablemente planteen que los 90 días de CCPP pueden computarse por cada centro de trabajo. Y, según se ha dicho⁵², tendrán razón, ya que, entre otros motivos, el centro de trabajo es una unidad productiva con organización específica que tiene que ser dada de alta, como tal, ante la Autoridad laboral -art. 1.5 ET-.

2.4. La prohibición de utilizar el contrato temporal por circunstancias de la producción en el marco de contrataciones y concesiones administrativas

El ordinal número 2 del art. 15 ET está dedicado íntegramente y exclusivamente a establecer el régimen jurídico del contrato temporal por circunstancias de la producción. En su último párrafo, el número 5º, figura que *“No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrataciones, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”*.

Hay autores que dan por hecho que esta prohibición de utilizar el contrato temporal en el marco de las contrataciones se aplica a las tres modalidades de contrato temporal por circunstancias de la producción⁵³; otros autores consideran lo mismo y explican que la prohibición se aplica a las tres modalidades por varios motivos⁵⁴: 1º) Lleva a la ley lo que dijo el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de diciembre de 2020⁵⁵ sobre la imposibilidad de utilizar el contrato de obra en las contrataciones; 2º) Su ubicación sistemática, como cláusula de cierre del art. 15.2 ET, apunta a ello; y 3º) El art. 15.2.5º ET dice algo más de lo que dice el art. 15.2.1º ET cuando previene que ni el incremento ocasional e imprevisible de la actividad, ni las oscilaciones de la actividad de la empresa

⁵² F. J. GÓMEZ ABELLEIRA: “Las causas de contratación temporal...”, cit. p. 27.

⁵³ T. SALA FRANCO: *La reforma laboral: La contratación temporal y la negociación colectiva*, edición digital, cedida por cortesía del autor, p. 37.

⁵⁴ J. Mª. GOERLICH PESET: “La reforma de la contratación laboral”, cit. pp. 44-45.

⁵⁵ Rec. núm. 240/2018.

que generan déficit de plantilla, pueden responder a los supuestos del contrato fijo discontinuo, entre los que el art. 16.1.2º ET incluye el supuesto del trabajo en el marco de contratas.

Según estos autores, como quiera que el trabajo fijo discontinuo tiene, ex arts. 15.2.1º y 16.1.2º ET, fuerza atractiva respecto de las contratas, cuando el art. 15.2.5º ET dispone que no podrá identificarse como causa de este contrato la realización de trabajos en el marco de contratas "*sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores*", estaría incorporando una salvedad, aplicable a todos los supuestos de contrato temporal por circunstancias de la producción. Así, con arreglo a la citada salvedad legal, aunque la contrata en sí no justifica este contrato, el mismo sí que puede ser utilizado si, durante el periodo de ejecución de la contrata, surge cualquier necesidad empresarial que, según la ley, justifica su utilización.

Otra alternativa, a la que parece que se suman otras autoras⁵⁶, es interpretar que tanto al CCPI como al CCPO, es decir, a los dos contratos largos, se les aplica exclusivamente la previsión -art. 15.2.1º ET- que impide su utilización cuando se caiga en los supuestos del contrato de trabajo fijo discontinuo. Ni al CCPI ni al CCPO se les aplicaría la prohibición del art. 15.2. 5º ET de ser utilizados en el marco de contratas porque estos contratos ya cuentan con una normativa específicamente aplicable, el art. 15.2.1º *in fine* ET, que establece que sus supuestos justificativos no pueden coincidir con los del trabajo fijo discontinuo, el cual, precisamente, incluye el trabajo en el marco de contratas -art. 16.1.2º ET-.

A mi modo de ver, aunque, técnicamente, existen motivos para pensar que esta última interpretación es la adecuada⁵⁷ -la prohibición expresa de utilizar el contrato temporal por circunstancias de la producción en el marco de las contratas solo afecta al

⁵⁶ M. NOGUEIRA GUASTAVINO: "El contrato por circunstancias de la producción...", cit.

⁵⁷ Interpretación, en primer lugar, que sería coherente con la finalidad legal de no impedir que existan solapamientos parciales, de no más de 90 días, entre el CCPP y el contrato fijo discontinuo. De hecho, ya se ha dicho que será por algo que el legislador -art. 15.2.1º ET- solo dice que ni el CCPI ni el CCPO, pero no el CCPP, pueden responder a los supuestos del trabajo fijo discontinuo. Por otra parte, en segundo lugar, cabe asimismo tener presente que la formulación legal de la fuerza atractiva del trabajo fijo discontinuo respecto de las contratas -arts. 15.2.1º ET y 16.1.2º ET- implica que la contrata en sí no es causa válida de temporalidad. De modo que, cuando el art. 15.2.5º ET previene que es posible utilizar el contrato temporal por circunstancias de la producción en el marco de contratas si concurren sus causas justificativas, no estaría añadiendo nada nuevo sino que simplemente tendría valor pedagógico, recordando algo que está implícito en la conexión entre los arts. 15.2.1º ET y 16.1.2º ET, es decir, que durante la contrata pueden surgir necesidades empresariales de las previstas en el art. 15.2 ET que posibilitan el recurso al contrato temporal por circunstancias de la producción. De hecho, hay autores que entienden que esta lectura -el contrato eventual puede ser utilizado excepcionalmente en las contratas- estaba también implícita en la sentencia del Tribunal Supremo que desautorizó el recurso al contrato de obra en las contratas, M. NOGUEIRA GUASTAVINO: "El contrato por circunstancias de la producción...", cit.

CCPP-, existe, sin embargo, un motivo que no es técnico, pero sí de mucho peso, que tiene que ver con la eficacia de regulación legal y que conduce a interpretar que el párrafo 5º del art. 15.2 ET se aplica a las tres modalidades del nuevo contrato eventual, no solo al CCPP.

Repárese, en este sentido, en que el art. 16.1.2º ET dice que el trabajo fijo discontinuo “*podrá concertarse*” en el marco de contrata. Literalmente, por tanto, esta previsión legal no cierra la puerta al contrato temporal por circunstancias de la producción en las contrata porque solo dice que, en estos casos, existe la posibilidad de utilizar el contrato fijo discontinuo. Esta fórmula verbal potestativa produce un impacto importantísimo en nuestro ordenamiento jurídico en otro plano, que ahora no viene al caso, porque da carta de la naturaleza a algo que antes de la reforma no se podía hacer, que era utilizar el contrato fijo discontinuo en el marco de las contrata.

Sin embargo, en lo que ahora interesa, el tiempo verbal que emplea el legislador -que también se explica atendiendo a que las contratistas pueden utilizar el contrato fijo ordinario- no produce el mismo impacto, más bien ninguno -es ineficaz-, en el plano de la contención del contrato temporal por circunstancias de la producción. Como digo, el art. 16.1.2º ET, al que remite el art. 15.2.1º ET, literalmente no impide utilizar este contrato temporal en el marco de las contrata. De modo que, no entender que la prohibición del art. 15.2.5º ET se aplica a las tres modalidades del nuevo contrato eventual, implicaría una ventana abierta al CCPO en el caso de contrata previsibles, porque ocasionan una oscilación de la demanda que, normalmente, y es el trasfondo que se puede apreciar en alguna doctrina judicial que convalida el contrato eventual en el caso de las contrata⁵⁸, generará déficit de plantilla.

Los Tribunales dirán, porque tienen la última palabra. Mientras tanto, la lógica interna de los apartados 1º y 5º del art. 15.2 ET sería más fácilmente reconocible realizando dos simples operaciones de mejora técnica. Por un lado, el apartado 5º del art. 15.2 ET podría desaparecer y llevarse al párrafo 4º, como inciso final, porque el art. 15.2.4º ET es el que está específicamente dedicado al CCPP. Así no habría duda de que el párrafo 1º del art. 15.2 ET no se aplica al CCPP y, por tanto, de que este contrato puede solaparse durante 90 días con el contrato fijo discontinuo. Por otro lado, y de cara a fortalecer la *vis* atractiva del trabajo fijo discontinuo respecto de las contrata que intenta plasmar la

⁵⁸ STSJ Galicia 15.10.2001 (rec. núm. 1496/2001): “*La existencia de encargos por parte de una o más empresas clientes es una circunstancia ajena a la empresa empleadora de modo que, cuando ésta contrata a sus trabajadores introduciendo una causa de temporalidad vinculando el contrato de trabajo a dicho encargo, no está actuando, como norma general, de modo abusivo, sino objetivamente*”; STSJ Andalucía (Málaga) 01.03.2002 (rec. núm. 2168/2001): “*en aquellos supuestos en que el objeto del contrato temporal sea la realización de una actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, como ocurría en el presente caso, se viene a considerar que en tal supuesto concurre una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida que opera por tanto como un tope temporal previsible*”.

actual combinación de los arts. 15.2.1º ET y 16.1.2º ET, bastaría con modificar la redacción del art. 16.1.2º ET previendo, por ejemplo, que para el desarrollo de trabajos en el marco de contrataciones ‘deberá utilizarse un contrato por tiempo indefinido, tanto ordinario como fijo discontinuo’.

Tras este intento de perfilar el ámbito aplicativo de la prohibición del art. 15.2.5º ET, ahora interesa subrayar que la prohibición de usar el contrato temporal por circunstancias de la producción en el marco de contrataciones alcanza, según ese mismo precepto legal, a las contrataciones que constituyen la actividad habitual de la empresa. Para una empresa cuya actividad habitual es funcionar como contratista, la celebración de una contratación siempre se presentará como algo previsible. Interpretación, por lo demás, acorde con el art. 16.1.2º ET cuando dispone que el contrato fijo discontinuo puede celebrarse en el marco de ejecución de contrataciones “*que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa*”.

Es decir, adoptando el presupuesto de que la celebración de una contratación, cuando es previsible, no sirve como causa justificativa del contrato temporal por circunstancias de la producción, de contrario hay que concluir que este contrato, específicamente el CCPI, sí es susceptible de ser utilizado cuando la contratación es imprevisible⁵⁹.

El anterior sería el caso de las empresas que no tienen por actividad habitual formalizar contrataciones. La oportunidad de negocio que para estas empresas supone la contratación surgirá en la generalidad de los casos como algo ocasional o imprevisible, siendo posible utilizar el CCPI. Así, por ejemplo, creo que puede hablarse de contratación ocasional e imprevisible en el supuesto de una empresa italiana que produce lubricantes y que contrata con una empresa española de proyectos de ingeniería, estudios y asesoramiento en relación con la instalación, asistencia técnica y explotación de todo tipo de instalaciones por cable para que esta última sea el concesionario exclusivo en España de la venta de los productos de la primera. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón consideró que el contrato eventual formalizado entre esa empresa española y una trabajadora como responsable de la gestión comercial y ventas del lubricante italiano era lícito por cuanto la contratación “*supuso un incremento del trabajo a realizar (...) tratándose de una necesidad, en principio temporal, pues el contrato suscrito entre la empresa italiana y la española tenía una duración limitada, lo cual constituye una causa de temporalidad que legitima la modalidad contractual utilizada, ex art. 15.1.b) ET*”⁶⁰. El dato, por tanto, referido a que el objeto social de la empresa no coincida con el objeto de

⁵⁹ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA: “Las causas de contratación temporal...”, cit. p. 29.

⁶⁰ STSJ Aragón 23.01.2002 (rec. núm. 1162/2001).

la contrata puede ser indicativo de que, efectivamente, la contrata es ocasional e imprevisible.

Cuando, por el contrario, la empresa tiene por actividad habitual formalizar contrata, parece difícil que una contrata resulte imprevisible. Así, por ejemplo, para una empresa que presta servicios en tierra a aeronaves, asumir una contrata de *handling* es algo previsible; por tanto, encadenar contratos eventuales para tareas de agente de rampas es fraudulento, porque se trata de desarrollar "*actividades permanentes de la empresa*"⁶¹. Y lo mismo sucede, por poner otro ejemplo, con las concesiones administrativas, aunque haya algún Tribunal que no lo ve así⁶². Habrá que estar atentos, por tanto, a cómo gestionan las empresas el tándem previsibilidad/imprevisibilidad de la contrata y, en su caso, a cómo corrigen nuestros Tribunales el uso que, en la práctica, pueda hacerse del CCPI ante supuestos de contrata previsible, o habituales en la actividad de la empresa.

Finalmente, por otra parte, la salvedad legal referida a que el nuevo contrato eventual puede utilizarse en el marco de las contrata "*cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores*" -art. 15.2.5º ET- es altamente problemática y podría desaparecer. Y lo es, tanto si se entiende que esta salvedad se aplica a las tres modalidades de contrato temporal por circunstancias de la producción, como si se entiende que solo se aplica al contrato corto -al CCPP-. Pues, precisamente, en el contrato corto está el problema.

⁶¹ STSJ Madrid 30.09.2020 (rec. núm. 49/2020).

⁶² STSJ Andalucía (Sevilla) 07.02.2013 (rec. núm. 1155/2012). A mi modo de ver, para una empresa de gestión medioambiental, asumir la adjudicación del servicio de limpieza viaria y de recogida de residuos de un Ayuntamiento es algo previsible. Si, tratándose del Ayuntamiento de Jerez, una plantilla de 400 trabajadores fijos no basta para atender todas las necesidades de la ciudad -"Navidad, Reyes, Semana Santa, Feria, Feria de la Vendimia, Circuito de Velocidad, conciertos al aire libre, <botellón>"-, lo que no puede hacerse es justificar los contratos eventuales aludiendo tanto a incidencias personales de la plantilla -"enfermedad, vacaciones, permisos, etc"- como a incidencias circunstanciales, referidas a la propia actividad de la empresa, "*según las demandas de la Ciudad, que ni tienen un desarrollo homogéneo, ni son idénticas todos los años*". Asumir la ejecución de una contrata de limpieza es plenamente previsible para esta empresa; por eso, esta empresa debe disponer de una plantilla fija, o fijo discontinua, que, razonablemente, le permita desarrollar con eficacia todas las tareas que comprende el servicio en cuestión, tareas que lógicamente van a variar, en su naturaleza y en su intensidad, en función de las diferentes épocas del año. Pero, se insiste, todas las actividades que comprende el servicio de limpieza en Jerez, como en cualquier ciudad, forman parte de la actividad habitual y ordinaria de la empresa adjudicataria del servicio y no es de recibo, por tanto, razonar en clave de que la limpieza tras la Semana Santa, la limpieza del circuito de Jerez después del Gran Premio o la limpieza de los viales tras la Feria del caballo suponen "*picos de actividad que escapan a la normalidad productiva*", o "*puntas productivas que aun cuando coincidan con los factores estacionales incrementen el ritmo empresarial más allá de lo que es frecuente en otras temporadas desbordando la capacidad de la plantilla ordinaria*". Podría discutirse si estas contrataciones encubren un contrato fijo ordinario o fijo discontinuo, pero de lo que no hay duda es que todas estas contrataciones sirven para dar salida a actividades de limpieza de la ciudad que son permanentes, no extraordinarias ni imprevisibles.

El legislador, efectivamente, podría limitarse a decir que las contrataciones no pueden identificarse como causa del contrato temporal por circunstancias de la producción. Ello permitiría interpretar que la ley reconoce implícitamente -como lo hizo implícitamente el Tribunal Supremo cuando declaró ilegal el contrato de obra en las contrataciones- que es posible recurrir a este contrato temporal, específicamente al CCPI, si durante la contratación se presentan necesidades empresariales ocasionales e imprevisibles. Sin embargo, el legislador está diciendo que, en el marco de las contrataciones, es posible utilizar este contrato temporal cuando concurren los supuestos justificativos de cualquiera de sus tres modalidades, incluidos los del CCPP.

Y, así, dado que las necesidades ocasionales y previsibles del CCPP originan un contrato temporal descausalizado, lo que, en la práctica, se desprende del inciso legal que prevé que el contrato por circunstancias de la producción puede ser utilizado en las contrataciones es, ni más ni menos, que la posibilidad de que las empresas que habitualmente funcionan como contratistas cuenten con una bolsa de 90 días al año durante la cual pueden utilizar todos los CCPP que consideren necesarios, cuya duración coincidirá con el número de días de la bolsa que queden por consumir.

III. LA POTENCIACIÓN DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Además de la reforma de los contratos temporales, la otra medida estrella de la reforma laboral de 2021 en la lucha contra la temporalidad es la potenciación del contrato fijo discontinuo. La intención ha sido derivar el anterior contrato temporal para obra o servicio al entorno de este contrato. De hecho, como se acaba de ver, la reforma incide en los negocios de las contrataciones y subcontratas específicamente desde el flanco de intentar reconducir hacia la modalidad contractual fijo discontinua los anteriores contratos temporales de obra o servicio vinculados a las mismas⁶³.

La idea, en definitiva, es que el contrato fijo discontinuo atraiga toda la contratación temporal que hasta ahora ha podido considerarse irregular⁶⁴ y también toda la nueva contratación por circunstancias de la producción que podría ser lícitamente temporal pero que no puede por su duración prevista, de más de 6 meses o, en su caso, un año si así lo dispone la negociación colectiva sectorial.

⁶³ E. ROJO TORRECILLA: "Estudio de la reforma laboral de 2021 (IV) La nueva contratación temporal estructural y la potenciación del contrato fijo discontinuo", en el blog de este autor, entrada de 07.01.2022.

⁶⁴ I. BELTRÁN DE HEREDIA: "Nueva reforma laboral 2021...", cit.

3.1. La ampliación del ámbito objetivo del contrato fijo discontinuo

De acuerdo con el art. 16.1.1º ET, “*El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados*”. Por otro lado, el art. 16.1.2º ET, ya se ha visto, da carta de naturaleza al trabajo fijo discontinuo en el marco de las contrataciones previsibles y el art. 16.1.3º ET, también de forma absolutamente novedosa, previene que el contrato fijo discontinuo podrá celebrarse “*entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida*”.

Por definición, una empresa usuaria que se dirige a una empresa de trabajo temporal es porque tiene necesidades de mano de obra temporal. Por este motivo, el Tribunal Supremo entendía que las empresas de trabajo temporal no podían formalizar contratos de trabajo fijo discontinuos con su propia plantilla para ponerla en misión en las empresas usuarias⁶⁵. Por otra parte, en las contrataciones, subcontratas y concesiones administrativas no hay reiteración cíclica de ningún tipo, sino que sus periodos de ejecución se vinculan al cumplimiento de las obligaciones interempresariales⁶⁶. Se trata, por tanto, de dos nuevos supuestos justificativos del contrato de trabajo fijo discontinuo, de naturaleza verdaderamente constitutiva⁶⁷, que ponen de manifiesto que este contrato ha visto desbordado su ámbito objetivo al incluir causas que, propiamente, no se corresponden con la naturaleza de una relación laboral fijo discontinua, porque no son permanentes⁶⁸.

Admitir legalmente el trabajo fijo discontinuo en el marco de las contrataciones y de las empresas de trabajo temporal implica admitir que, por lo menos en estos dos casos, la predeterminación de la discontinuidad de este contrato no viene impuesta desde fuera de la empresa, sino que responde a una decisión empresarial. El problema interpretativo que ello plantea, que se tratará enseguida, tiene que ver con si esta pauta -vinculación del contrato fijo discontinuo con intereses empresariales-, rige también respecto de la regla general del art. 16.1.1º *in fine* ET cuando previene que el trabajo fijo discontinuo responde tanto a modelos de estacionalidad o temporada, supuesto que coincide con el

⁶⁵ STS 30.07.2020 (rec. núm. 3898/2017).

⁶⁶ J. GARCÍA ORTEGA: “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, 18.01.2022.

⁶⁷ Refiriendo esta afirmación al trabajo fijo discontinuo en el marco de las contrataciones, J. M^a. GOERLICH PESET: “Contrato fijo discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, vol. 3, (2022), p. 65.

⁶⁸ J. GARCÍA ORTEGA: “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021...”, cit.

trabajo fijo discontinuo clásico o tradicional, como, novedosamente, a modelos de trabajo intermitente con periodos de ejecución ciertos, determinados o no.

Así que, con el nuevo art. 16.1.1º ET en la mano, resulta que, desde ahora, tenemos un modelo de trabajo fijo discontinuo tradicional, estacional, de temporada o de campaña, y otro modelo de trabajo fijo discontinuo intermitente.

3.2. Trabajo fijo discontinuo tradicional

El trabajo fijo discontinuo puede darse en empresas que están abiertas todo el año y que todos los años, en determinadas fechas, tienen puntas o incrementos del trabajo, y puede también darse en empresas que solo abren determinados periodos del año⁶⁹. Sea como fuere, el trabajo fijo discontinuo tradicional, sujeto a patrones de estacionalidad o de temporada, es típico, ya se ha dicho, del sector agrario. La íntima vinculación de este sector con otros conexos, como el de la industria conservera -p.e. empresas cuya actividad es el aderezo de aceitunas⁷⁰-, hace que, en los sectores vinculados con la agricultura -p.e. el tratamiento fitosanitario del campo, donde existe una temporada de invierno/primavera y otra campaña de verano⁷¹-, también se recurra con asiduidad al trabajo fijo discontinuo⁷².

Con frecuencia, como en la agricultura, la estacionalidad de las actividades económico productivas que conduce, o debería, al contrato fijo discontinuo viene condicionada por la temperatura y el clima -p.e. actividades de extinción de incendios⁷³-. Las temporadas del año marcan también el ritmo en otros muchos ámbitos y/o sectores de la actividad, donde por ello es absolutamente normal el recurso al contrato fijo

⁶⁹ J. GARCÍA ORTEGA: "La contratación a tiempo parcial", en AA.VV., *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, (J. Mª. GOERLICH PESET, coord.), Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 418.

⁷⁰ STS 26.05.1997 (rec. núm. 4140/1996).

⁷¹ STSJ Comunidad valenciana 01.06.2000 (rec. núm. 2670/1997): "Acreditado que los actores realizan la misma actividad en verano y primavera (tratamiento fitosanitario en los campos, que forma parte de las labores agrarias objeto, entre otros, de la actividad de la Cooperativa demandada), la mera circunstancia de que en primavera esa actividad sea decreciente, no justifica -sin más- asignar una distinta naturaleza a los servicios prestados, cuando como se ha dicho los mismos se repiten todos los años de manera cíclica y la demandada en razón de la misma actividad les reconoce la condición de fijos discontinuos en la temporada de verano negándosela en primavera por el inferior número de días trabajados en función de los campos a tratar, siendo así que como se infiere de lo dicho la actividad en primavera aunque más imprevisible que en verano no está al margen de la secuencia temporal al producirse en intervalos de cierta homogeneidad".

⁷² Así, con respecto a la campaña del champiñón, "lo que caracteriza al trabajador fijo de carácter discontinuo es el desempeño por el mismo de tareas de ejecución «intermitente o cíclica» «fijas o discontinuas o periódicas», lo que supone trabajos cuya necesidad se presenta siempre, obedeciendo a determinadas circunstancias constantes, que se repiten de modo regular o irregular", vid., STSJ La Rioja 29.06.2006 (rec. núm. 209/2006).

⁷³ STS 14.03.2003 (rec. núm. 78/2002).

discontinuo. Esto es muy visible en todo el espectro que representa el macro sector turístico⁷⁴, especialmente en la hostelería, la restauración y todo lo relacionado con el transporte aéreo⁷⁵. En todos estos ámbitos, se entiende, con carácter general, que hay, o debe haber, contrato de trabajo fijo discontinuo porque “se constata una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad”⁷⁶.

Con respecto al trabajo fijo discontinuo tradicional, especialmente en el sector agrario, no es raro que existan prestaciones de servicios que se desarrollan durante todo o la mayor parte del año⁷⁷. Algo que puede deberse con naturalidad a que tanto el calendario de las campañas de la empresa -p.e. una sucesión de campañas de pescado en una empresa dedicada a la conserva y salazón de peces⁷⁸ o una sucesión de campañas de

⁷⁴ La STSJ Andalucía (Sevilla) 15.02.2011 (rec. núm. 2824/2010), proporciona los siguientes ejemplos de trabajo fijo discontinuo, la mayoría centrados en el sector turístico: “... constituye la reiteración de la necesidad de trabajo con cierta regularidad el factor principal para descartar el uso del contrato eventual desde el momento en que no se trata entonces de <una necesidad productiva temporal, transitoria y episódica, sino muy al contrario, una situación normal y ordinaria que no supone un incremento de la actividad empresarial que justifique este tipo de contratación, en la medida en que se repite necesariamente todos los años> (STSJ Cataluña 7 de febrero de 2005), así ocurre, según ejemplos extraídos de la jurisprudencia reciente, con las tareas relacionadas con los aumentos productivos previsibles derivados del mayor consumo y afluencia de público que se genera en determinadas épocas del año tales como los servicios de hostelería en época estival en poblaciones turísticas (STSJ Cataluña 7 de febrero de 2005); los servicios de guía turístico (STSJ Castilla y León-Valladolid 23 de mayo de 2005); la actividad aeroportuaria en zonas donde aumenta el tránsito por motivos turísticos (SSTSJ Baleares 14 de enero de 2005 y 20 de abril de 2002); las tareas de envasado de combustible para calefacción en época invernal (STSJ País Vasco 7 de septiembre de 2004); la campaña de verano en la venta y distribución de helados (STSJ Cataluña 13 de septiembre de 1999); los socorristas en la temporada de verano (STSJ Madrid 14 de junio de 1999); la vigilancia de las playas en términos municipales turísticos (STSJA Málaga 27 de noviembre de 1997); la atención durante el verano a los turistas extranjeros en una localidad de la Costa, a través de servicios como el cambio de moneda (STSJ Cataluña 13 de julio de 1998); el exceso de trabajo administrativo que se genera en un parque deportivo durante la temporada de verano (STSJ 22 de febrero de 2001), etc”.

⁷⁵ STS 28.09.2016 (rec. núm. 3936/2014), reconociendo la condición de trabajador fijo discontinuo a un trabajador de IBERIA contratado sucesivamente mediante contratos eventuales como agente administrativo.

⁷⁶ STS 15.10.2014 (rec. núm. 492/2014). En un parque temático, por ejemplo, “durante el tiempo que permanece abierto al público, se produce una necesidad cíclica de trabajo” que origina un supuesto de contratación fijo discontinua, vid., STSJ Comunidad valenciana 12.02.2004 (rec. núm. 3704/2003) ó STSJ Cataluña 04.04.2005 (rec. núm. 9593/2004).

⁷⁷ Porque las campañas se suceden de forma ininterrumpida, “dependiendo de los productos vegetales a elaborar, envasar o congelar, según cada temporada propia del referido producto o campaña”, afirmándose que “ello no desvirtúa que nos encontremos ante una actividad fija, periódica, discontinua e imprevisible en el tiempo al depender de factores estacionales o climáticos”, vid., STSJ Comunidad valenciana 08.06.2006 (rec. núm.4430/2005).

⁷⁸ STSJ País vasco 06.02.2007 (rec. núm. 2181/2006): “La auténtica naturaleza de la relación laboral es la de fijos discontinuos, sin que constituya óbice al recurso a esta modalidad contractual la sucesión de varias campañas de pescado que pueden dar lugar a la prestación de servicios sin solución de continuidad entre una y otra, puesto que se trata de campañas específicas con independencia de la duración de la prestación laboral a lo largo del año”.

manipulado de frutas y hortalizas⁷⁹- como el sistema de cese en la prestación de servicios hacen posible que se produzca esta prestación ininterrumpida a lo largo del todo el año⁸⁰. Sin embargo, el Tribunal Supremo tiene dicho que *“Si los servicios que se prestan no son, de forma sistemática y reiterada en el tiempo, discontinuos, sino que son continuos y sin solución de continuidad, el contrato dejará de ser fijo-discontinuo y pasará a ser fijo continuo, porque esta será su naturaleza real y verdadera”*⁸¹.

Hay que interpretar, por tanto, que, cuando la sucesión entre campañas se produce de forma sistemática y reiterada en el tiempo, en tal caso ya no hay contrato fijo discontinuo sino contrato fijo ordinario. Lo que sucede, sin embargo, es que el requisito de la continuidad sistemática y reiterada de la actividad no está contemplado en la ley y su apreciación depende exclusivamente del criterio judicial.

En el entorno agrario, por otra parte, extremadamente condicionado por la climatología, es frecuente asimismo que, dentro de una misma campaña, se produzcan subcampañas. El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, por ejemplo, rechaza que se pueda contratar de forma eventual a una trabajadora cuando en la empresa se presentan picos de producción que no pueden ser atendidos por la plantilla fijo discontinua; y lo rechaza porque, *“llamándose anualmente a la trabajadora en torno a julio y agosto para la campaña de tomate, de berenjena o de pimiento, es difícil sostener que estemos ante un trabajo ocasional, imprevisible, esporádico o coyuntural. Se trata de una reiteración de la necesidad en el tiempo, aunque lo haya sido por periodos limitados”*⁸².

⁷⁹ STSJ Murcia 17.09.2008 (rec. núm. 702/2008): *“Esta Sala, viene reiterando que la naturaleza del contrato fijo-discontinuo no se desvirtúa por el hecho de prestar servicios el trabajador todos los días laborables del año, siempre que ello venga referido a trabajadores que efectivamente desarrollan trabajos de campaña o temporada, vinculados a circunstancias estacionales, actuando como genuinos trabajadores fijos discontinuos, sin perjuicio de que las temporadas puedan prolongarse y/o enlazarse unas con otras, determinando la necesidad de trabajar durante todos los días laborables del año, en una o más campañas sucesivas, pues es la naturaleza del trabajo a desarrollar lo que determina el carácter intermitente o cíclico del mismo”*.

⁸⁰ STSJ Comunidad valenciana 18.10.2006 (rec. núm. 926/2006): *“la naturaleza del contrato fijo-discontinuo no se desvirtúa por el hecho de prestar servicios el trabajador todos los días laborables del año, siempre que ello venga referido a trabajadores que efectivamente desarrollan trabajos de campaña o temporada, vinculados a circunstancias estacionales, actuando como genuinos trabajadores fijos discontinuos, sin perjuicio de que las temporadas puedan prolongarse y/o enlazarse unas con otras, determinando la necesidad de trabajar durante todos los días laborables del año, en una o más campañas sucesivas, pues es la naturaleza del trabajo a desarrollar lo que determina el carácter intermitente o cíclico del mismo”*.

⁸¹ STS 28.10.2020 (rec. núm. 4364/2018).

⁸² STSJ Extremadura 10.11.2011 (rec. núm. 420/2011).

Es claro que, en el marco de una actividad fijo discontinua, pueden darse puntas de producción, aleatorias o esporádicas, que justifiquen la contratación eventual⁸³, es decir, ahora mediante el nuevo CCPI. Sin embargo, si estas puntas durante la campaña son cíclicas, porque se repiten todos los años, entonces lo que hay es una subcampaña que impone acudir al contrato fijo discontinuo -excepción hecha, ahora, de los 90 días de CCPP-, aunque la subcampaña y, por consiguiente, el periodo de actividad, sea más corta que la campaña.

Cabe señalar, por último, que el carácter cíclico de la actividad que conduce al contrato de trabajo fijo discontinuo también puede tener naturaleza estructural, porque responde a la necesidad del trabajo en sí más que a la existencia de estaciones o temporadas. Esto lo confirma, por ejemplo, la jurisprudencia que declara que las contrataciones de personal laboral del INE para realizar encuestas anuales tienen que hacerse bajo la modalidad fijo discontinua⁸⁴, lo mismo que las contrataciones de la AEAT para la campaña del IRPF⁸⁵. En el juego del bingo, por poner otro ejemplo, *“Para atender movimientos superiores de clientes producidos como consecuencia de que el bingo acumulado esté en su valor más alto está la figura del trabajador fijo discontinuo ya que, como hemos dicho, éste es un hecho que en la empresa suele repetirse varias veces al año. De este modo, el contrato eventual no puede ser concertado...”*⁸⁶.

En todo caso, en fin, lo que hay que retener es que la esencia del tradicional contrato de trabajo fijo discontinuo es la existencia de periodos cíclicos de actividad, estaciones, temporadas o campañas⁸⁷, lo que hace que la empresa pueda proceder al progresivo llamamiento de aquellas personas que necesite en cada momento, en función de la carga de trabajo que exista y en consonancia con la profesión, categoría y trabajo a desarrollar⁸⁸.

⁸³ STSJ Andalucía (Sevilla) 15.02.2011 (rec. núm. 2824/2010): *“el carácter cíclico o estacional de la actividad empresarial no elimina por sí mismo toda posibilidad de hacer uso de la eventualidad, lógicamente en el seno de estas empresas el contrato eventual puede ser lícito siempre y cuando se trate de atender a incrementos productivos imprevisibles, esto es, no meras manifestaciones del ciclo irregular de producción sino puntas productivas que aun cuando coincidan con los factores estacionales incrementen el ritmo empresarial más allá de lo que es frecuente en otras temporadas desbordando la capacidad de la plantilla ordinaria”*.

⁸⁴ STS 27.02.2007 (rec. núm. 4220/2005) ó STS 22.02.2011 (rec. núm. 2498/2011).

⁸⁵ STS 24.10.2005 (rec. núm. 3635/2004).

⁸⁶ STSJ Comunidad valenciana 19.01.1999 (rec. núm. 4354/1997).

⁸⁷ STSJ Navarra 07.04.2010 (rec. núm. 90/2010), explicando que el carácter fijo discontinuo de un contrato *“puede obedecer a diferentes factores: factores estacionales específicos: campañas de transformación agraria; temporadas cuya fijación corresponda a un tercero: curso escolar, temporadas deportivas; campañas específicas no necesariamente periódicas, como encuestas. También puede proceder de necesidades derivadas de incrementos periódicos y discontinuos de actividad concurrentes con la actividad habitual de la empresa”*.

⁸⁸ STSJ Andalucía (Granada) 13.10.2011 (rec. núm. 2071/2011).

3.3. Trabajo fijo periódico de fechas ciertas, trabajo fijo discontinuo intermitente y trabajo a tiempo parcial, vertical y en cómputo anual: Problemas de deslinde

El nuevo régimen jurídico del contrato de trabajo fijo discontinuo aglutina al tradicional trabajo fijo discontinuo, sujeto a patrones de estacionalidad y con fechas de campaña inciertas, y también lo que, hasta la reforma de 2021, era trabajo fijo periódico de fechas ciertas, es decir, según el derogado art. 12.3 ET, un contrato a tiempo parcial por tiempo indefinido celebrado para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen de actividad normal de la empresa.

Desde la reforma de 2021, cuando el trabajo de temporada es de fechas ciertas, porque se sabe de antemano cuándo se inicia la campaña y cuándo finaliza, también hay contrato de trabajo fijo discontinuo. Trabajo fijo discontinuo de fechas ciertas, por ejemplo, es el de los comedores de los centros escolares públicos, que cubren una necesidad cíclica y permanente de estos colegios, legalmente obligados a proporcionar la comida al alumnado. Según el Tribunal Supremo, si la permanencia de este trabajo durante varios cursos consecutivos *“descarta su posible consideración como trabajadora eventual, la forma cíclica o intermitente de la prestación de los servicios elimina a su vez el de trabajadora fija para encajarla más bien en el de fija discontinua”*⁸⁹. El Tribunal Supremo, por poner otro ejemplo, también ha dicho que la limpieza de las escuelas durante el curso escolar constituye un supuesto típico del -ahora inexistente- art. 12.3 ET, puesto que *“el trabajador satisface necesidades empresariales que no existen a lo largo de todo el año, pero sí se presentan y es preciso atender en determinados meses o épocas del año (trabajadores fijos-discontinuos)”*⁹⁰.

Lo que ahora es difícil saber es si supuestos de trabajo fijo discontinuo como los anteriores trabajos a tiempo parcial fijos periódicos de fechas ciertas encajan actualmente en la acepción tradicional de trabajo fijo discontinuo, el de temporada y/o campaña, o lo hacen en el nuevo concepto legal referido al trabajo fijo discontinuo intermitente con periodos de ejecución ciertos y determinados. No creo que haya que darle mayor importancia al problema, porque en ambos casos se trata de trabajo fijo discontinuo, se aplica el art. 16 ET y, por tanto, los dos observan el mismo régimen jurídico en materia de cotización a la Seguridad Social y acción protectora del Sistema.

Y, en este sentido, también se ha dicho que la anterior distinción entre el contrato de trabajo fijo discontinuo y el contrato de trabajo a tiempo parcial fijo periódico de fechas ciertas era puro academicismo, porque el trabajo estacional y el de reiteración cíclica y/o

⁸⁹ STS 23.06.1998 (rec. núm. 4765/1997).

⁹⁰ STS 01.10.2001 (rec. núm. 3286/2000).

intermitente participan de la misma naturaleza⁹¹. Adviértase, con todo, que, aunque el legislador no lo diga, parece que hay que interpretar que la obligación de llamamiento empresarial no rige cuando el trabajo fijo discontinuo es de fechas ciertas, dado que las personas interesadas conocen exactamente cuándo va a empezar y cuándo va a acabar su periodo de actividad⁹². De hecho, hay sentencias donde puede leerse que, cuando el contrato es fijo discontinuo, no a tiempo parcial por tiempo indefinido, “*el plazo para accionar por despido computa desde que se tiene conocimiento de la falta de llamamiento y no del inicio de la campaña, al ser este incierto*”⁹³.

Otro problema interpretativo, bastante más importante, lo suscita la distinción entre la nueva modalidad de trabajo fijo discontinuo intermitente y algunas modalidades de trabajo a tiempo parcial vertical. En un caso se aplica el art. 16 ET, lo que determina que en los periodos de inactividad se abre la situación legal de desempleo -art. 267.1.b) LGSS-, y en el otro el art. 12 ET. Por tanto, parece que, en la práctica, los problemas más importantes de calificación jurídica podrán plantearse cuando el diseño del contrato -fijo discontinuo o a tiempo parcial vertical- incluya periodos de inactividad de al menos un mes, que es el periodo de tiempo referido en el art. 29.1 ET para el abono de las retribuciones.

Por ejemplo, no es dudoso que, en un restaurante abierto todo el año con el mismo volumen de actividad todo el año, una persona contratada para reforzar la plantilla los fines de semana lo será a tiempo parcial. Lo mismo que si el restaurante hace la contratación, por ejemplo, para trabajar 15 días al mes todos los meses. En ambos casos, esa persona va a cobrar la nómina y cotizar todos los meses, sin que existan periodos de inactividad. Pero los problemas de calificación pueden agudizarse; por ejemplo, si esa misma persona es contratada por el restaurante para trabajar durante 6 meses al año con carácter alterno, a razón de un mes de trabajo y un mes de inactividad. De entender que el contrato es fijo discontinuo, cada mes de inactividad se abriría una situación legal de desempleo. De entender que es un contrato a tiempo parcial, durante los meses de inactividad no habría situación legal de desempleo.

⁹¹ J. GARCÍA ORTEGA: “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021...”, cit.

⁹² En contra, J. GORELLI HERNÁNDEZ: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021”, *Temas Laborales*, núm. 161, (2022), p. 236, señalando que el legislador ha establecido una obligación de llamamiento que afecta a los supuestos de trabajo fijo discontinuo con periodos de ejecución ciertos.

⁹³ STSJ Andalucía (Granada) 17.11.2010 (rec. núm. 2204/2010). También, STSJ Comunidad valenciana 08.06.2006 (rec. núm.4430/2005): “*el carácter imprevisible de la fecha y del volumen de realización de los trabajos, al principio, durante y al final de la campaña constituye el criterio delimitador de la modalidad contractual de fijo discontinuo pues de otro modo el contrato sería el ordinario a tiempo parcial haciendo superfluo el llamamiento del trabajador en cada período de actividad*”.

Para resolver el problema de calificación expuesto hay que partir de la premisa de que, en el trabajo fijo discontinuo intermitente, la discontinuidad o la intermitencia de los periodos de actividad no está vinculada con las temporadas o las estaciones del año. Por eso, cuando el legislador habla de trabajo fijo discontinuo intermitente, puede estar haciéndolo con dos sentidos muy diferentes.

Un sentido del trabajo fijo discontinuo intermitente puede aproximar este nuevo concepto a aquel modelo de trabajo fijo discontinuo, que también es un modelo tradicional, donde, más que temporada, campaña o estación, hay intermitencia estructural, ligada a las características o naturaleza del trabajo en sí mismo considerado. Sería el caso, ya se ha dicho, del contrato fijo discontinuo para realizar las encuestas del INE, para el periodo anual del IRPF de la AEAT, para el bingo acumulado y de otros supuestos de trabajo fijo discontinuo que pueden estar relacionados con las preferencias de los consumidores y usuarios o con el hecho de que la fijación del periodo de actividad corresponde a un tercero. También sería el caso, por ejemplo, de las competiciones deportivas y la posibilidad de que las empresas que gestionan los servicios de restauración de los clubes, especialmente de los importantes que ganan ligas y competiciones internacionales, utilicen el contrato fijo discontinuo para efectuar llamamientos cuando el estadio abre -ahí está la decisión de un tercero- porque se celebran partidos u otros eventos⁹⁴.

Si se adopta esta interpretación del nuevo contrato fijo discontinuo intermitente -una versión del tradicional trabajo fijo discontinuo estructural-, el resultado cambiaría muy poco con respecto a antes de la reforma y habría que admitir que la predeterminación de la intermitencia del contrato no podría depender de una decisión unilateral de la empresa, sino que tiene que venir condicionada por factores externos⁹⁵. Así, en el ejemplo expuesto -prestación mensual de servicios en un restaurante con carácter alterno durante todo el año-, la intermitencia del contrato no está asociada a la idea de temporada, estacionalidad o campaña y tampoco es una intermitencia estructural, ligada a la naturaleza del trabajo, sino que simplemente responde a una decisión empresarial. Por eso, según esta interpretación del trabajo fijo discontinuo intermitente, la prestación de servicios durante todo el año en el restaurante en meses alternos sería trabajo a tiempo parcial, no fijo discontinuo.

Otro sentido del trabajo fijo discontinuo intermitente pasa por ver en la nueva fórmula legal un resorte para posibilitar que la intermitencia de la prestación laboral la decida la

⁹⁴ J. TORRENS MARGALEF: "Trabajadores fijo discontinuos en actividades intermitentes de corta duración: el exceso de horas trabajadas en los estadios de fútbol", *Aranzadi Social*, núm. 5/2012, edición digital.

⁹⁵ M. LÓPEZ BALAGUER y F. RAMOS MORAGUES: *La contratación laboral...*, cit. p. 118.

empresa, en función de motivos organizativos o productivos⁹⁶. De hecho, esta nueva funcionalidad del trabajo fijo discontinuo la reconoce de forma expresa el propio legislador cuando formula la *vis* atractiva de este contrato respecto de las contratas -art. 16.1.2º ET- y las empresas de trabajo temporal -art. 16.1.3º ET-. Y, en este sentido, hay doctrina científica que explica que un límite que habría que aplicar a la iniciativa empresarial a la hora de decidir la intermitencia del contrato fijo discontinuo es la imposibilidad de configurar contratos fijo discontinuos a llamada, pues, con el Código Civil en la mano, la determinación de la intermitencia no puede quedar al arbitrio de la empresa⁹⁷.

Creo que la anterior es la interpretación correcta del trabajo fijo discontinuo intermitente⁹⁸. La intermitencia del nuevo contrato fijo discontinuo, el que no responde a modelos de temporada, puede decidirla la empresa siempre que la decisión no sea arbitraria o discrecional, sino que cuente con fundamento objetivo claro. Interpretación, con todo, que tiene un importante problema de seguridad jurídica que, a mi juicio, el legislador no debería tardar en solucionar. Es previsible, en este sentido, que se produzca una judicialización de los conflictos relativos al trabajo fijo discontinuo intermitente decidido por la empresa por cuanto habrán de ser los Tribunales quienes, en última instancia, deberán resolver si la intermitencia configurada por la empresa es discrecional, en cuyo caso no sería posible hablar de contrato de trabajo fijo discontinuo intermitente, o, por el contrario, cuenta con fundamento objetivo.

Así, y volviendo al ejemplo anterior, si la empresa contrata al camarero o camarera como fijo discontinua intermitente durante meses alternos todo el año, en caso de reclamación judicial, el camarero o camarera, pese a lo que diga la empresa, será trabajador o trabajadora fijo discontinua o trabajador o trabajadora a tiempo parcial en función, exclusivamente, de que el Tribunal aprecie, o no, que la intermitencia configurada por la empresa responde a causas que, objetivamente, justifican dicha configuración. Si hay causa que justifica la intermitencia del contrato, por tanto, habrá contrato de trabajo fijo discontinuo; si no la hay, habrá contrato de trabajo a tiempo parcial. La litigiosidad en este punto, como puede intuirse, está servida.

⁹⁶ I. BELTRÁN DE HEREDIA: “Fijo discontinuo o fijo ordinario”, en el blog de este autor, entrada de 14.02.2022.

⁹⁷ J. Mª. GOERLICH PESET: “Contrato fijo discontinuo...”, cit. p. 63.

⁹⁸ Otra interpretación implicaría aceptar que la nueva redacción legal del trabajo fijo discontinuo intermitente es innecesaria, porque no aporta nada al viejo concepto de trabajo fijo discontinuo, que desde siempre también ha podido ser trabajo fijo discontinuo estructural, ligado a características del trabajo en sí distintas de la estacionalidad; además, otra interpretación del nuevo trabajo fijo discontinuo intermitente no sería una interpretación acorde con la nueva funcionalidad del trabajo fijo discontinuo en las contratas y en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

Es razonable interpretar, por otra parte, que entre las causas justificativas del trabajo fijo discontinuo intermitente están las de naturaleza productiva y organizativa. No es seguro, sin embargo, si también están las de naturaleza económica. Considerar incluida esta causa puede hacer posible desplazar sobre la plantilla parte del riesgo de la empresa, posibilidad que alguna sentencia niega explícitamente -reconociendo a la trabajadora su condición de fija ordinaria, no fijo discontinua⁹⁹. Sin embargo, otros Tribunales sí que entienden viable que la empresa pueda disponer -en los términos del recurso de suplicación del trabajador finalmente desestimado- de 'plantillas acordeón', donde la condición de fijo discontinuo -según el recurso- 'responde al interés de la empresa de tener margen de juego ante las fluctuaciones de la producción'; en este caso, el Tribunal declaró que su solución -el contrato es fijo discontinuo, no fijo ordinario- "*no pretende amparar razones de pura conveniencia empresarial, sino que esta modalidad contractual encaja precisamente con el sentido de no sobredimensionar la plantilla de la empresa*"¹⁰⁰.

Creo, según lo expuesto, que no es posible afirmar que la empresa puede elegir si contrata a tiempo parcial vertical o si contrata con carácter fijo discontinuo. El contrato a tiempo parcial está descausalizado, efectivamente, pero no así el contrato fijo discontinuo. Si hay trabajo fijo discontinuo tradicional, la naturaleza fijo discontinua de la actividad siempre viene impuesta por factores externos a la empresa¹⁰¹; y si hay trabajo fijo discontinuo intermitente, siempre deberá existir un motivo empresarial que, objetivamente, justifique tal carácter. El problema es que, en este terreno, en ausencia de indicaciones legales, la línea entre discrecionalidad y causalidad de la decisión empresarial es muy fina.

Y me parece también que, aunque el trabajo a llamada 'puro' no está, por el momento, contemplado en nuestro ordenamiento, el margen que abre el art. 16.1.2º ET para configurar la intermitencia del contrato fijo discontinuo cuando sus periodos de ejecución ciertos están, sin embargo, indeterminados, permite, *lege data*, poner sobre la mesa esquemas de contratos fijo discontinuos intermitentes flexibles, que perfectamente podría diseñar la negociación colectiva en sus rasgos generales, que se acerquen mucho a fórmulas de trabajo a llamada. También creo, por otra parte, que el trabajo a llamada está llamando a las puertas del Estatuto de los Trabajadores porque el propio

⁹⁹ STSJ Navarra 07.04.2010 (rec. núm. 90/2010), que alude a la imposibilidad de crear una "*bolsa de trabajadores discontinuos contratados según un criterio arbitrario de la empresa sobre su necesidad de trabajo, y que configura en definitiva un empleo flexible, en contradicción con la vocación natural de permanencia de la relación laboral, desplazando ilegítimamente a los trabajadores el riesgo empresarial*".

¹⁰⁰ STSJ Comunidad valenciana 18.10.2006 (rec. núm. 926/2006).

¹⁰¹ I. BELTRÁN DE HEREDIA: "Nueva reforma laboral 2021...", cit.

art. 16.1.2º ET está abriendo margen para ello, entiendo que desde fórmulas de contrato a tiempo parcial en cómputo anual, cuando, implícitamente, deja en el aire la fórmula contractual que hay que utilizar para cubrir trabajos intermitentes cuyos periodos de ejecución no son ciertos sino inciertos¹⁰². Como ya se advirtió al principio de este estudio, el trabajo a tiempo parcial en cómputo anual es preferible al mal uso del CCPI.

No es este ni el lugar ni el momento para reflexionar sobre la oportunidad de plantear, *lege ferenda*, una nueva modalidad de contratación expresamente diseñada para cubrir trabajos intermitentes e inciertos. Pero sí que es posible advertir que, aunque el Tribunal Supremo dijo en 2001 que los convenios colectivos no pueden regular figuras de trabajo a llamada¹⁰³, también es verdad que esa sentencia del Tribunal Supremo tiene un contundente voto particular¹⁰⁴ y que, además, el propio Tribunal Supremo dijo ese mismo año, unos pocos días después y en sentencia cuyo ponente (Martín Valverde), precisamente, firmó el voto particular discordante con la sentencia que inadmitió el trabajo a llamada, que la figura del trabajo a llamada sí que valía para determinado personal eventual de los servicios públicos de salud¹⁰⁵.

Todo lo anterior, como digo, apunta a que, antes o después, habrá que plantearse la nueva fórmula contractual de un trabajo a llamada razonable, que combine adecuadamente flexibilidad para la empresa y seguridad para los y las trabajadoras. Como también apunta en esta dirección, a mi modo de ver, la Directiva 1152/2019, sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles, que no en vano introduce conceptos fundamentales en este terreno que, por el momento -la Directiva tiene que trasponerse antes de agosto de 2022-, no contempla nuestra legislación -patrón de trabajo previsible, patrón de trabajo imprevisible, calendario de trabajo variable, horas y días de referencia...-.

Llegado este punto, en fin, otro problema interpretativo del contrato de trabajo fijo discontinuo que cabría asimismo poner sobre la mesa tiene que ver con si, tras la

¹⁰² I. BELTRÁN DE HEREDIA: "Fijo discontinuo o fijo ordinario", cit.

¹⁰³ STS 17.12.2001 (rec. núm. 68/2001).

¹⁰⁴ Donde puede leerse, entre otros argumentos favorables a la fórmula convencional prevista, que, en el sector del campo, la figura del trabajo a llamada que regulaba el correspondiente convenio colectivo "*tampoco contraviene la naturaleza del contrato de eventualidad, que puede celebrarse desde luego en sectores, como el de la preparación de productos del campo, con acusadas oscilaciones en la oferta de empleo dentro de una misma temporada o campaña de producción*".

¹⁰⁵ STS 26.12.2001 (rec. núm. 1207/2001), que afirma, respecto del trabajo por llamada de médicos y ATS eventuales para prestar servicios en los dispositivos de urgencias extrahospitalarias, que "*dicho nombramiento o vinculación «eventual» en régimen de trabajo «por llamada», con garantía de reiterar el llamamiento durante un período mínimo prorrogable, no constituye abuso de derecho en el caso, teniendo presente el carácter a extinguir de los «dispositivos» atendidos y la relativa imprevisibilidad o incertidumbre, en cuanto al lugar y en cuanto al tiempo, de los requerimientos de la asistencia sanitaria de los servicios de urgencia*".

reforma, el nuevo concepto legal de trabajo fijo discontinuo intermitente está haciendo posible, ex art. 41 ET, la operación de transformar un contrato fijo ordinario en un contrato fijo discontinuo intermitente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Como quiera, por un lado, que el trabajo fijo discontinuo intermitente lo puede decidir la empresa, de forma causalizada, y, por otro, que en el art. 16 ET no hay una previsión similar a la del art. 12 ET cuando dice que la conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial es voluntaria para la persona interesada, creo que hay argumentos para responder de forma afirmativa; como también los hay para interpretar lo contrario, pues el supuesto podría encajar en una novación extintiva de la relación laboral. Sea como fuere, la reforma del contrato fijo discontinuo de 2021 ha abierto en este punto, como en muchos otros, interrogantes, de gran calado, que más pronto que tarde tendrán que resolver nuestros Tribunales.

IV. CONTRATO TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN, CONTRATO FIJO DISCONTINUO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: PEONADAS MÍNIMAS Y PORCENTAJES MÁXIMOS DE TEMPORALIDAD

Antes de la reforma, y entre otras atribuciones legales, los convenios colectivos podían determinar las actividades susceptibles de acoger la contratación eventual y fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre estos contratos y los indefinidos ordinarios -art. 15.1.b).3º ET-; también podían establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos temporales en contratos indefinidos -art. 15.7.2º ET-; y podían asimismo, en fin, exclusivamente los de ámbito sectorial y atendiendo a las peculiaridades del sector, acordar requisitos y especialidades para convertir contratos temporales en fijo discontinuos -art. 16.4 ET-. Con este bagaje normativo, el Tribunal Supremo interpretaba que las prerrogativas legales atribuidas a los convenios colectivos quedaban en todo caso limitadas por la necesidad de respetar el presupuesto objetivo del contrato fijo discontinuo¹⁰⁶.

Es decir, bajo la regulación anterior, la existencia de un trabajo de temporada -en el caso resuelto por el TS, la recolección de cítricos por peones agrícolas contratados como eventuales- conducía -o debía hacerlo- al contrato fijo discontinuo, sin que las posibilidades legales atribuidas a los convenios colectivos alcanzasen a facultarles para establecer requisitos para acceder al contrato fijo discontinuo desde el contrato eventual, como por ejemplo, y muy especialmente, la prestación de servicios en campañas durante un determinado número de días, o peonadas.

¹⁰⁶ STS 13.02.2018 (rec. núm. 3825/2015).

Tras la reforma, y entre otras atribuciones legales a los convenios colectivos cuyo análisis no viene aquí al caso, el nuevo art. 15.8 ET previene que *“Los convenios colectivos podrán establecer planes de reducción de la temporalidad, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa, criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como fijar porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos”*.

En este contexto, una primera duda interpretativa está más fuera que dentro del art. 15.8 ET. En concreto, la duda viene referida a la regulación del CCPP en el art. 15.2.4º ET y a si los convenios colectivos pueden establecer un número mínimo de peonadas al año para pasar desde este contrato temporal corto hasta el contrato fijo discontinuo. Si hablamos del CCPI e incluso del CCPO, creo que la respuesta, como antes de la reforma, es negativa, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue siendo aplicable. Sin embargo, si hablamos del CCPP, creo que la respuesta es diferente.

Como ya he explicado, el CCCP sirve para los mismos supuestos que el contrato fijo discontinuo; el carácter ocasional de las necesidades empresariales que justifican el CCPP no viene referido a su carácter imprevisible, sino a su carácter infrecuente. Insisto en que es muy clarificador que el legislador no haga con el CCPP lo mismo que hace con el CCPI y con el CCPO cuando prevé de forma expresa que sus respectivas causas justificativas no pueden coincidir con las del contrato fijo discontinuo.

El legislador, por tanto, reconoce de forma implícita que las causas justificativas del CCPP pueden coincidir con las del contrato fijo discontinuo, pudiendo ambos contratos solaparse durante un máximo de 90 días al año de forma discontinua. En estas condiciones, y al margen de las posibilidades legales atribuidas de forma expresa a la negociación colectiva en el art. 15.8 ET, resulta sensato aplicar al art. 15.2.4º ET el criterio interpretativo de la norma mínima para concluir que, tras la reforma, los convenios colectivos pueden mejorar ese mínimo legal, entre otras formas, reduciendo los 90 días al año, con carácter discontinuo, que la ley establece como frontera entre el CCPP y el contrato fijo discontinuo. Parece, por consiguiente, que, tras la reforma, los convenios colectivos ahora sí pueden establecer un número mínimo de peonadas al año para pasar desde el CCPP hasta el contrato fijo discontinuo, siempre que este mínimo no exceda de 90 días discontinuos.

Otro problema interpretativo que suscita la regulación de las actuales prerrogativas legales de los convenios colectivos en este campo concierne al CCPI, que es el que ocupa el espacio del anterior contrato eventual y, por tanto, sigue planteando, igual que antes de la reforma, difícilísimos problemas de deslinde con el contrato fijo discontinuo.

Problemas que se reproducen, muy especialmente, en sectores como el hotelero o en el mundo de la aviación, donde la actividad productiva queda sometida a factores externos de distinto signo que provocan insuficiencia de plantilla y respecto de los cuales la distinción entre aleatoriedad y mínima previsibilidad es muy complicada.

En este sentido, hay sentencias permisivas con la negociación colectiva en dichos sectores -p.e. permitiendo la contratación eventual en verano, durante 3 años sucesivos, de una agente administrativa en IBERIA¹⁰⁷-, siempre a cambio de garantías de que se camina hacia la estabilidad de la plantilla con contrato temporal eventual -p.e una comisión creada por el convenio colectivo de IBERIA que está activa, analiza globalmente las relaciones laborales existentes con las personas interesadas y acuerda quiénes deben novar su contrato temporal eventual a contrato fijo continuo o discontinuo¹⁰⁸-.

Un ejemplo que ilustra especialmente bien sobre este problema y su proyección en la nueva regulación del CCPI lo ofrece el sector hotelero, donde al menos cada año hay que hacer una previsión sobre el índice de ocupación de los hoteles cada temporada entrante. Las previsiones, lógicamente, se tienen que hacer con base en la experiencia de los últimos años, especialmente del inmediatamente anterior, y también con base en si las condiciones generales del sector, tanto externas como internas, se mantienen o no. Para hacer la previsión, por tanto, hay que considerar aspectos como las ofertas y campañas promocionales realizadas, las que se van a realizar, la meteorología y, entre otros factores más, lamentablemente, también los geopolíticos.

En estos escenarios, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias¹⁰⁹ admite que el correspondiente convenio sectorial de hostelería posibilite la contratación eventual, ampliando además la duración de los contratos hasta los 12 meses, si se cumplen dos condiciones: 1ª) Que las previsiones del hotel permitan aventurar que su índice de ocupación va a ser superior al 60%, pues es desde entonces, según el convenio, cuando

¹⁰⁷ STSJ Andalucía (Málaga) 31.10.2002 (923/2002): *“Es cierto que ha existido una reiteración en la contratación de la actora al menos durante tres años sucesivos y para periodos de tiempo similares, lo que podría constituir un elemento revelador del carácter intermitente o cíclico de la necesidad que trata de afrontarse; pero no lo es menos que el tráfico aéreo no solamente es estacionario, sino que, como acertadamente señala la sentencia de instancia, depende de muchas circunstancias estructurales y temporales imprevisibles que provocan una necesidad de mano de obra que puede moverse en unos márgenes relativamente amplios, que hace imprevisible la necesidad de mano de obra a medio plazo, a lo que hay que añadir que al tratarse de una empresa con plantilla numerosa las bajas continuas y la necesidad de sustituciones sea también imprevisible”*.

¹⁰⁸ Señala el Tribunal malagueño en la sentencia citada más arriba que, habiéndose pactado en el convenio colectivo esta comisión, *“parece lógico que la pretensión de la actora se plantee en el seno de dicha Comisión, pues en caso contrario podrían verse preteridos los derechos de otros trabajadores con mayor antigüedad o méritos que la demandante”*.

¹⁰⁹ STSJ Islas Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) 26.05.2020 (rec. núm. 205/2020).

la plantilla fija del hotel es insuficiente, siendo asimismo inasumible para los hoteles, dada la incertidumbre futura más allá de los plazos de prospección utilizados, asumir un incremento de plantilla fija. 2ª) Que los hoteles mantengan un porcentaje de plantilla fija superior al 60%.

Afirma el Tribunal canario, y es relevante para entender el sentido de la nueva habilitación legal a la negociación colectiva referida al establecimiento de porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias de su incumplimiento, que *“el requisito del sostenimiento del porcentaje de plantilla fija sobre el de temporal que impone esta cláusula no supone la objetivización plena de la causa de la contratación temporal eventual, sino que constituye un requisito adicional a la misma, que no justifica, sin más, la contratación temporal que no se puede desnaturalizar”*.

La anterior sentencia sirve para hacer ver que, de alguna manera, que, desde la reforma, la ley diga, con carácter general, que los convenios colectivos pueden establecer porcentajes máximos de temporalidad tiene la lectura, aplicada a la variable CCPI/contrato fijo discontinuo, de que, en la práctica, las características de determinados ámbitos de actividad pueden hacer que el trabajador o trabajadora fijo discontinuo no nazca, sino que se haga. Y no como consecuencia de la exigencia convencional de un número mínimo de jornadas como eventual -que en el actual CCPI no es posible incorporar-, sino como consecuencia de que las variables propias de muchos ámbitos de actividad pueden justificar el actual CCPI mientras concurren determinadas circunstancias que inciden sobre la planificación y/o el desarrollo de la actividad productiva, susceptibles de verificación estadística -porcentaje de plantilla fija, plantilla temporal, porcentaje previsible de ocupación del hotel...-, imponiendo el pase al contrato fijo discontinuo cuando dichas variables cambien en un sentido, objetivable, previamente determinado por el convenio colectivo.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El régimen jurídico del nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción incluye tres contratos, dos largos y uno corto, enfocados a la satisfacción de necesidades empresariales distintas.

El incremento ocasional e imprevisible de la actividad es una fórmula legal referida a circunstancias de corte productivo, ajenas al ámbito de la previsión organizativa de la empresa, que provocan insuficiencia de plantilla. Por otro lado, la fórmula legal de las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal de plantilla queda anclada a circunstancias de corte organizativo, internas a la empresa, inidóneas hasta la reforma de 2021 para encauzar una contratación de duración determinada. Y las situaciones ocasionales y previsibles, por

último, constituyen una fórmula legal que conduce a interpretar que el legislador ha querido desgajar esta modalidad de contrato corto del contrato fijo discontinuo.

La reforma de 2021 apunta a un contrato temporal por circunstancias de la producción justificado en atención a causas productivas y también organizativas¹¹⁰. Sería bueno explicitarlo así, estableciendo, por ejemplo, que este contrato puede celebrarse por causas productivas que provocan insuficiencia temporal de plantilla y por causas organizativas que provocan un desajuste temporal de plantilla. El legislador también podría prever que, en ningún caso, dichas causas pueden coincidir con los supuestos de los contratos de trabajo fijo ordinario y fijo discontinuo. Entiendo que, con esta fórmula legal, las vacaciones podrían justificar el contrato temporal si su disfrute se produce de forma súbita y ello coloca a la empresa en una situación de desajuste organizativo imprevisible. De otro modo, habría que utilizar el contrato fijo discontinuo.

Por otra parte, el contrato corto tiene alma de contrato fijo discontinuo, pero cuerpo de contrato temporal. Por eso, si la opción legal es mantener esta cláusula de flexibilidad de entrada en el Estatuto de los Trabajadores, las alternativas, entre otras, podrían ser dos. En ambos casos habría que reformar el art. 16 ET. Una alternativa podría ser prever que los contratos fijo discontinuos de hasta 90 días al año natural podrán ser considerados a todos los efectos como contratos temporales por circunstancias de la producción. Otra alternativa, con similar sentido, podría ser prever que la empresa dispone de una bolsa de 90 días al año natural para celebrar contratos, cuya duración máxima siempre será coincidente con el número de días disponibles de la bolsa, que podrán ser considerados a todos los efectos como contratos temporales por circunstancias de la producción.

En cuanto al contrato fijo discontinuo, su tradicional vertiente de contrato fijo de temporada se ha visto ampliada con la introducción del concepto legal del trabajo fijo discontinuo de prestación intermitente, además del reconocimiento legal de la viabilidad de este contrato en el marco de las contrataciones y concesiones administrativas y en el de las empresas de trabajo temporal.

En el trabajo fijo discontinuo de temporada, sería oportuno especificar legalmente que, cuando es de fechas ciertas, no rige la obligación de llamamiento empresarial. También cabría establecer una frontera entre el contrato fijo discontinuo y el fijo ordinario, previendo, por ejemplo, que, en caso de prestación ininterrumpida de servicios como consecuencia de sucesión entre campañas durante dos años consecutivos, el contrato se convierte en fijo ordinario.

Sería importante, asimismo, especificar legalmente que el contrato fijo discontinuo intermitente solo puede establecerse por motivos productivos y por motivos

¹¹⁰ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA: "Las causas de contratación temporal...", cit. pp. 22-23.

organizativos. También, en su caso, que la conversión de un contrato fijo ordinario en fijo discontinuo por motivos productivos u organizativos es voluntaria para el trabajador, sin que pueda llevarse a cabo por la vía del art. 41 ET. Por último, la *vis* atractiva del trabajo fijo discontinuo respecto de las contrataciones y concesiones administrativas podría reforzarse, ya se ha dicho, previendo legalmente que, en caso de contrataciones para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrataciones o concesiones administrativas previsibles, que formen parte de la actividad habitual de la empresa, la empresa deberá utilizar el contrato por tiempo indefinido, ya sea el fijo ordinario o el fijo discontinuo.