

LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS EN LA REGIÓN DE MURCIA, Y SU INCIDENCIA EN EL SECTOR AGRARIO

*Discurso leído el día 24 de Abril de 1998,
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. ANTONIO CHECA DE ANDRÉS

y contestación del

EXCMO. SR. D. BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN



MURCIA
1998

**LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS
EN LA REGIÓN DE MURCIA, Y SU
INCIDENCIA EN EL SECTOR AGRARIO**

LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS EN LA REGIÓN DE MURCIA, Y SU INCIDENCIA EN EL SECTOR AGRARIO

*Discurso leído el día 24 de Abril de 1998,
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. ANTONIO CHECA DE ANDRÉS

y contestación del

EXCMO. SR. D. BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN



MURCIA
1998

Copyright © 1998, by Antonio Checa de Andrés
Depósito Legal: MU-733-1998
Printed in Spain - Impreso en España
por EL TALLER. Ingramur, S.L.
C/. Escultor Roque López, 3 y 5
Tlf. y fax: 24 45 99 – 30008 MURCIA

SUMARIO

I. Introducción.....	11
II. El trabajador fijo discontinuo.- Antecedentes y evolución. Intentos de estabilidad.....	12
III. La aparición de la categoría de fijo discontinuo en normas de sector.....	13
IV. El fijo discontinuo en el ámbito legislativo.....	15
V. El trabajo fijo discontinuo y el Estatuto de los Trabajadores.....	17
VI. La modificación introducida en el art. 15 de la Ley 8/80, por la Ley 32/84, y por el R.D. de desarrollo num. 2.104/84, de 21 de Noviembre.....	18
VII. Nuevas modificaciones legislativas producidas a raíz de la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores y de la Reforma de 1984.....	21
VIII. Modificaciones introducidas en la figura del fijo discontinuo por la Ley 10/94, de 19 de Mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación.....	23
IX. El fijo discontinuo tras el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo de 1997.....	26
X. Del llamamiento del fijo discontinuo en general. Forma y orden. Su particular consideración en los Convenios Colectivos de aplicación en la Comunidad Murciana.....	31
XI. Del cese de los fijos discontinuos.....	42
XII. Trabajadores agrícolas. Antecedentes.....	43
XIII. El inicio del cambio.....	47

XIV.	Comisión Mixta de Estudio.- Conclusiones de la misma.....	48
XV.	Una llamada de atención a la Comisión de Estudio.....	49
XVI.	En busca de la solución definitiva.....	52
XVII.	El llamado Convenio de PROEXPORT. Vicisitudes.....	53
XVIII.	Análisis del Convenio Colectivo para las Empresas Cosecheras y Productoras de Tomate y otros Productos Agrícolas y sus trabajadores de la Región de Murcia.....	55
XIX.	Reacciones sindicales contra el Convenio.....	61
XX.	Análisis de la sentencia de la Sala de lo social del T.S.J. de Murcia de 13 de Marzo de 1991.....	63
XXI.	Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1992.....	71
XXII.	Consecuencias de la Sentencia del Tribunal Supremo, en relación con la posterior legislación sobre fijos discontinuos. Conclusiones.....	76

Excmo. Sr. Presidente:
Excmos. e Ilmos. Sres.:
Sras. y Sres.:

Cuando hace aproximadamente un año recibí la noticia de que había sido propuesto para formar parte de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, sentí por un lado la lógica alegría y satisfacción de comprobar que también los Abogados Laboralistas pasábamos a formar parte de tan insigne institución, y por otro, la gran responsabilidad que a partir de ahora asumía al integrarme en un grupo de prestigiosos Juristas, cuya dedicación al estudio y a la difusión de la ciencia jurídica, es por todos reconocida.

Acepto gustoso el ofrecimiento y me comprometo a dar lo mejor de mi mismo, para mantener el prestigio de la que a partir de ahora consideraré como mi nueva y mas importante Casa.

Los veintisiete años de mi profesión de Abogado, los he dedicado con exclusividad a la especialidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sé que hace algún tiempo, tal vez coincidiendo con el inicio de mi profesión, ésta rama del Derecho, no era considerada por todos como de especial relevancia jurídica. El paso de los años ha hecho que las cosas se pongan en su lugar y hoy por hoy vemos que el Derecho del Trabajo se sitúa en planos de igualdad con el resto de las especialidades jurídicas.

¿Quién entre nosotros no se ve afectado por las consecuencias de las disposiciones legales en materia de pensiones? ¿Quién en su entorno familiar o de amistad no encuentra situaciones relacionadas con el desempleo? ¿A quién de nosotros no le afectan las consecuencias de algunas huelgas que todos quisiéramos solucionar? ¿Quién puede decir que algún día no tendrá problemas ante un posible accidente de trabajo

o ante una declaración de invalidez o jubilación? ¿Quién pretende ignorar los preceptos contenidos en los Convenios Colectivos que rigen su relación laboral?

El ejercicio profesional como Abogado Laboralista se ha convertido hoy en un trabajo consustancial a la resolución de los problemas de la sociedad en que vivimos, y es nuestra función procurar resolver los mismos bajo los prismas de la ética, la honradez y del estudio serio y profundo de los asuntos encomendados, por la trascendencia o repercusión social y colectiva de la mayoría de los mismos.

Al ser recibido en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, quiero dar las gracias a mis nuevos compañeros, por haberme aceptado como miembro de la misma, desde el Presidente, el Excmo. Sr. D. Francisco Martínez Escribano, al último Académico que me precedió en el ingreso, Excmo. Sr. D. Felipe Ortega Sánchez.

Pero hay dos personas a las que tengo que mostrar públicamente mi agradecimiento en un día, en el que como hoy, se han visto colmadas mis aspiraciones de todo tipo.

En primer lugar, a mi maestro, y maestro de todos los que de una forma u otra nos dedicamos al Derecho Laboral, que no es otro que el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y también miembro de esta dignísima Academia, D. Bartolomé Ríos Salmerón, quien desde el día en que tuve la suerte de conocerlo, en el año 1972, cuando se hizo cargo de la Magistratura de Trabajo núm. 2, hasta hoy, ha ido marcando, con sus opiniones, consejos y con las enseñanzas dimanadas de sus laboriosas y trascendentales sentencias –la mayoría de ellas innovadoras–, mi camino en el buen hacer del ejercicio profesional.

En segundo lugar, a D. Pedro Castro González, mi querido «socio», con el que en el año 1971 inicié la andadura en la profesión de la Abogacía y quien por sus excelentes cualidades profesionales, de no haber sido por un lamentable accidente, estoy seguro que también en la actualidad formaría parte de esta Academia.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se publicó en el mes de mayo de 1997 la que entendemos por ahora como última Reforma del Mercado Laboral, y en su articulado, se volvían a redefinir los contratos para trabajos fijos discontinuos, entendiéndolos siempre celebrados por tiempo indefinido, miramos hacia atrás para contemplar que se había producido un importante avance en las relaciones laborales de este tipo de trabajadores, que con anterioridad, en los orígenes del derecho laboral, y en un pasado no muy lejano, carecían de la más mínima estabilidad en el puesto de trabajo.

Para los trabajadores ocupados en tareas que se realizaban, no de una manera continuada e ininterrumpida, sino con sometimiento a soluciones de continuidad periódicamente reproducidas, derivadas de la propia naturaleza de la actividad en que prestaban servicios, inicialmente su desprotección laboral era prácticamente total. Pero, poco a poco van apareciendo en el tiempo mecanismos de tutela, orientados en una de estas dos direcciones: unas veces se intenta asegurar al trabajador en su destino durante el concreto ciclo, temporada o campaña de que se trate, y otras veces, se siguió el camino de atribuirles la condición de fijo continuo, cuando se hubiera prestado servicios durante ciertos mínimos temporales.

Con el tiempo se fue imponiendo otro criterio más racional, cual era el de conferir al trabajador fijeza, pero una fijeza referida a la actividad discontinua misma en la que prestaba servicios, por tanto con sujeción a sus propias eventualidades o irregularidades. Nace de esta forma la categoría jurídica del trabajador fijo discontinuo.

Sobre el nacimiento y regulación de esta clase de fijeza laboral vamos a desarrollar este estudio en el que analizaremos de forma sistemática los avances legislativos que sobre la materia se han venido

produciendo en nuestra legislación laboral, para finalmente hacer un estudio, dentro de la negociación colectiva de nuestra Comunidad Autónoma de Murcia, de la trascendencia e importancia del trabajador fijo discontinuo y en especial en sectores tales como el agrícola, del que siempre se consideró un desconocido.

II. EL TRABAJADOR FIJO DISCONTINUO. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN. INTENTOS DE ESTABILIDAD

Como hemos indicado anteriormente, la inestabilidad e inseguridad dentro de la prestación de trabajo, ha dominado siempre aquellas situaciones de trabajadores ocupados en actividades que se repetían de forma cíclica en el tiempo por razones de temporalidad o campaña.

Ejemplo muy significativo de inestabilidad laboral la encontramos en el sector de conservas vegetales, cuya Reglamentación de 29 de septiembre de 1947 apenas procura tutela real al personal llamado «eventual», que es el que «se contrata para trabajos de campaña» puede ser despedido con preaviso de un día o con indemnización de una jornada; de ser posible se le procurará avisar con una semana de antelación. Estábamos en presencia de una fórmula de contratación y de llamamiento al trabajo en el que únicamente jugaba la liberalidad empresarial y su puro arbitrio.

La primera orientación para asignar al trabajador un mínimo de seguridad, fue la que tendió a garantizarle la permanencia en la campaña o temporada de que se tratase. A este respecto, la ordenanza de trabajo en el Campo de 1 de julio de 1975, establecía que «el personal de temporada », contratado «para una operación agraria o por temporada determinada», no podría ser despedido antes de su final, salvo concurrencia de justa causa.

Esta primera garantía podía ser asimilable a la actual contratación para obra o servicio determinado, que aunque limita temporalmente la permanencia en el puesto de trabajo, al menos la garantiza por el tiempo en que la obra persista.

Otra posible orientación para tutelar a estos temporeros, como indica el profesor Ríos Salmerón en su trabajo «La contratación de trabajadores fijos discontinuos», consistió en la asignación de fijeza propiamente dicha, continua o de plantilla, cuando se sobrepasaba ciertos mínimos temporales de servicios ininterrumpidos. De todas

formas, esta solución no fue siempre la más acertada, porque podía resultar gravosa para el empleador si sólo cíclicamente tenía ocupación que ofrecer, y perjudicial para el trabajador, a quien en vez de mantenerlo en la plantilla de fijos, se les cesaba e indemnizaba con una pequeña cantidad.

La fijeza continua se ha buscado también por el camino de atribuir preferencia a los obreros de campaña para ocupar vacantes que se produjeran en la plantilla de servicios continuos, aunque en este supuesto estamos más en presencia de un ejemplo de promoción laboral que de reconocimiento de estabilidad en el empleo.

La tercera modalidad de protección es la tutela de quien es ocupado en operaciones de repetición cíclica y a quien se asegura que cuando los ciclos de actividad se repitan y la tarea se reitere, será llamado con preferencia a los extraños.

III. LA APARICIÓN DE LA CATEGORÍA DE FIJO DISCONTINUO

Tomando como referencia la tercera modalidad de protección a que antes nos hemos referido, nos encontramos con la aparición de la figura del fijo discontinuo, y es precisamente en la Reglamentación para el Trabajo de Industria Conservera de Pescado de 17 de julio de 1939, donde ya se habla con precisión de personal fijo discontinuo, a quien se define como «el que habitualmente es llamado para realizar las faenas propias de la industria pero que actúa intermitentemente en razón a la falta de regularidad de tales faenas»; de aquí que se prescindiera de esos trabajadores en épocas de «falta de trabajo» o «por conveniencias técnicas de la empresa», aunque, «previa siempre la debida justificación». Esta norma tenía el mérito de resaltar dos aspectos fundamentales del instituto: por un lado la posibilidad de interrupciones eventuales e inciertas, y por otro la justificación de tales interrupciones.

Se conocen atisbos de fijeza discontinua con derecho a llamamiento en ulteriores ciclos, en la Reglamentación de Establecimientos Balnearios y de Aguas Mineromedicinales, de 3 de junio de 1947, donde al personal de temporada «les será reservada la plaza en años sucesivos».

La regulación del trabajo en las factorías bacaladeras incluyó normas de parecido tenor (Reglamentación de 18 de enero de 1947).

También en la Reglamentación de Trabajo de Empaquetado de Plátanos, Tomates y otras frutas de 18 de noviembre de 1943, y en la de Manipulado y Envasado de Agrios de 28 de octubre de 1957, que habla de fijos discontinuos o de temporada. También se alude al personal fijo discontinuo en la Reglamentación de Trabajo de Locales de Espectáculos y Deportes de 29 de abril de 1959.

Como indica el profesor Hernaiz, en un análisis detallado y pormenorizado de las Reglamentaciones de Trabajo, se va observando «un cierto tránsito» de este tipo de trabajo a tiempo u obra fija —la propia de la campaña—, a conceptuarlo como de una cierta fijeza, transitoriamente supeditada a determinados ciclos repetitivos de trabajo, y por otro lado, según López Monís, se va produciendo un deslizamiento del concepto de trabajadores de temporada hacia el concepto de trabajador fijo de actividad discontinua.

De la reserva configurada en las Reglamentaciones anteriores, en relación a posteriores campañas, se pasa con el tiempo y en términos exagerados a otro tipo de reservas como la que impone la Ordenanza para las Industrias de Aceites y Derivados de 28 de octubre de 1974, al establecer a las empresas en ciertos casos, la obligación de dar ocupación al personal empleado en una campaña en las siguientes o sucesivas; la sujeción de la llamada a «un orden de rigurosa antigüedad», suaviza el aparente rigor de la norma que queda así reconducida a lo que es el juego actual de la fijeza discontinua.

Los elementos distintivos del contrato fijo discontinuo, como indica Tárraga Poveda, se van consolidando en esa época. Así la institución del llamamiento por riguroso orden de antigüedad, los pluses de permanencia, la forma escrita (no del todo generalizada), el preaviso para el cese, la preferencia para la colocación en campañas sucesivas, etc... Poco a poco se irán perfeccionando cada uno de estos aspectos, hasta alcanzar una de las regulaciones más acabadas en la Ordenanza Laboral de Alimentación de 1975, con previsiones sobre expedientes de temporada, plus de campaña, vacaciones, etc..., que todavía no están consolidadas en la negociación colectiva de hoy y mucho menos superadas. En cualquier caso, en esta etapa evolutiva el proceso no es lineal. Incluso habrá una gran distancia entre el texto de las reglamentaciones y la aplicación práctica de las normas.

IV. EL FIJO DISCONTINUO EN EL AMBITO LEGISLATIVO

Desde un punto de vista normativo la Ley de Seguridad Social del año 1966, efectúa referencias sobre tal figura al extender en su art. 7 el ámbito de aplicación a los trabajadores fijos, incluso de trabajos discontinuos. Asimismo la orden de 5 de mayo de 1967, sobre Protección por Desempleo, asigna sus prestaciones a los trabajadores «Fijos de trabajo discontinuo», previa declaración de su situación de paro en expediente de crisis (art. 10). Incluso el Decreto 2.090/72, de 2 de noviembre sobre Política de Empleo, exige la necesidad de tal expediente de crisis para el supuesto de empresa que pretendiera la no apertura de un centro de trabajo en que normalmente y por campañas prestaran sus servicios trabajadores fijos discontinuos. Pero es la Ley de Relaciones Laborales de 1976 la que introduce el concepto de trabajador fijo discontinuo, sujeto a un tratamiento jurídico unitario aplicable al ámbito laboral.

Si bien la jurisprudencia ya venía declarando que la libertad contractual sin limitación alguna es contraria a la estabilidad y continuidad en el trabajo a que aspira la legislación social, la mencionada Ley de Relaciones Laborales de 1976 estableció al máximo rango normativo la ecuación entre trabajo permanente o temporal y contrato de duración indefinida o determinada. Se entra en la actual fase evolutiva y surge de hecho y de derecho la figura que estamos analizando.

El art. 16 de la mencionada Ley de Relaciones Laborales, que como hemos dicho consagra con carácter general la categoría del trabajador fijo discontinuo (TCT 20-3-91, Ar. 1956), dice así:

1. «Cuando se trate de trabajos fijos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo, los trabajadores que realicen tal actividad deberán ser llamados cada vez que vaya a realizarse y tendrán la consideración, a efectos laborales, de fijos de trabajos discontinuos.
2. El llamamiento que se considera en el párrafo anterior, deberá realizarse por rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad, y en caso de incumplimiento, el trabajador podrá instar el procedimiento de despido ante la Magistratura de Trabajo, iniciándose el plazo para ello desde el día que se tuviese conocimiento de la falta de convocatoria».

El mencionado precepto salva las quejas de la doctrina sobre la falta de una norma general que aludiera « a una específica obligación de las empresas de campaña de volver a admitir en la siguiente a quienes trabajaron en la anterior». El precepto legal configura el llamamiento para realizar los trabajos «por riguroso orden de antigüedad dentro de cada especialidad». Instituye la trascendental garantía de poder reclamar «por despido», frente al incumplimiento, con plazo de caducidad que se inicia desde que se conozca la no convocatoria, y se superan los criterios jurisdiccionales nacidos como indica Martínez Emperador, de la indeterminación que existía hasta tal momento del tipo de acción procedente frente a la falta de llamamiento.

La introducción de este precepto justificó el que, como indica Fernández Ruiz, «no se trata de una relación normal de trabajo como la del trabajador que tiene una estabilidad en la empresa y entonces hay que darle a éste las máximas garantías. «

De todas formas, este reconocimiento inicial desde el punto de vista normativo, no es general para todos los sectores, pues la disposición adicional 7.^a de la mencionada Ley de Relaciones Laborales, excluye a los trabajadores agrarios de campaña o temporada, de la obligación de documentar por escrito su relación laboral. Esta excepción, que por cierto «pasó muy inadvertida» en palabras de Martín Valverde», dio a entender que en el ánimo del legislador «la temporada o campaña era una manifestación más de la contratación temporal y no de la fijeza discontinua.

Pese al máximo rango de la nueva norma, en la negociación colectiva tampoco se recoge de inmediato la figura del fijo discontinuo. El Convenio de Conservas Vegetales de Murcia de 1976, el de Manipulado y Envasado de Agrios de Murcia de 1977, el de Manipulado de Frutas Frescas de ese mismo año, todavía siguen hablando de trabajador eventual y de campaña, desconociendo la ya creada figura del fijo discontinuo, por la Ley de Relaciones Laboral.

Habrà que esperar al año 1979 y siguientes para que dentro de nuestra Región los convenios colectivos introduzcan por vez primera una regulación específica, de esta figura del fijo discontinuo.

V. EL TRABAJO FIJO DISCONTINUO Y EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La figura del trabajador fijo discontinuo pasó al Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por la Ley 8/80, de 10 de marzo, el cual en su art. 15, posibilita la celebración de Contratos de Trabajo de Duración Determinada, entre los que se incluyen dentro del apartado e) aquellos que consisten en «trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo». Los trabajadores que realicen tal actividad, deberán ser llamados cada vez que vaya a realizarse y tendrán la consideración a efectos laborales de Fijos de Carácter Discontinuo. Como se ve, el nuevo precepto añade el término de «periodicidad» que completa el concepto. La norma reprodujo asimismo la obligatoriedad de llamamientos ulteriores, aunque silenció cómo se hacían; omisión que persistió en la norma de desarrollo contenida en el R. Decreto 2.303/80, de 17 de octubre.

Tanto el Estatuto de los Trabajadores como esta norma reglamentaria, incidieron en un grave defecto técnico, que con posterioridad salva el legislador en la forma que después desarrollaremos, cual es la de incluir la figura del trabajo fijo discontinuo entre los «Contratos de Duración Determinada», como una de las variedades o posibilidades que el número 1 del art. 15 del E.T. detallaba, cuando en verdad el trabajo fijo discontinuo es una modalidad más de la contratación «por tiempo indefinido», aunque esa indefinición temporal se manifiesta, sin embargo, con interrupciones exigidas por la naturaleza de la actividad desarrollada.

En el fondo, esa actitud del Estatuto de los Trabajadores y del R. Decreto 2.303/80, no manifestaba una simple deficiencia técnica. Iba más allá: mostraba la intención de transformar la contratación del discontinuo en una contratación auténticamente temporal. Síntomas claros de esta tendencia los hallamos:

- En la norma reglamentaria del trabajo temporal (art. 4. R.D. 2.303/80), cuando declaraba que el contrato de trabajo Fijo Discontinuo «finaliza a la conclusión de cada período.»
- En la norma reglamentaria sobre los expedientes de crisis (R. Decreto 696/80, de 14 de abril), que no incluía entre los supuestos precisados de autorización administrativa, el de «no apertura» de un centro de trabajo en que habitualmente se trabaja por campañas o temporadas.

Con ello podía pensarse que si bien persistía la obligación empresarial de llamamiento cada vez que se reiterara la actividad intermitente, nada impedía que esa actividad no se reprodujese en absoluto en posteriores ocasiones; y caso de reproducirse, se tenía la impresión, al utilizar la norma reglamentaria el término «finalización», de que la nueva temporada provocaba una vinculación laboral nueva y diferente de la anterior.

Como indica Ríos Salmerón en su publicación «La Contratación de Trabajadores Fijos Discontinuos» (ACALR), esa solapada intención del E.T. irradiada en sus normas de desarrollo, no hizo fortuna. La doctrina y la praxis judicial desconocieron al unísono la inspiración «temporalizadora», que en los textos legales y reglamentarios latía. De ahí la abundancia de fallos que sujetaban la figura del fijo discontinuo, conservada por la letra del E.T., a la integridad de los principios y de las reglas preestatutarios. Recordemos a título de muestra estas dos decisiones:

- T.S/SOC. de 5 de marzo de 1984 (AZ 1518), donde abiertamente se declara que el término reglamentariamente manejado de finalización del contrato, no significa en modo alguno que el vínculo se extinga al final de cada temporada; sino que se mantiene latente y provoca llamamientos en temporadas ulteriores so pena de incurrir en despido nulo.
- TCT de 30 de noviembre de 1982, en que claramente se sienta el criterio de que la no apertura del centro de trabajo en una ulterior temporada, «por falta de materia prima industrializable», sin previa autorización administrativa conseguida en expediente de regulación de empleo, constituye igualmente una hipótesis de despido nulo.

VI. LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA EN EL ART. 15 DE LA LEY 8/80 POR LA LEY 32/84, Y POR EL R. DECRETO DE DESARROLLO NÚM. 2.104/84, DE 21 DE NOVIEMBRE

La imprecisión que contenía el Estatuto de los Trabajadores en su inicial redacción, en el apartado 6 del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, la corrige el legislador con la publicación de la Ley 32/84, de 2 de agosto.

El nuevo apartado 6 del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores ahora modificado con la anterior Ley, establece: **«El contrato de trabajo se entiende celebrado por tiempo indefinido aunque no se presten servicios todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborales con carácter general, cuando se trate de realizar trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa pero de carácter discontinuo.**

Los trabajadores que realicen tal actividad, deberán ser llamados cada vez que la misma se lleve a cabo y tendrán la consideración de trabajadores fijos de trabajos discontinuos.

El llamamiento a que se refiere el párrafo anterior deberá hacerse por rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad, y en caso de incumplimiento el trabajador podrá reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el día que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

La norma de desarrollo de la anterior Ley no es otra que el R. Decreto 2.104/84, de 21 de noviembre, por el que se regula, entre otras cosas el contrato de trabajadores fijos discontinuos

El art. 14 de este R. Decreto incide, al igual que lo hace la norma que desarrolla, en la obligatoriedad de ser llamados los trabajadores fijos discontinuos por parte de las empresas, cada vez que se lleven a cabo las actividades para las que fueron contratados.

Tras transcribir literalmente la forma en que tiene que efectuarse el llamamiento, que no es otra que la rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad, y las causas que conlleva tal incumplimiento, que también aparecen transcritas en la Ley de referencia, se introduce en el último párrafo de dicho artículo, un nuevo texto que en su día veremos va a influir de forma fundamental en las posteriores regulaciones que de los fijos discontinuos se han producido hasta el día de hoy. Esa redacción no es otra sino la de que: **«La negociación colectiva podrá establecer las condiciones de convocatoria y llamamiento».**

Los nuevos textos ahora analizados, permiten colegir con certeza la intención de conferir al trabajo discontinuo plena autonomía frente a la contratación temporal, de la que deja de ser una variedad. Por eso, el art. 16.6, del E.T. en su nueva redacción, dada por la Ley 32/84, y el R. Decreto 2.104, de desarrollo de aquella, comienza por advertir que el contrato para Trabajos Fijos Discontinuos «se entiende celebrado por tiempo indefinido», con lo que lógicamente pasa a ser una manifestación, no del trabajo temporal, sino del trabajo fijo en

general, amparado por la presunción de contratación temporalmente indefinida.

Surge la incógnita de si las modalidades de Contratación Temporal, que se reseñan en el art. 15 del E.T., como excepción en el trabajo continuo, pueden hacer aparición en el trabajo fijo discontinuo. Es más: se plantea la duda sobre la viabilidad de una convivencia del trabajo fijo discontinuo con otras modalidades de fijeza, cual es la ostentada por el trabajador a tiempo parcial.

El instituto que nos ocupa se manifiesta y consiste, según la norma estatutaria, en trabajos fijos y periódicos de la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo (ET art. 15.6), lo que la norma reglamentaria describe con más tino, como «trabajos de ejecución intermitente o cíclica».

Estando en presencia de actividades de ejecución discontinua, intermitente o cíclica, el elemento definidor de la figura es el que «no se presten los servicios todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborables de carácter general», según advierte el mismo precepto estatutario, o como también con más precisión indica la norma de desarrollo, se trata de actividades que «no exijan la prestación de los servicios todos los días laborables del año». Con esta expresión se intenta adaptar la contratación laboral y sus efectos jurídicos, a lo que la actividad desarrollada por su propia naturaleza demanda. Como quiera que esa «exigencia», se traduce en fluctuaciones o irregularidades que afectan a numerosísimos supuestos de trabajo discontinuo, nos damos cuenta que aquí radica una de las principales dificultades prácticas de la institución.

Pero hay que resaltar otra novedad introducida en el texto del Estatuto en la nueva redacción. La presunción de contratación indefinida de los trabajadores fijos discontinuos necesita una confirmación de índole terminológica que complete el perfil conceptual de aquella figura: Al concluir cada período de actividad, el contrato no finaliza, como decía la norma derogada, sino simplemente su ejecución se interrumpe (art. 13 R. Decreto 2.104/84). Desaparece pues la anteriormente indicada dificultad interpretativa.

La consecuencia de esa ya clara y persistente clarificación del vínculo laboral por la introducción del principio de estabilidad en el empleo propiciado por la reforma de 1984, en la Contratación Discontinua, es el establecimiento de la obligación patronal de mantener dicha estabilidad que el R. Decreto 2.104/84 recalca bajo dos puntos de vista diferentes.

- Existe una obligación patronal de llamar a los trabajadores afectados por la actividad intermitente cada vez que vaya a repetirse por riguroso orden de antigüedad dentro de cada especialidad.
- Existe otra obligación patronal de instar expediente de regulación de empleo si la actividad cíclica no se reanuda al principio de la campaña o se suspende durante la misma.

Hemos destacado en los apartados anteriores, que como consecuencia de la reforma de 1984 y las normas de desarrollo, se impone la necesidad de que el Contrato Fijo Discontinuo se formalice siempre por escrito, y hemos indicado también, que el precepto reglamentario se cierra con una doble referencia a la negociación colectiva: en primer lugar el párrafo último del art. 11 del R. Decreto 2.104/84, establece expresamente que mediante la negociación colectiva podrán establecerse las preferencias para que los trabajadores fijos discontinuos accedan a la condición de trabajadores fijos con prestación de servicios continuos, y lo que es de mucha más trascendencia, como ya dejamos anunciado, también ese párrafo último del art. 14 del mismo R.D.L, establece que la negociación colectiva podrá establecer las condiciones de convocatoria o llamamiento.

El alcance de este último precepto, se pondrá de manifiesto en la posterior reforma del Estatuto de los Trabajadores, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de febrero de 1992, a la que dedicaré una parte de este estudio.

VII. NUEVAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS PRODUCIDAS A RAÍZ DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y DE LA REFORMA DE 1984

La figura del trabajador fijo discontinuo pasa a ser nuevamente objeto de atención por parte del legislador, en el R. Decreto Ley de 3 de diciembre de 1993, sobre medidas urgentes de fomento a la ocupación, de una forma, totalmente distinta de las reguladas hasta entonces, al menos desde el punto de vista semántico, lo que para la doctrina, y más aún para los interlocutores sociales, dentro de la negociación colectiva, supone un tema novedoso, hasta el punto que se puede pensar que el

legislador ha pretendido hacer desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico al trabajador fijo discontinuo. Nada más lejos de la realidad. De todas formas, sí es claro que a raíz de ese Decreto y durante un largo período de tiempo, la figura del trabajador fijo discontinuo se solapa dentro de los llamados «contratos a tiempo parcial».

En la exposición de motivos del R. Decreto Ley 18/93, de 3 de diciembre, el legislador acomete una serie de medidas, a su juicio prioritarias, con el único objetivo de luchar contra el paro y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo. En base a ello, pretende, a través de ese R. Decreto Ley, convertir el trabajo a tiempo parcial, tal como ocurre en los países de nuestro entorno, en factor que favorezca el incremento de las tasas de ocupación, al permitir, mediante el cómputo anual de la jornada, adaptar los sistemas de organización de trabajo de las empresas, a las necesidades productivas, así como a las circunstancias personales o familiares del trabajador, valorando aquellas actividades, que por su escasa duración deban considerarse marginales y no constitutivas de medio fundamental de vida.

En el artículo 4.º, apart. 2.º, párrafo 2.º, dentro del enunciado «contrato a tiempo parcial», éste R. Decreto Ley regula el contrato a tiempo parcial entendiendo como tal el celebrado por tiempo indefinido, cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Cuando dichos trabajos tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, sino que dependan de factores estacionales, el orden y la forma de llamamiento al trabajo serán los determinados en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello, desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

En la disposición derogatoria del citado R. Decreto Ley, expresamente se derogan, entre otros, los artículos 12 y 15, en su apartado 6, del Estatuto de los Trabajadores.

Ya habíamos indicado anteriormente que en la Ley 8/80, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores, el legislador había incardinado el contrato fijo discontinuo dentro del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, que regulaba los contratos de trabajo de duración determinada, aún cuando para aquel tipo de contrato lo entendía celebrado por tiempo indefinido cuando se trataba de realizar trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo.

Por otro lado, el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores, únicamente regulaba los contratos a tiempo parcial y el contrato de relevo.

A partir de la Disposición Derogatoria del R. Decreto Ley 18/93, con buen sentido, el legislador hace desaparecer el apartado 6 del art. 15, es decir el que regulaba los contratos fijos discontinuos y lo incardina dentro del articulado de los Contratos a Tiempo Parcial, en la forma anteriormente expuesta.

Esa derogación es convalidada por acuerdo del Congreso de los Diputados de 28 de diciembre de 1993 (RCL 3.603) y por la Ley 10/94 de 19 de mayo (RCL 1.421) que trae causa de aquél y que pasamos a exponer.

VIII. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA FIGURA DEL FIJO DISCONTINUO POR LA LEY 10/94, DE 19 DE MAYO SOBRE MEDIDAS URGENTES DE FOMENTO DE LA OCUPACIÓN

También en la exposición de motivos de esta Ley, el legislador, dentro de la letra c) del apartado 2.º de aquella, indica que la norma que ahora desarrollamos tiene por finalidad... «convertir el trabajo a tiempo parcial en factor que favorezca el incremento de las tasas de ocupación, al permitir mediante el cómputo anual de la jornada, adaptar los sistemas de organización de trabajo de las empresas a las necesidades productivas, así como a las circunstancias personales o familiares del trabajador, valorando aquellas actividades que por su escasa duración deban considerarse marginales y no constitutivas de medio fundamental de vida».

En el capítulo II de esta nueva Ley 18/94, concretamente en su artículo 4.º, dentro del enunciado «contrato a tiempo parcial», nuevamente transcribe el legislador, de forma prácticamente idéntica la definición indicada en el art. 4.º del R. Decreto Ley 18/93, estableciendo que el trabajador se entenderá contratado a tiempo parcial cuando preste servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate en dichos períodos de tiempo.

Con la salvedad de entender que dicho Contrato a Tiempo Parcial puede concertarse, bien por tiempo indefinido o por duración determinada, se matiza en el párrafo 3.º del mencionado art. 4.º, que «el

contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido, cuando se concierte para trabajos fijos y periódicos, dentro del volumen normal de actividad dentro de la empresa.». Quienes presten servicios en trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, serán llamados en el orden y la forma que se determine en los convenios colectivos. Como se ve, es idéntica la redacción dada al ahora llamado Contrato a Tiempo Parcial Fijo Discontinuo, que la que dio el R. Decreto Ley 18/93.

La referencia a la forma de plantear reclamaciones por despido en caso de incumplimiento del llamamiento, también se repite en esta Ley en la forma establecida en el R.D. 18/93.

Llama la atención el encontrarnos, al analizar el contenido de esta Ley Orgánica 10/94, que nuevamente se deroga el art. 12 y el apartado 6 del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, previamente derogados, en el R.D. Ley 18/93.

De todas formas, a partir de la publicación tanto del R. Decreto como de la Ley que ahora analizamos, el Estatuto de los Trabajadores queda modificado en la forma ya dicha, desapareciendo la figura del contrato fijo discontinuo del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, donde a partir de ahora se regulan de forma más clara los contratos de duración determinada, y pasa a incardinarse, con mejor criterio, dentro del art. 12 en la nueva redacción del Estatuto.

Resalto el hecho que se haya considerado al Contrato Fijo Discontinuo dentro de las exposiciones de motivos de las dos Normas que estamos analizando, como el consecutivo a un trabajo o actividad de escasa duración y que considera como marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida.

Pienso que el legislador escapa a la realidad social del Contrato Fijo Discontinuo, al asimilarlo totalmente con el contrato a tiempo parcial, ignorando que en diversas actividades tales como las de conservas vegetales, manipulado y envasado de agrios, manipulado y envasado de tomates, etc... no tiene porqué tener el Contrato de Fijo Discontinuo la consideración de marginal, por cuanto que en la mayoría de los casos los trabajadores que prestan servicios en este tipo de actividades y que regulan sus relaciones laborales con trabajos fijos discontinuos, sí tienen en éste su único y fundamental medio de vida, aún cuando la actividad no sea permanente y diaria en la empresa, pero se realizan trabajos más que suficientes en el tiempo, en la mayoría de los casos, para no tener el carácter de marginal, salvo lógicas excepciones.

Nos encontramos también con otra crítica a esta nueva redacción dada al hasta entonces contrato fijo discontinuo, que como el Río Guadiana parece haber desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico, al convertirse ahora en un Contrato a Tiempo Parcial, cual es que el legislador considera que los servicios prestados por los trabajadores bajo esta modalidad contractual lo serán por tiempo inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate, cuando todos sabemos que es muy normal, en base a los sistemas de llamamiento por antigüedad que hasta esa fecha establecía la redacción de la Ley 8/80 de 14 de marzo, y R. Decreto Ley 2.104/84, de 21 de noviembre, que los trabajadores Fijos Discontinuos más antiguos en la empresa y que eran llamados por riguroso orden de antigüedad, podían trabajar prácticamente todos los días laborables de una empresa, aún cuando lógicamente otros más modernos, por el mismo sistema de llamamiento al trabajo en función de la antigüedad, sólo podrían ser ocupados menor número de días, pero tanto uno como otro tienen la consideración de fijos discontinuos.

Con respecto a lo anterior, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 26 de septiembre de 1990, Ponente Samper Juan, contempla la posibilidad de que trabajadores fijos discontinuos presten servicios de forma ininterrumpida durante la totalidad de los días laborables de trabajo en la empresa, sin que por tal prestación de servicios se modifique su status contractual y adquieran la fijeza en la empresa, porque como bien razona la sentencia, el único efecto que esa superación de la jornada anual de un trabajador fijo, produciría legalmente, sería el percibir un salario anual superior al del trabajador fijo, pero no el de conversión de fijo discontinuo en fijo ordinario; y ello porque el hecho de que la empresa, por haber tenido fruto y mercado suficiente, haya trabajado en los últimos años un gran número de días incluso ininterrumpidamente, no la obliga a facilitar a sus trabajadores fijos discontinuos igual número de días de trabajo en años sucesivos, en los que por falta de fruto o de mercado, su actividad puede decrecer sensiblemente; y mucho menos, otorgar a dichos trabajadores la condición pretendida.

Se contemplan pues, supuestos de prestación de servicios discontinuos, nada precarios.

Vemos pues, que el legislador, al definir dentro del Contrato a Tiempo Parcial Indefinido el Contrato Fijo Discontinuo, parte del supuesto de hecho más habitual, cual es la no ocupación permanente en la empresa de estos trabajadores, lo que en parte es acertado, aunque

dejamos indicada la posibilidad ya dicha de que esa ocupación pueda ser superior en el tiempo a la prevista por aquél.

Montoya Melgar, en sus comentarios al Estatuto de los Trabajadores, al estudiar el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores, indica que como modalidad de trabajo a tiempo parcial de duración indefinida, se considera ahora el trabajo fijo discontinuo, de larga tradición en nuestra legislación laboral, pero como indica Ríos Salmerón, no habría porqué identificar «Contrato a Tiempo Parcial» con «Contrato Fijo Discontinuo», como pretende intuirse en esta nueva Reforma, ya que la forma de realizarse la prestación de servicios, es la que permite distinguir el trabajo discontinuo del trabajo a tiempo parcial. Precisamente éste último cumple el objetivo de satisfacer los deseos de la población dispuesta a trabajar en jornada incompleta y consiguientemente de disminuir la unidad mínima de trabajo que las empresas pueden contratar, es decir, se tiene como jurídicamente hábil la simple voluntad de las partes de escapar a la jornada normal o completa.

Por el contrario, la contratación para trabajos discontinuos no tiene como soporte el simple deseo de los interesados, sino la naturaleza objetiva de la actividad, en que la prestación de servicios se encuadra. Por ahí apunta el criterio real de diferenciación, sobre todo en supuestos aparentemente cercanos. Si las partes han establecido unos días inamovibles de trabajo, estaremos ante un supuesto de tiempo parcial. Si esos días guardan alguna dependencia de variables circunstancias, cuyas exigencias atienden, estaremos ante un supuesto de trabajo discontinuo. Por eso se ha dicho que el trabajo a tiempo parcial presenta como necesaria la nota «de regularidad» y la situación del trabajador discontinuo es «menos sólida» que la del trabajador a tiempo parcial.

IX. EL FIJO DISCONTINUO TRAS EL ACUERDO INTERCONFEDERAL PARA LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Las organizaciones empresariales y sindicales, en orden a la necesidad de acometer de manera decidida y urgente, las oportunos reformas con el objetivo de luchar contra el paro, la precariedad laboral y la alta rotación de los contratos y potenciar la capacidad generadora de empleo, y en especial el empleo estable, suscriben en mayo de 1997

el llamado «Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo», que se traduce en los RR.DD.LL. 8/97, de 16 de mayo y 9/97 (hoy Leyes) de esa misma fecha; el primero de ellos de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación indefinida, y el segundo de ellos, en el que se regulan incentivos en Materia de Seguridad Social y Carácter Fiscal para el Fomento de la Contratación Indefinida y la Estabilidad en Empleo.

En el primero de los RR.DD citados, es decir, el R.D.L. 8/97, de 16 de mayo, se establecen una serie de modificaciones que se introducen en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y que guardan total relación con el tema objeto de este trabajo.

Al art. 8, apart. 2.º del Estatuto de los Trabajadores se le da nueva redacción, siendo significativo el que a partir de ahora aparezca ya en este articulado referido a la forma de los contratos, lo que es totalmente congruente, que sea preciso que se celebre por escrito, el contrato fijo discontinuo. Resaltándose de forma imperiosa el término «en todo caso», lo que impide la formalización de cualquier tipo de contrato de esta naturaleza que no sea precisamente la escrita. Bien es verdad, que tal formalismo se suaviza, y ello es lógico, con el texto contenido en el párrafo último de ese apartado, donde se indica que de no observarse tal exigencia, la escrita, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa y por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de sus servicios.

El R. Decreto Ley 18/93, efectuó como hemos visto anteriormente, la asimilación del trabajador fijo discontinuo al trabajo a tiempo parcial, aprovechando la introducción del cómputo anual en esta modalidad contractual, con lo que al margen de la polémica planteada a nivel doctrinal en torno a la conservación o no de su régimen específico, a partir de entonces fue considerado una modalidad más del trabajo a tiempo parcial, criterio no compartido por mí, por cuanto que es del todo distinto el régimen jurídico de una y otra figura contractual...

La última Reforma Laboral, en concreto el R.D.L. 8/97, parece que quiere nuevamente hacer resurgir, con autonomía propia, la figura del fijo discontinuo de la que se olvidó el legislador en la reforma de 1993 y 1994, al asimilarlo al contrato a tiempo parcial. El nuevo artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, consecutivo a la redacción introducida por el R. Decreto Ley 8/97, de 16 de mayo, incluye en su enunciado el «Contrato Fijo Discontinuo», junto al Contrato a Tiempo Parcial y el

Contrato de Relevé, aunque nuevamente incurre en el error de definir aquel dentro del contrato a tiempo parcial. Obsérvese que se considera éste celebrado por tiempo indefinido, cuando: b) Se concierte para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas dentro del volumen normal de actividad de la empresa. En este caso, los trabajadores serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios, pudiendo el trabajador, en el caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido, ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento que tuviera conocimiento de la falta de convocatoria.

Sólo es llamativo en la nueva redacción del nuevo artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, el que aparezca con plena autonomía e identificación propia, al menos en el enunciado del artículo, el Contrato Fijo Discontinuo, aunque después vuelva a convertirse en una modalidad más del Contrato a Tiempo Parcial, pero por tiempo indefinido.

Si llamativa es la primera característica señalada, al hilo de la crítica que sobre los contratos a tiempo parcial que pudieran identificarse con los discontinuos hacía el profesor Ríos Salmerón, el nuevo articulado introduce como elemento diferenciador del llamado Contrato Fijo Discontinuo, precisamente el hecho de que dichos trabajos «no se repitan en fechas ciertas», frase ésta no prevista por el legislador en la redacción dada al anterior art. 12 por la Ley 10/94, y que ahora es claramente perfiladora del elemento consustancial a la figura del trabajo fijo discontinuo. El resto del articulado sigue siendo idéntico, destacándose la importancia que en la regulación de los llamamientos y la forma de la realización de éstos se pueda efectuar en la negociación colectiva.

Ha sido clarificador y ha puesto un orden dentro de la regulación del instituto que comentamos, el darle al contrato fijo discontinuo, la identidad propia de que probablemente por error le privó el legislador en la Reforma de 1993/1994.

De todas formas, aún cuando entendamos que al contrato fijo discontinuo se le ha querido atribuir, en la nueva reforma, una autonomía propia distinta del contrato a tiempo parcial, no se ha conseguido, al menos en el texto literal del precepto, ya que el párrafo tercero del art. 12, en la nueva redacción dada al Estatuto de los Trabajadores por el R.D.L. 8/97, establece que el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando: a) «Se

concierte para realizar trabajos fijos y periódicos, dentro del volumen normal de actividad de la empresa», y b) «Se concierte para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa». En este caso, los trabajadores serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos.

Se establecen pues dos modalidades de contratación fijas discontinuas a las que a continuación nos referiremos, con lo que se ve, vuelve a insistir el precepto en considerar al contrato fijo discontinuo como una variedad dentro del contrato a tiempo parcial.

Es significativo también el hecho de que al separar el párrafo tercero del art. 12 en dos apartados diferentes: a) y b), el contrato de fijo discontinuo para «Campaña cierta (a) y «Campaña incierta (b), siendo éste último objeto de desarrollo específico en la cuestión relativa al orden de llamamiento de estos trabajadores, ha provocado que en el tratamiento doctrinal de este tema vuelva la confusión sobre si se ha recuperado o no el régimen jurídico del trabajador fijo discontinuo.

En el caso del trabajador fijo discontinuo de campaña incierta, que sigue manteniendo el criterio establecido por el R. Decreto Ley 18/93, para determinar el orden de llamamiento, se introduce una especificación adicional, cual es la de aclarar que éstos trabajos que no se repitan en fechas ciertas, sí «deben estar comprendidos dentro del volumen normal de actividad de la empresa». La finalidad es recoger a nivel normativo algo que ya estaba reconocido a nivel jurisprudencial; la principal diferencia del contrato de fijo discontinuo con el contrato eventual es que mientras que aquel sólo obedece a una necesidad «permanente» en la empresa, éste responde a una necesidad coyuntural, extraordinaria e imprevisible, siendo éste el criterio utilizado por los jueces, a veces, para declarar la nulidad por fraudulentos, de algunos contratos eventuales celebrados con trabajadores a los que la ley atribuye la condición de «fijos discontinuos», no porque lo diga el contrato, sino por ser una cualidad atribuida «ex lege», aplicando automáticamente el régimen correspondiente que se pretendía eludir.

Esta distinción que ahora el precepto consagra entre trabajadores fijos discontinuos para campaña cierta, que es el que se concierta para trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa, y del de campaña incierta, que son los que no se repiten en fechas ciertas dentro del volumen normal de actividad de la empresa, ya fue tratada por el profesor Ríos, en el estudio que sobre el Estatuto de los Trabajadores en su redacción de 1980 y posteriores

modificaciones de 1983 y Decreto de desarrollo 2.104/84 efectuó, si bien el mismo distinguió dos especies de fijeza discontinua, una la que denominó estable y otra denominada no estable, distinción muy atinada, que ya entonces nos puso sobreaviso en lo que al comportamiento de ciertas contrataciones discontinuas hacían los preceptos citados. A modo de ejemplo, las contrataciones de la hostelería, con temporadas preestablecidas con señalada rigidez, funcionarán por lo común sin intermitencias, como si de contratos temporales se tratara, bien que en los momentos de inicio o terminación quepa detectar alguna incertidumbre. Por el contrario, la presencia de los trabajadores discontinuos «no estables» se nos presenta en actividades donde el trabajo no está previamente establecido y con coincidencia en el tiempo, o no se repite en fechas ciertas, como puede pasar en aquellas empresas dedicadas a la conserva de pescado, aderezo y envasado de aceituna, el de industria azucarera, en industrias resineras, y dentro de nuestra Región, en el manipulado y envasado de cítricos, tomate y fruta fresca y hortaliza, e inclusive en labores y tareas agrícolas, sobre todo en las de recolección.

No obstante lo anterior, esta distinción puede verse trastornada por la aparición de la moderna tecnología, y desplazar paulatinamente algunas empresas de fijeza característicamente inestable, hacia la zona de la discontinuidad estable, como ya viene ocurriendo en explotaciones conserveras y de fabricación de zumos vegetales dotadas de moderna maquinaria y potentes ingenios frigoríficos.

Si debemos considerar correcta la nueva definición contenida en el precepto que analizamos en el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores, tanto en su enunciado como en su desarrollo, no podemos pasar por alto lo que considero un desacierto de los interlocutores sociales primero y del legislador después cuando consensuaron el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, cual es el no haber previsto en aquel, y el legislador tampoco, dentro del R. Decreto 9/97, de 16 de mayo, medidas de incentivación, tanto en materia de Seguridad Social, como de carácter Fiscal, por la contratación de trabajadores fijos discontinuos.

Si éste Decreto, al que ahora nos referimos, prevé ese tipo de incentivos como fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo, y si el Contrato Fijo Discontinuo, por su propia naturaleza se considera indefinido, es absurdo que no se haya previsto ningún tipo de beneficios para las empresas que contraten dentro de sus plantillas a trabajadores fijos discontinuos o que transformen en este

tipo de contrato otros de carácter temporal como eventuales por circunstancias de producción, exceso de pedidos o acumulación de tareas, dejando simplemente en estudio, como indica la exposición de motivos de este R. Decreto, el promover las medidas específicas que en su día se arbitren sobre el trabajo fijo discontinuo.

Si precisamente en la mayoría de los Convenios Colectivos que se negocian, al menos en nuestra Región, se establecen formas y modos de acceso a la condición de fijos discontinuos por parte de trabajadores eventuales, los interlocutores sociales, ante la cierta posibilidad de obtención de incentivos o bonificaciones, podrían perfectamente dulcificar tal acceso de unos trabajadores temporales a fijos, aunque fueran discontinuos, lo que implicaría, desde mi punto de vista, una estabilidad en el empleo en sectores alimentarios que cubrirían las expectativas queridas, tanto por el legislador como por las organizaciones empresariales y sindicales, en este último acuerdo que por ahora supone la última Reforma Laboral.

X. DEL LLAMAMIENTO DEL FIJO DISCONTINUO EN GENERAL. FORMA Y ORDEN. SU PARTICULAR CONSIDERACIÓN EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD MURCIANA

El instituto del trabajo fijo discontinuo y la estabilidad que en el empleo del trabajador así ocupado se persigue, descansa básicamente sobre la obligación patronal de llamar a unos mismos trabajadores, cada vez que la actividad ejercida, intermitente por definición vaya a reanudarse; a lo que se agrega en principio otra obligación, que es la de repetir sucesivamente los ciclos de actividad, salvo que otra cosa se autorice en expedientes de regulación de empleo o suspensión de contratos de trabajo.

El llamamiento se configura en la ley como una obligación empresarial de hacer, según Martínez Abascal (los trabajadores «serán llamados»), lo que atribuye al trabajador receptor un derecho subjetivo, aunque no absoluto en todo caso, cuya virtualidad exige que la relación laboral permanezca viva. Y no es absoluto, en tanto que son las normas convencionales, las que han de establecer los términos en que debe ser satisfecho, y así lo hacen, condicionándolo a la existencia en la empresa de actividades o trabajos que justifiquen el llamamiento. Pero no se trata de una simple preferencia para el trabajo, sino un derecho a

su reanudación. Como indica Yanini Baeza, conviene retener este aspecto del llamamiento, especialmente en los retrasos y demoras en efectuarlo. Es claro que si el empresario se retrasa al realizar el llamamiento, pero finalmente lo efectúa, de considerarlo como una mera preferencia, habría que admitir que en cuanto el orden de ésta se respeta, se da cumplimiento a la exigencia legal, pues la preferencia vendría referida a un derecho a no ser postergado respecto de otros trabajadores. La preferencia es alegable frente a actuaciones empresariales que impliquen a terceros que tengan peor preferencia que quien la alega. De considerarla en esta forma, el trabajador carecería de acción alguna frente a la demora empresarial, si cabe salvo para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados y probados, que en cualquier caso no alcanzarían más allá del importe de los salarios que pudieran corresponder al tiempo de la demora.

Por contra, considerando el llamamiento como un derecho subjetivo del trabajador, el incumplimiento de la correlativa obligación, puede considerarse, sin perjuicio que el ordenamiento específico lo considere como despido, como una falta empresarial del deber de ocupación efectiva, que de revestir gravedad, podría justificar la extinción indemnizada del contrato de trabajo a instancias del trabajador (art. 50.1.c. E.T.), y ello sin perjuicio de su derecho a percibir en cualquier caso los salarios correspondientes a los días de demora.

Desde este punto de vista, la configuración del llamamiento como un derecho atribuido subjetivamente al trabajador discontinuo tiene especial interés en cuanto veda al empleador la posibilidad de recurrir a otros medios de organización del trabajo, que garantizándole igual volumen de actividad le permitan retrasar el llamamiento. Sería por ejemplo el caso de la ampliación de jornadas o del ofrecimiento de horas extraordinarias a los trabajadores ya ocupados, para así demorar la incorporación al trabajo de los fijos discontinuos.

Considerar pues que de la obligación empresarial de llamamiento sólo se deriva una preferencia para el trabajador fijo discontinuo, daría lugar a que éste pudiera ejercer los derechos que de la misma dimanar, en relación con la postergación, alegable por tanto en la medida en que respecto de un determinado trabajador hubieran sido llamados otros con peor preferencia. Por contra, considerar, que dicha obligación empresarial atribuye al trabajador un derecho subjetivo, sugiere que éste puede ser reclamado, ya no sólo en caso de postergación, sino ante la simple omisión de llamamiento, de forma que dicha obligación no impone al empresario, solamente la necesidad de seguir un orden

preestablecido de incorporación al trabajo de los fijos discontinuos, sino que cuando se dan las condiciones que los convenios colectivos establecen nace la misma obligación de la incorporación, y además por el orden que se haya establecido, lo que imposibilita omitir el llamamiento de los fijos discontinuos por la vía de emplear en su lugar a otros trabajadores vinculados por una relación laboral de otra naturaleza.

No existe regulación específica, salvo las establecidas en los convenios colectivos, referidas a la forma en que debe cumplirse la obligación del llamamiento, por lo que es admitido que puede efectuarse por cualquier medio que resulte apropiado para que llegue a conocimiento del trabajador. En cualquier caso interesa a la empresa procurar elementos de prueba suficientes para acreditar haber procedido a efectuar dicho llamamiento con conocimiento cabal del llamado. Es por ello, por lo que normalmente el llamamiento se efectuará por escrito y de manera que quede constancia documental de haberlo efectuado. Son muchos los convenios colectivos que se ocupan de este aspecto formal del llamamiento al trabajo de los fijos discontinuos, estableciéndose así en unos la obligación de que se efectúe la notificación por correo certificado con acuse de recibo, para que la empresa pueda tener constancia del momento en que el trabajador tuvo conocimiento del llamamiento, mientras que en otros casos se establece la realización de una convocatoria a una asamblea previa, a efectos de organizar en ella el orden de incorporación de cada trabajador, o en otros se remiten al acuerdo que respecto de la forma de llamamiento pueda adoptarse en cada empresa, o la que rija según la costumbre del lugar. El llamamiento al trabajo ha de hacerse también de manera que permita al trabajador su incorporación, por tanto, con una antelación razonable, teniendo en cuenta que dada la cualidad del trabajador éste podrá prever el momento aproximado en que se requerirá su incorporación al trabajo. Pero también para evitar conflictos en esta cuestión, algunos convenios determinan la observancia empresarial de un cierto preaviso, cuya extensión temporal difiere entre tres y quince días según los casos.

En cuanto al orden, ya habíamos visto que la Ley de Relaciones Laborales en su art. 16 establecía que el llamamiento de los fijos discontinuos debería realizarse por rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad. Posteriormente, el Estatuto de los Trabajadores en su primitiva redacción en el año 1980, como el art. 14 del R. Decreto 2.104/84, de 21 de noviembre que regulaba el Contrato de Fijos Discontinuos, establecían que aquellos deberían ser llamados al trabajo

cada vez que se llevaran a cabo las actividades para las que fueran contratados, y que ese llamamiento se debería realizar en la misma forma indicada en la L.R.L., es decir se repiten los términos «antigüedad» y «especialidad».

No es materia de este estudio el pormenorizar sobre el alcance que tanto la doctrina como la jurisprudencia han dado durante estos últimos años a los problemas surgidos con este tipo de llamamiento. Si bien es cierto que el orden de llamamiento viene referido en ocasiones al lugar de trabajo, aludiendo indistintamente a secciones y especialidades, al departamento al que estén adscritos los trabajadores discontinuos, o bien a las actividades para las que fueron contratados, por orden de especialidad y dentro de ella por categoría y antigüedad, o incluso simplemente antigüedad en la empresa sin distinguir entre aquellas, o bien por preferencia exclusiva a la categoría profesional, sin atender a la antigüedad, incluso, y ello es anecdótico, en determinados convenios se alude a otras circunstancias del trabajador como las personales, pero lo cierto y verdad es que la nota fundamental del llamamiento de los fijos discontinuos, por antigüedad, dentro de cada categoría y especialidad, ha sido la característica común que en la práctica hemos encontrado en los Convenios Colectivos sectoriales, que regulan aquella figura en nuestra Región, que son los que vamos a estudiar.

Es a partir del R.D. 2.104/94, cuando aparece por primera vez la referencia a la negociación colectiva, como único cauce posible para poder establecer las condiciones de convocatoria o llamamiento, precepto éste que posteriormente es redactado de forma más clara en lo referente a las atribuciones que la ley concede a la negociación colectiva a este respecto, cuando el R.D.L. 18/93, en su art. 4, al referirse a los trabajos de carácter fijo discontinuo indica que el orden y la forma de llamamiento al trabajo, serán los determinados en los respectivos convenios colectivos, norma que se reproduce con identidad total en la ley 10/94, de 19 de mayo y en el R.D.L. 8/97 (hoy Ley), en la nueva redacción dada al art. 12 del Estatuto de los Trabajadores.

Pero lo que si ha sido una norma inalterable, a pesar de esas matizaciones contenidas en los preceptos antes indicados, es que en los Convenios Colectivos que ahora analizaremos, el llamamiento al trabajo de los fijos discontinuos se ha efectuado siempre por rigurosos criterios de antigüedad, dentro de la categoría, y dentro de ésta en algunos de ellos en su especialidad.

Antecedente del orden de antigüedad en lo que respecta al llamamiento al trabajo que se consagra en los Convenios Colectivos, debe recordarse la vieja reivindicación campesina, de principios de los años treinta, sobre la preferencia de los lugareños frente a los foráneos en las tareas agrarias.

En el articulado del primer convenio colectivo de Conservas Vegetales de 1979, leemos bajo la rúbrica «contratación»: «Estas contrataciones serán efectuadas preferentemente de la mano de obra local. La contratación se efectuará con arreglo a lo siguientes criterios de preferencia: a) Los fijos discontinuos por orden de antigüedad. b) Los eventuales que más tiempo hayan trabajado en anteriores campañas en la misma Empresa. c) Para admitir nuevos trabajadores eventuales han de estar cubiertas todas las solicitudes de los anteriormente citados...»

El censo del orden de antigüedad debe nacer en la empresa y tener allí su sede, pues ahí incumbe realizar el llamamiento. Es precisamente, para resolver el citado orden de llamamiento, para lo que se confecciona el censo de trabajadores, distinguiendo cuando sea necesario, según especialidades, categorías o secciones, para dentro de cada uno de ellos, ordenar a aquellos correlativamente según su antigüedad, previéndose incluso la exposición de los mismos, para que el trabajador pueda comprobar la procedencia de su llamamiento y que se ajusta al orden establecido en el convenio. De todas formas, es llamativo que la situación del censo no siempre se identificaba con la empresa en épocas anteriores. En este sentido, basta recordar la vieja Ordenanza Laboral de Azúcar de 1946, que situaba la lista de antigüedad en la oficina de colocación, criterio éste que ha perdurado de forma excepcional en el tiempo en el Convenio Colectivo de Pesca de Arrastre en Fresco de Cádiz, de 1988, en el que se establece que «la lista de los parados en la oficina de empleo guardará el orden de antigüedad de los demandantes de empleo».

Si genéricamente los primeros Convenios Colectivos se refieren exclusivamente a la antigüedad en la empresa para que se efectúe el llamamiento de los fijos discontinuos, es posteriormente, cuando al término «antigüedad» se añade la expresión «dentro de cada especialidad», así en concreto en el Convenio Colectivo de ámbito estatal de Conservas Vegetales de 1981, cuya redacción perdura hasta el año 1995, se establece dentro de su art. 22, referido a los llamamientos «fijos de campaña», que «el orden de contratación será el siguiente»: a) Los trabajadores fijos discontinuos serán llamados por

rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad, y previo aviso de tres días antes del inicio de la campaña. b) Los trabajadores eventuales que hayan trabajado más tiempo en la misma empresa tendrán preferencia para ser contratados.

Surge el término «especialidad», a la que también alude el art. 16 de la LRL, , el RD 2.104/84, art. 14, y en el Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/80, en su art. 15. Tal término es asimilado por la doctrina a «categoría profesional», según indica Hernáiz. Hay quienes lo encuentran vacío de contenido, como Blasco Segura y Martínez Abascal, al indicar que la práctica mayoría de fijos discontinuos son peones ordinarios sin especialidad ninguna, y otros como García Ortega, han señalado que por especialidad debe entenderse «un concepto más restringido», que el de la categoría y grupo. Pero quizás, como señala Yanini Baeza, habría que indicar que la noción de especialidad en este caso, suele emplearse en un sentido menos técnico, de forma que tanto podría referirse, según los casos, a una noción más restringida, como a otra más amplia que la de categoría o grupo, pues su empleo en estos supuestos, no se vincula a la clasificación profesional, sino al orden de llamamiento, siendo así un concepto relativo en función de la organización empresarial o de la actividad de que se trate.

De todas formas, la propia actividad empresarial va configurando el término especialidad en auténticas funciones o trabajos específicos de distintos grupos de trabajadores fijos discontinuos, que aún teniendo la misma categoría profesional en el convenio colectivo, realizan funciones no siempre idénticas, y que llevan a adscribir a los trabajadores que efectúan tales trabajos a listas independientes entre sí, en las que funciona el llamamiento al trabajo en función de la antigüedad dentro de cada lista de especialidades, que no de categorías.

Mas, no en todos los Convenios Colectivos se produce esta diferenciación, ya que en unas ocasiones el orden de llamamiento viene referido al lugar de trabajo, aludiendo indistintamente a secciones y especialidades, al departamento al que estén adscritos los trabajadores fijos discontinuos, o bien a las actividades para las que fueron contratados, al orden por especialidad, y dentro de ella, y es lo más común, por categoría y antigüedad, etc...

Como puede observarse, el uso del término especialidad no tiene una significación unívoca, sino que está vinculada al régimen de llamamientos aplicables en cada caso, en relación con el sistema de organización empresarial, lo que puede dar lugar a que en unas

ocasiones haya de entenderlo con un alcance más restringido que el propio de categoría profesional, como una subespecie suya, mientras que en otras tiene un sentido más amplio, que incluso puede abarcar a distintas categorías profesionales, por lo que habrá que estar a los términos en los que se establezca en cada convenio colectivo, para determinar su alcance.

El criterio empresarial de separar, a veces –no siempre de forma acertada–, los términos «categoría» y «especialidad», lleva a subsanar los posibles errores a los interlocutores sociales, dentro de la negociación colectiva, en términos que impidan una creación arbitraria de un sinfín de especialidades dentro de la misma categoría, con el fin de vulnerar el principio ya consagrado de llamamiento al trabajo por orden de antigüedad. Basta poner como ejemplo una práctica rechazada judicialmente de situar la especialidad no en la función cualificada en sí y con autonomía propia, aunque con alcance más restringido que el de la categoría profesional, sino la genérica de confundir aquella como la propia de funciones que se identifican con la elaboración y envasado de determinados productos tales como albaricoque, melocotón, pera, etc..., o en la sexista de establecer especialidades de auxiliares masculinos y femeninos, etc...

Ejemplo claro de este rechazo, lo tenemos en el Convenio de la Conserva Vegetal de 1995, donde se efectúa un nuevo sistema de llamamiento al trabajo, a mi juicio bastante confuso, y que aparece consagrado en el mismo art. 22, donde se indica que los trabajadores fijos discontinuos serán llamados por riguroso orden de antigüedad, según exija el volumen de actividad de cada centro de trabajo. Si la estructura y tamaño de la empresa así lo aconsejan, ésta podrá crear las secciones que considere necesarias, así como confeccionar una lista por cada sección para el llamamiento. Un trabajador podrá ser incorporado a una o más listas o secciones. Cuando la creación de nuevas secciones comporte la modificación del orden de llamamiento, la empresa efectuará el encuadramiento del personal de acuerdo con el Comité de Empresa o con los delegados de personal. El llamamiento se efectuará previo aviso de tres días al inicio de la campaña. **En ningún caso, la creación de estas secciones interferirá en la permanencia y prioridad de los trabajadores más antiguos de la empresa.**

Con esa nueva redacción, se pretenden subsanar los errores anteriormente indicados, que afectaban a, y vulneraban el orden de, los llamamientos al trabajo de los fijos discontinuos del sector de la Conserva Vegetal.

Pero, en la práctica se ha podido comprobar que ni las empresas ni los sindicatos acertaron de hecho con la redacción antes indicada, como se ha comprobado por el hecho de que a pesar de mantener en el vigente Convenio Colectivo para la Fabricación de Conservas Vegetales de 12 de noviembre de 1.997, BOE 26.11.97, el texto literal del art. 22 del Convenio Colectivo de 1995, al que antes nos hemos referido, las partes suscriptoras del vigente convenio, han introducido una disposición transitoria referida exclusivamente al llamamiento de los fijos discontinuos, en la que acuerdan la creación de una comisión técnica para analizar con profundidad y en su momento dar nueva redacción, al sistema de llamamiento establecido en el art. 22 ya citado, y mientras tanto, se ha pactado un sistema de llamamiento que de forma transitoria se ha consensuado en los siguientes términos: a) El llamamiento se hará por riguroso orden de antigüedad, dentro de cada grupo profesional, quedando facultado el empresario dentro de ellos, para el desarrollo de la movilidad funcional reconocida por las leyes. b) Los grupos profesionales para los trabajadores fijos discontinuos serán los siguientes: 1.º Encargados y mandos intermedios. 2.º Personal de oficio. 3.º Personal auxiliar y especialista de conservas vegetales.

El llamamiento para el personal de oficio se hará según la antigüedad en su categoría y oficio (electricistas, mecánicos, etc...) sin que para éste llamamiento se tenga en cuenta el carácter general del grupo a).

Se pacta a continuación la adecuación de las categorías profesionales recogidas en el Convenio, con la nueva estructura de grupos y categorías profesionales establecido en el Acuerdo Interconfederal sobre Cobertura de Vacíos (última reforma laboral), así como los sistemas de adscripción a los nuevos grupos profesionales, para terminar dicha Disposición Transitoria estableciendo que las modificaciones producidas como consecuencia de lo anterior, tendrán vigencia a partir del 1 de enero de 1998.

Como se ve, al menos en ese Convenio Colectivo de la Conserva Vegetal, han sido innumerables las modificaciones surgidas con el transcurso de los años, en lo referente al llamamiento de los fijos discontinuos al trabajo, hasta el punto que inicialmente tan sólo se tenía en cuenta la antigüedad en la preferencia a ser llamados al trabajo, para posteriormente ser aquella dentro de cada especialidad la que servía de punto de referencia para el llamamiento, aparecer posteriormente el concepto de «antigüedad» pero dentro de cada sección productiva y

terminar con la creación de los grupos profesionales en los que se hará también el llamamiento por riguroso orden de antigüedad.

Se constata pues, y ello nos va a servir de referencia para el resto de este trabajo, que es la antigüedad la nota fundamental que prima en el llamamiento de los fijos discontinuos.

Si el Convenio Colectivo de Conserva Vegetal, de total aplicación en nuestra Región, ha sufrido todas esas vicisitudes, vemos que en otros convenios colectivos dentro de nuestra Comunidad Autónoma, donde también aparece regulada la figura del fijo discontinuo, no se han producido tales modificaciones.

En el Convenio Colectivo de la Empresa HERO ESPAÑA S.A., que renunció en su día a la aplicación del Convenio Nacional de la Conserva Vegetal, por ser aquel superior en todas su condiciones en cómputo global a este, prevé un sistema de llamamiento de los fijos discontinuos totalmente novedoso y consensuado con su Comité de Empresa, en función a las peculiaridades de la elaboración y fabricación de sus diversos productos. Así concretamente, y en relación a la contratación discontinua, se parte de una lista general donde están incluidos todos los trabajadores fijos discontinuos, estableciendo a continuación la Empresa unas secciones productivas donde los mismos se integran. Se efectúa una lista anual de las distintas secciones con indicación de todos los trabajadores fijos discontinuos adscritos a las mismas, con su antigüedad a efectos de llamamiento. Precisamente el llamamiento y cese de los trabajadores fijos discontinuos en las respectivas secciones productivas, no guardará relación con el que se produzca en otras distintas, entendiendo con ello que la antigüedad en la sección será la que prime sobre la general.

A diferencia del Convenio Colectivo Básico Estatal de Conservas Vegetales, donde sí se impone una forma de llamamiento al trabajo de los fijos discontinuos, con un previo aviso de tres días al inicio de la campaña, para que aquellos se incorporen, en el Convenio de Empresa antes aludido, no se hace referencia en su articulado, a esta forma de llamamiento, al igual que sucede con la publicación de los censos de los trabajadores fijos discontinuos, que también viene regulado en el Convenio Nacional de Conservas Vegetales.

El Convenio Colectivo para Manipulado y Envasado de Tomate Fresco de la Región de Murcia, repite desde el año 1979 y en los sucesivos convenios que se negocian, año tras año, la forma de llamamiento al trabajo con el tenor literal: «Los trabajadores fijos discontinuos o de campaña, deberán ser llamados cuando la empresa en

uso de su facultad discrecional de gestión de negocio, decida iniciar su actividad por orden de antigüedad, en cada especialidad, y cesarán en el trabajo en orden inverso al de su llamamiento, por finalización de campaña...» Esta redacción incluso se transcribe en el Convenio Colectivo suscrito por los interlocutores sociales el día 4 de noviembre de 1997 y publicado en el BORM de 13-12-97.

No se hace mención alguna sobre el modo en que deba realizarse el llamamiento, con lo que queda sobreentendido que aquel no es otro sino el que vengan efectuando individualmente cada una de las empresas afectadas por el Convenio. Por el contrario sí se establece la obligación de exponer los censos de los trabajadores fijos discontinuos en las correspondientes listas por antigüedad y especialidades, dando un plazo de quince días a los trabajadores a partir de la publicación de las listas, para formular las correspondientes reclamaciones con respecto a éstas.

En este último Convenio, a diferencia del de la Conserva Vegetal, sí se han creado a nivel de empresas, especialidades concretas con autonomía propia y trabajo específico, dentro de cada categoría profesional, sin que la adscripción de los trabajadores fijos discontinuos a aquellas, con sus respectivas listas independientes, haya planteado problemas desde el punto de vista judicial, salvo alguna reclamación aislada.

El Convenio Colectivo para Manipulado y Envasado de Agrios de Murcia, también desde el año 1979 mantiene inalterable la forma de llamamiento de los fijos discontinuos –a pesar de las posibilidades que la normativa laboral ha introducido para que los interlocutores sociales puedan modificar el sistema de aquellos–, repitiendo sistemáticamente que el llamamiento de dichos trabajadores se efectuará por riguroso orden de antigüedad y dentro de cada categoría. También este sistema de llamamiento es el que recoge el vigente convenio colectivo en vigor hasta el 15 de noviembre de 1998. Tampoco en la forma de llamamiento establecida en este Convenio Colectivo, se han producido reclamaciones o problemas que se hayan judicializado.

En lo referente al modo de llamamiento, se establece la obligación de que la empresa efectúe aquel según las costumbres del lugar, y si realizado el llamamiento de este modo, alguno de los trabajadores no se presentara al trabajo, la empresa vendrá obligada a realizar un nuevo llamamiento mediante notificación escrita en la que constará el lugar de trabajo y su fecha de iniciación. Esta última notificación se enviará con acuse de recibo.

También en este Convenio se establece la obligación de exponer en el censo la lista de los trabajadores fijos discontinuos, con indicación de la antigüedad de éstos a efectos de llamamiento o cese, concediéndose un plazo de treinta días a los trabajadores para presentar las quejas relativas a los datos que figuren en aquel.

Criterio idéntico de llamamiento, es el contenido en los Convenios Colectivos para el Manipulado y Envasado de Frutas Frescas y Hortalizas de Murcia, cuya redacción se mantiene inalterable desde el año 1980 hasta el día de la fecha. También se repite y transcribe el modo del llamamiento y la necesidad de exposición del censo.

Aunque tiene muy poca afectación en cuanto al ámbito personal dentro de nuestra Comunidad Autónoma, también hay que citar el Convenio Colectivo de Trabajo para Manipulado y Envasado de Frutos Secos y Descascarado de Almendras, donde de forma errónea identifica a los trabajadores fijos discontinuos con los de campaña, al definir a aquellos como «los contratados para una campaña de producción», si bien a continuación, al regular el llamamiento, salva ese indicado error al establecer que aquellos trabajadores deberán ser llamados cuando la empresa, en uso de su facultad discrecional de gestión de negocio, decide iniciar su actividad por orden de antigüedad en cada especialidad, y cesarán en el trabajo en orden inverso al de su llamamiento.

Resalto asimismo, que en el acuerdo de sustitución de la Reglamentación Nacional de Trabajo del Manipulado y Envasado para el Comercio y Exportación de Agrios, suscrito el pasado 3 de julio de 1997, y pendiente de publicación en el BOE, en su art. 43, referido al llamamiento al trabajo, establece que «se llamará al trabajo a los trabajadores fijos discontinuos, en cada día de actividad de manipulado del centro laboral, siguiendo el orden decreciente de su antigüedad como trabajadores fijos discontinuos, dentro de cada categoría profesional».

Esta última norma, de aplicación subsidiaria en nuestra Comunidad Autónoma, en relación al Convenio Colectivo de Manipulado y Envasado de Agrios, al igual que los convenios anteriormente analizados, hace recaer en la antigüedad el pilar fundamental en el derecho de los trabajadores fijos discontinuos a ser llamados al trabajo, y ello con independencia de que se matice en unos u otros conceptos como categoría profesional, especialidad, grupos profesionales, secciones, etc...

Repito otra vez, que la antigüedad es la nota fundamental en el llamamiento al trabajo de los fijos discontinuos, aunque después veremos que no es la única.

Cabe hacer una puntualización, simplemente para clarificar el tema del llamamiento, cual es que según establece la normativa que hemos analizado, no todos los fijos discontinuos, a los que se refieren estos Convenios, tienen que ser llamados forzosamente al iniciarse la campaña, porque el llamamiento ha de acomodarse a las necesidades de mano de obra en cada momento, según las actividades de la empresa y las circunstancias diversas en ella influyentes, como producción, climatología y crisis de mercado (sentencias del T.S. de 27-9-82 y 22-12-83; T.S.J. Andalucía-Sevilla de 26-9-90; y T.S.J. de Murcia, de 29-6-95, 26-10-95, 28-5-96 y especialmente la de 7-7-94, Ponente, Samper Juan).

XI. DEL CESE DE LOS FIJOS DISCONTINUOS

Tanto la Ley de Relaciones Laborales como el Estatuto de los Trabajadores y el R.D. 2.104/84, omitieron pronunciarse sobre las formas y el orden para cesar a los trabajadores cuando termina su relación de trabajo discontinuo. El tema no plantea ningún tipo de problema para los trabajadores fijos de curso y temporada, pues suelen cesar de la misma forma en que son llamados, «todos a la vez». Por el contrario, para los fijos de campaña, el cese deberá ser escalonado, como fue su llamamiento.

El art. 15.1. del Decreto 3.090/92, sobre Política de Empleo, estableció en su día que el cese o suspensión del trabajador fijo afectado por expedientes de crisis, «se llevará a efecto en cada categoría profesional y como norma general según el orden inverso de antigüedad». Pero los criterios de tan claro antecedente, como indica Tárraga Poveda, son omitidos por el Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo, el R. Decreto 696/80, de 14 de abril.

La doctrina opta, en relación al tema del cese, por aplicar el criterio analógico en orden inverso, del más moderno al mas antiguo, al igual que establecen los Convenios Colectivos y establecían las antiguas Ordenanzas y Reglamentaciones de Trabajo.

La jurisprudencia lo aplica claramente, y con prelación sobre los eventuales, y así a modo de ejemplo la sentencia del T.C.T. de 10-13-87, Arz. 566, establece «si los trabajadores fijos discontinuos deben ser los primeros en ser llamados, lógicamente deben ser los últimos en dejar de trabajar mientras dure la campaña, y la del T.S.J. de Murcia,

de 8 de noviembre de 1993, que matiza más el tema al indicar que el cese de los fijos discontinuos se producirá por el orden inverso de su entrada al trabajo en razón de su antigüedad».

XII. TRABAJADORES AGRÍCOLAS. ANTECEDENTES

Las presiones sindicales en el sector agrícola murciano en la década de los años 80, influida por los movimientos de igual índole que se inician en la cercana Comunidad Andaluza, modifican sustancialmente la negociación colectiva de décadas anteriores, donde los Convenios Colectivos del sector agropecuario negociados antes en el seno del Sindicato vertical y ya a comienzos de la época constitucional por entidades patronales y sindicales nada representativas, se limitaban a transcribir en los sucesivos Convenios que se venían negociando, determinadas normas genéricas y puntuales de la antigua y obsoleta Ordenanza Laboral del Campo, de 1 de julio de 1975, que dejaba en manos empresariales el total control de la regulación laboral del sector.

El Convenio Colectivo Agrícola, Forestal y Pecuario de la Región de Murcia, prácticamente reproducía año tras año, desde finales de los años 1960 esas normas a que antes nos referíamos, que no sólo suponían la plasmación de mínimos necesarios establecidos en la genérica legislación laboral, sino que incluso cerraban la puerta a pretensiones laborales más acordes con las tendencias jurisprudenciales que sobre determinados puntos y aunque de forma muy escasa, se venían produciendo.

Ejemplo palpable de lo anterior, es la desregulación de los trabajadores clasificados según su permanencia en la empresa. De hecho, tales Convenios Colectivos se limitaban a efectuar una simple distinción, y no definición de los trabajadores afectados por el Convenio como fijos, de temporada, interinos y eventuales.

Con respecto a los primeros, sí se les definía como aquellos que se contrataban para prestar sus servicios con carácter indefinido o que estaban adscritos a una o varias explotaciones de un titular, una vez transcurridos 273 días laborables ininterrumpidamente desde la fecha en que hubieran comenzado la percepción de sus servicios en la misma.

Inmediatamente después viene la indefinición, ya que con respecto

a los trabajadores de temporada, en vez de definirlos, se hacía una referencia inconcreta al art. 32 de la Ordenanza del Campo, al igual que se hacía con el personal eventual, donde tan sólo se indicaba que con respecto a éste, se estaría a lo dispuesto en el art. 34 de la Ordenanza del Campo.

Con respecto al trabajador interino, se remitía al art. 33 de la misma Ordenanza.

Esa indefinición parecía ser un modo de eludir el auténtico carácter de la relación laboral de la persona, en este caso el trabajador, que podía estar incardinada en la misma.

Obsérvese que la Ordenanza del Campo, definía al personal eventual como el contratado circunstancialmente sin necesidad de especificación del plazo ni la tarea a realizar, para añadir a continuación, que transcurrido un plazo de servicio ininterrumpido o con interrupciones inferiores a quince días consecutivas, adquiriría la condición de fijo. Definía también al personal de temporada como aquellos trabajadores contratados por un mismo patrono para una o varias operaciones agrarias o para operaciones de tiempo determinado. Con respecto a estos trabajadores, si hubieran servido al mismo patrono durante un promedio de mas de 60 días al año, se les reconocía el derecho preferente en las mismas condiciones de idoneidad para ocupar puesto de trabajador fijo.

Estas definiciones, que realmente se ocultaban en el Convenio Agrícola, Forestal y Pecuario, que año a año se negociaba, no solucionaban la auténtica realidad de la mayoría de los trabajadores agrícolas de nuestra Región, que realmente ni eran fijos ni temporeros, ni eventuales, sino que ya entonces, en los albores de 1990, discutían judicialmente su consideración como trabajadores fijos discontinuos agrícolas.

Con independencia de la muy limitada contratación de trabajadores fijos en empresas agropecuarias, cuyos puestos estaban destinados a personal de total confianza de los empresarios o familiares de éstos, la norma general era la contratación de personal eventual cuyo cese la mayoría de las veces se producía por simple arbitrariedad empresarial, a pesar de la inexistencia de causa en aquellos, o con el sólo objeto de evitar, de acuerdo con lo establecido en el art. 34 de la Ordenanza, que pudieran alcanzar el número suficiente de días de trabajo para poder alcanzar la fijeza. Se repetía temporada a temporada, año tras año, campaña tras campaña, las sucesivas contrataciones de estos mal llamados eventuales, y los ceses arbitrarios que no generaban ningún

tipo de derecho en los cesados ni ningún tipo de expectativa en las contrataciones.

Cualquier trabajador que en esas condiciones pudiera dirigir la menor queja por esa arbitrariedad en su nulo reconocimiento de derechos en cuanto a la vinculación a la empresa, automáticamente era cesado con el preaviso de los dos días que establecía la Ordenanza en el art. 47 y sin ningún tipo de indemnización, viendo roto cualquier vínculo anterior, por el empresario para el que año tras año había venido prestando servicios.

Ya en aquellas fechas, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 90/89, de 17 de mayo, B.O.E. 14-6-89, había considerado no discriminatorio el reconocimiento del subsidio agrícola a los trabajadores extremeños y andaluces, previsto en los RR.DD. 2.288/94, de 26 de diciembre y 2.405/85, de 27 de diciembre, y no a los de otras Comunidades Autónomas como la nuestra, con el agravio que suponía para el trabajador murciano el que a la hora de ser cesado de sus empresas, con independencia del número de jornadas que había realizado, que la mayoría de las veces superaba a las efectuadas por los beneficiarios del subsidio agrícola, se encontraba parado, desempleado, sin colocación inmediata y sin la posibilidad al menos de tener algún tipo de prestación o subsidio por el trabajo realizado.

Existía pues una auténtica queja entre el trabajador de nuestra Región con respecto a la situación de la permanente eventualidad en que se encontraba en el marco de las empresas agrícolas, queja que hábilmente fue tomada por los Sindicatos más representativos que haciéndola suya intentaron un cambio normativo en la negociación colectiva, para mejorar tal situación.

La soñada figura del trabajador agrícola fijo discontinuo, entendiendo por tal el que necesariamente tenía que ser llamado al trabajo cada campaña o ciclo productivo, y cuyo reconocimiento desde un punto de vista convencional podría solucionar la mayoría de los temas anteriormente indicados, quedaba todavía muy lejos de ser regulada.

El excesivo ámbito de aplicación del Convenio Agrícola, Forestal y Pecuario de la Región de Murcia, que afectaba a todo tipo de empresas de nuestra Región, grandes y pequeñas, con trabajos esporádicos o continuos, con grandes extensiones de cultivos o pequeñas plantaciones, actividades cuasi industriales de invernaderos, o pequeños banales, empresas unifamiliares o grandes grupos y sociedades de transformación, etc..., así como la gran variedad de

sectores agropecuarios incluidos en aquél, tales como el tomatero, el citrícola, el de la uva de mesa, fruta fresca, hortalizas, cereales, verduras, etc..., con las peculiaridades propias de cada cultivo, plantación y recolección, hacía aún más difícil el reconocimiento genérico de la figura postulada desde el ámbito social, porque su reconocimiento, cierto en algunos sectores, podría ser inviable o incluso incorrecto en otros. Lógicamente las distintas empresas o sectores empresariales representados en la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo Agrícola, discrepaban entre ellos, más aún que ante la parte trabajadora, de la existencia del reconocimiento del fijo discontinuo agrícola, lo que impedía una posición conjunta, bien a favor o en contra, de aquel reconocimiento y hacia inviable el pensar siquiera en la negociación del tema.

La propia jurisprudencia era vacilante en el reconocimiento claro del trabajador fijo discontinuo agrícola. Sentencias como las del TCT 31-3-85, 6-5-84, 16-12-83, 11-11-83, 31-5-83, 4-2-82, 14-12-81, 3-12-86, 19-2-87, 3-3-87, 17-3-87, 22-11-88, permitían el cese «ante tempus» de temporeros por voluntad del empresario y en otras mantenía el carácter de eventualidad de los trabajadores agrícolas autorizando el cese con el simple preaviso, a pesar de venir prestando servicios con anterioridad al empresario y en otras temporadas. Por el contrario, otras sentencias como las de TCT. 13-1-79, 2-11-81, 11-12-81 y 31-1-84 afirmaban la existencia de la fijeza discontinua en la agricultura.

Es la sentencia antes citada de 31-3-85 Aranz.4.965, Ponente Sr. García Fenollera, la que empleando un contundente argumento reforzaba la tesis negatoria de la existencia de la fijeza discontinua agrícola, al establecer: «El trabajador agrícola tendrá la condición de eventual, trabajador de temporada o fijo, pero en ningún caso la de fijo de carácter discontinuo, pues la especial naturaleza de las explotaciones agrarias y las variaciones de cultivo que las circunstancias pueden exigir, entrañan en todo caso distintas exigencias de orden personal».

Sólo con posterioridad alguna sentencia del T.C.T. vino a establecer una pequeña esperanza para el reconocimiento de la controvertida figura del fijo discontinuo como la de 15-12-87 que llega a admitir que serían fijos discontinuos los trabajadores que suscribieran reiterados contratos calificados por las partes como eventuales...

XIII. EL INICIO DEL CAMBIO

El abuso generalizado en la contratación y cese de los entonces tipificados como trabajadores eventuales y de temporada que encubrían auténticos despidos y discriminaciones en posteriores contrataciones fue generando un poso de cultivo que culminó en el año 1988 con determinadas agitaciones en el sector agrícola y que culminaron con una larga huelga que afectó en especial a todas las empresas del litoral murciano, coincidiendo con los días de discusión del Convenio Colectivo Agrícola.

Se iniciaba una nueva época en lo referente a la negociación colectiva para el sector agrícola murciano. La representación empresarial estaba dividida por cuanto que existía una total disfuncionalidad entre las empresas, grupos de empresas o sectores afectados por el ámbito de afectación del Convenio. Por otro lado, desde un punto de vista sindical y social se buscaba un cambio imperativo en las relaciones laborales agrarias, que propiciara una mayor estabilidad en el empleo y una permanencia casi continua de los trabajadores dentro de las empresas, porque realmente era permanente, aunque no continuado la mayoría de las veces, el trabajo en aquellas. Se soñaba con la creación definitiva y la plasmación en el Convenio Colectivo que se estaba negociando, de la figura del trabajador fijo discontinuo agrícola, aunque como la jurisprudencia era tan vacilante, y tampoco se había hecho un análisis pormenorizado de cual tenía que ser la perfecta regulación de los mismos, existía por una y por otra parte una auténtica controversia para la admisión de tal figura.

Cuando la huelga del campo murciano toca a su fin por la imposibilidad de las representaciones empresarial y sindical en la Comisión Negociadora del Convenio, de consensuar y definir la figura del fijo discontinuo agrícola, se llega a una solución de compromiso que se alcanza con la firma el 30 de abril de 1989, del último Convenio Colectivo Agrícola, Forestal y Pecuario de la Región de Murcia, que en su ámbito de aplicación incluyó a todos los sectores agrícolas murcianos. Ese Convenio fue aprobado por resolución de la entonces Dirección Provincial de Trabajo el 2 de mayo de 1989 y publicado en el B.O.R.M. de 18 de mayo de 1989.

Este Convenio, fue una simple reproducción de los anteriores, parecía que los interlocutores sociales, después de muchos años, habían vuelto a dejar desreguladas las relaciones laborales agrícolas en nuestra Región, pero no fue así. A pesar de ser una práctica reproducción de

convenios anteriores, se introdujo una Disposición Adicional Final que suponía el principio de una nueva situación. Por fin se avistaba la luz, ya que textualmente se estableció en aquella Disposición que *«con el fin de resolver la situación de los trabajadores agrícolas de la Región de Murcia, que trabajan con periodicidades anuales en ciertos sectores del campo, y con el ánimo de las partes firmantes del Convenio, de solucionar esta situación de forma consensuada, se acuerda crear una comisión de estudio, compuesta por cuatro representantes de las Centrales Sindicales firmantes del Convenio y cuatro representantes de los empresarios, a fin de comprometerse a que durante la vigencia del Convenio, se estudie, y en caso de acuerdo se traslade el mismo a la Autoridad Laboral, para que en virtud del principio de autonomía de las partes, el mismo surta los efectos legales que proceda»*.

Obsérvese, que por cautela, los interlocutores sociales huyen de hablar en el texto de esa Disposición Adicional Final, del término «fijo discontinuo», aunque lógicamente el mismo se intuye de la redacción, ya que no era otro el propósito, sino el de regular esa figura, si era posible.

En el segundo párrafo de la Disposición Adicional Final, se introduce un aspecto transcendental y que luego influiría en la negociación final de determinados convenios, cual era que la propuesta que emitiera la Comisión Mixta de Estudio, tuviera carácter general, pero debería incluir las matizaciones y posibles problemas de cada uno de los sectores regidos por el Convenio.

A continuación, se instaba a las partes en caso de desacuerdo, a exponer los mismos en trámite de conflicto colectivo ante la Autoridad Laboral para la resolución del tema, y por último se incluía una transitoria cláusula de paz social, para que al menos, durante el tiempo en que duraran los estudios por parte de la Comisión Mixta, no se plantearan acciones sobre el tema a estudiar, ya que las mismas podrían dificultar los posibles acuerdos que se pudieran alcanzar.

XIV. COMISIÓN MIXTA DE ESTUDIO. CONCLUSIONES DE LA MISMA

El Convenio Colectivo con vigencia del 1 de enero de 1989 a 31 de diciembre de 1990 entra en vigor, y en base al compromiso adquirido por los suscriptores del mismo, se crea en efecto tal Comisión de

Estudio, regulada en la Disposición Adicional Final de aquel, que durante un año aproximadamente y de forma periódica, se reúne para estudiar y si es posible solucionar los problemas planteados por el posible reconocimiento en futuros convenios colectivos, de la figura del fijo discontinuo agrícola, con toda la problemática que la misma pueda suponer.

Dos representantes del Sindicato CC.OO., otros dos de U.G.T. y cuatro representantes de la Agrupación Empresarial, mantuvieron reuniones de estudio desde junio de 1989 a mayo de 1990, intentando consensuar el tema controvertido.

Cierto es, que en el ánimo de todos los componentes de aquella Comisión, existía la voluntad de llegar a un acuerdo definitivo sobre el tema, pero las diferencias eran tan grandes, que al menos en aquel tiempo no se pudo conseguir. La gran discordia se centró en el planteamiento efectuado por la Central Sindical CC.OO., al imponer que si era reconocido el trabajador fijo discontinuo agrícola, el mismo debería ser llamado y cesado al trabajo por orden de antigüedad en la empresa, computando como tal la que tenía desde el inicio de su relación laboral «eventual» con aquella, pero partiendo como fecha de inicio la inicial del primer contrato y llamamiento, aunque el mismo fuera anterior al inicio de la vigencia del Convenio Colectivo próximamente a negociar y suscribir. También surgió la imposibilidad de consensuar acuerdos con esa Central Sindical, que en modo alguno asumió el hecho de la diferenciación sectorial empresarial, ya que su única pretensión era mantener el mismo convenio colectivo con ámbito funcional indistinto para todas las empresas de la Región de Murcia, con independencia de su volumen, actividad, forma de trabajo, tipos de cultivo, etc...

XV. UNA LLAMADA DE ATENCIÓN A LA COMISIÓN DE ESTUDIO

Vigente el Convenio Colectivo de 1989/1990, constituida la Comisión de Estudio, reuniéndose los miembros de la misma, pero sin llegar a acuerdos de ningún tipo, porque no fueron capaces entonces de dar solución a los auténticos problemas que se debaten en el sector agrícola y que no eran otros que la pretensión de la introducción en el futuro Convenio de la creación y regulación de la figura del fijo discontinuo agrícola, cual era el mandato contenido en la Disposición

Adicional Final antes indicada, se produce un hecho transcendental que por fin produce el pretendido cambio en las relaciones laborales del sector agrícola murciano, y que a la larga va a facilitar la culminación, con éxito, de los trabajos de la Comisión de Estudio.

En determinada empresa agrícola de la localidad de Mazarrón, se produce el cese injustificado de un hasta entonces denominado «trabajador eventual», que recurre ante el Juzgado de lo Social en acción por despido, por entender que se trataba de un despido discriminatorio, que era trabajador fijo discontinuo y que no habían sido cesados otros trabajadores menos antiguos que él.

La Sentencia del Juzgado de lo Social de Cartagena, de 17 de julio de 1989, desestima la demanda del trabajador, con absolucón de la empresa, por entender que el cese era ajustado a derecho y que al no haber trabajado de forma ininterrumpida 273 días en el último año, no tenía la consideración de fijo, pero sin entrar a valorar la solicitud del trabajador, de su reconocimiento como fijo discontinuo.

Recurrida en suplicación dicha sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en sentencia n.º 25/90, de 31 de enero de 1990, recurso 449/89 estima el Recurso de Suplicación, declara improcedente el despido y considera al trabajador fijo discontinuo, condenando a la empresa a su readmisión o al abono de la indemnización que consta en el fallo de la sentencia, más los correspondientes salarios de trámite, que también se cuantifican en aquella.

Es precisamente esta sentencia la que supone el cambio drástico en las posteriores relaciones laborales en el sector agrícola murciano, ya que la misma es la piedra de toque que analizada por los componentes de la Comisión de Estudio, hace que redoblen sus esfuerzos en consensuar de mutuo acuerdo la regulación que estaban intentando, por cuanto que, como bien dice la sentencia, lo juzgado es un simple caso aislado, que no forzosamente tiene que extrapolarse a todos los demás.

Por primera vez, nuestro Alto Tribunal, con auténtica valentía entra de lleno en el estudio de la tan hasta entonces controvertida figura del trabajador agrícola fijo discontinuo, y lo que es más importante, vuelvo a repetir, da un toque de atención a los interlocutores sociales, que hasta entonces no encontraban solución alguna sobre ese tema, para que a partir de esa fecha, centraran su atención en el desarrollo, acorde con la realidad social, de la auténtica situación que se venía produciendo en nuestra agricultura con respecto a los trabajadores.

En el Fundamento de Derecho 4.º de esta transcendental sentencia, se establece textualmente, refiriéndose a la tan referida Cláusula Adicional Final:

«Cuando los propios interlocutores sociales se debaten, como es notorio, en la comprometida búsqueda de una solución que sirva de norte a la contratación colectiva regional para el sector del campo, carece de sentido abordar aquí el tema en toda su amplitud, postura que a la postre conduciría a conclusiones cuya generalidad mostraría a las claras su intrínseca impertinencia a los fines de cancelar el presente contencioso, porque, en efecto, no se trata ahora, en rigor, de indagar la viabilidad de la fijeza discontinua en todas las labores agrarias de la Región, sino de establecer su segura presencia en las actividades que la empleadora demandada desarrolla. Tarea en la que pronto se aboca a la tesis afirmativa, pues según se deduce de lo actuado, estamos ante una patronal que explota frutos con ribetes cuasi industriales, si la apreciación vale para la tierra y lo hace a medio de actividades que se suceden en el tiempo, con periódicas repeticiones, propias de las cosechas del tomate (invierno y verano) y del melón. Lo que de suyo acarrea la también repetida llamada de varios trabajadores, como muestra el abultado número de ejemplares de contratos que aportó la empresa, bien que concebidos bajo el signo de una eventualidad que nada tiene que ver con la labor ejecutada por el obrero. Muy al contrario, estamos ante una fenomenología negocial que se formaliza a través de «trabajos fijos y periódicos de la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuos, en términos empleados por el E.T. en su art. 15.6., lo que de suyo comporta que por un lado, el trabajador haya de ser llamado por riguroso orden de antigüedad al comienzo de cada temporada, y que no pueda ser cesado en la presente si los trabajos de la misma no concluyeron o disminuyeron con referencia a tal antigüedad.»

El Fundamento de Derecho 5.º de dicha sentencia, tajantemente establece que el vínculo contractual que existió entre las partes revistió la índole de fijeza discontinua, y ello comporta la necesaria llamada al inicio de cada período de actividad, la imposibilidad de cese antes de la conclusión de aquella en que se trabaja, pues si tal hace la empleadora incurre igualmente en despido injusto.

Hábilmente el ponente de esa sentencia, Ilmo. Sr. Ríos Salmerón, nuevamente refuerza la llamada a los interlocutores sociales, para que solucionen la real situación de los trabajadores agrícolas murcianos al indicar al término de ese mismo Fundamento de Derecho que la solución judicial que se contempla en esta sentencia lo es simplemente para ese caso discutido, y ya arbitra una posible solución de futuro al establecer: «... que no impedirá que en el porvenir el accionante sea llamado o sea cesado sucesivamente según las necesidades de la patronal».

XVI. EN BUSCA DE LA SOLUCIÓN DEFINITIVA

Toda la controversia jurisprudencial sobre la existencia o no del fijo discontinuo agrícola analizada en las sentencias del T.C.T. a que antes hemos hecho referencia, queda zanjada con la publicación de la sentencia de la Sala del T.S.J. de Murcia anteriormente indicada, porque la misma no habla de un tema genérico, o lejano a nuestra Región, sino que entra de lleno en el tema que en esos momentos estaba siendo sometido a estudio por la Comisión creada al efecto, y ésta precisamente coge el testigo lanzado por el Ponente de aquella, Sr. Ríos Salmerón, y decide por todas concluir satisfactoriamente el mandato encomendado.

Hemos dicho antes, que las reuniones de la Comisión de Estudio culminaron sin éxito en mayo de 1990. Lógicamente el Sindicato CC.OO., tal vez con un análisis muy superficial del contenido de la sentencia a la que antes nos hemos referido, y no valorando la realidad social de como se estaba produciendo el trabajo en las empresas agropecuarias, similares a aquella a la que afectaba la sentencia, refuerza su tesis de la existencia a ultranza del trabajador fijo discontinuo agrario, sin admitir ninguna peculiaridad distinta a aquel otro ya reconocido, doctrinal, jurisprudencial y convencionalmente en actividades propias de manipulado y envasado de frutos y conserva vegetal, incardinado dentro del R. General de la S. Social, y lo que es más importante, la necesidad de que su llamamiento y cese al trabajo se produjera por riguroso orden de antigüedad dentro de su categoría profesional o especialidad.

Precisamente, el mantenimiento de esas condiciones por parte de ese Sindicato, impide el alcanzar un éxito global en la Comisión de Estudio y la misma da por concluidos aquellos al inicio del verano de

1990. Pero si bien los estudios terminan con ese Sindicato, la representación empresarial, que también se ha escindido, constituye un pequeño grupo de estudio, formado por representantes y asesores del sector del tomate y lechuga, quienes con los representantes del Sindicato U.G.T., intentan conseguir el éxito que no obtuvieron previamente con la Comisión de Estudio en pleno.

XVII. EL LLAMADO CONVENIO DE PROEXPORT. VICISITUDES

Antecedentes legislativos. El cambio.

Ya hemos analizado con anterioridad los distintos preceptos legales que cronológicamente han regulado la figura del trabajador fijo discontinuo. Desde la inicial plasmación en texto legal del art. 16 de la Ley de Relaciones Laborales, del reconocimiento expreso de aquellos y la necesidad de que tuvieran que ser llamados al trabajo cada vez que hubiera de realizarse por riguroso orden de antigüedad dentro de cada especialidad, pasamos a la regulación dada en la Ley 8/80, de 10 de marzo (Estatuto de los Trabajadores), que impone la necesidad de llamar al trabajo cada vez que aquel vaya a realizarse, cuando se trate de prestación fija y periódica en la actividad de la empresa pero de carácter discontinuo, y que el llamamiento deberá efectuarse en los términos ya indicados en la L.R.L., y a la específica que consagra el R.D. 2.104/84, de 21 de noviembre, por el que se regula el contrato de los trabajadores fijos discontinuos. En este último precepto se vuelve a transcribir el tenor literal de las anteriores normas que antes hemos comentado, la imperiosa necesidad del llamamiento por estricta antigüedad dentro de cada especialidad, pero introduce en su redacción un párrafo que va a ser fundamental de cara a los posibles acuerdos de la Comisión de Estudio que estamos analizando. Ese texto, recogido en el párrafo último del art. 14 del mencionado R.D. 2.104/84, no es otro que **«la negociación colectiva podrá establecer las condiciones de convocatoria y llamamiento».**

Y es precisamente en este último párrafo en el que se abre una posible luz a los interlocutores sociales de PROEXPORT y U.G.T. para intentar consensuar lo que a la larga sería un llamamiento al trabajo de los fijos discontinuos, totalmente distinto al de la antigüedad.

En las empresas de nuestro litoral dedicadas al cultivo y recolección de tomate, cuyas labores se efectúan en fincas separadas entre si a mucha distancia, incluso ubicadas en distintos municipios o localidades, los hasta la fecha trabajadores eventuales, acudían al trabajo en medios de locomoción puestos a su disposición por las empresas, de forma agrupada, por zonas o localidades de toda la provincia de Murcia e incluso de las limítrofes, para prestar servicios en las distintas fincas. Cuando se iniciaba el trabajo todos los trabajadores acudían a efectuar la prestación de servicios en los autobuses puestos a su disposición por las empresas, que los recogía en sus lugares de origen. Prestaban el servicio diario y nuevamente el mismo autobús, al término de la jornada laboral los reintegraba a su domicilio. Este tipo de operación se realizaba en muchas fincas, y a las mismas acudían otros trabajadores de otras localidades con la misma forma de desplazamiento. Cuando se terminaba el trabajo en una finca, ya no se llamaba a ese grupo de trabajadores, y por tanto el autobús no acudía a recogerlos, a la espera de que se iniciara la actividad en otra finca o plantación, y así seguir efectuando el trabajo. Lógicamente con esta forma de trabajo las empresas, que ya estaban pensando en la posibilidad de reconocer como fijos discontinuos a sus trabajadores eventuales que venían prestando servicios para aquellos en diferentes campañas, se encontraban con el problema de que tenían que mantener este sistema de llamamiento al trabajo ya que sería imposible que el llamamiento se pudiera hacer por una hipotética antigüedad de los trabajadores, por cuanto que siendo éstos muy numerosos sería imposible el poder llamarlos de esta manera sin romper el proceso productivo y porque también sería imposible posibilitar los medios de locomoción de forma casi individualizada a los trabajadores en función de su hipotética antigüedad. Si se aceptara ese sistema irían acudiendo al trabajo los más antiguos, que podrían provenir de distintas zonas y sería totalmente imposible poder desplazarlos al centro de trabajo, máxime cuando éstos eran muchos y muy distantes.

Había que olvidarse, si se quería implantar la figura del fijo discontinuo agrícola, del llamamiento por antigüedad y legalizar la práctica habitual de llamamientos en la forma antes descrita.

Es precisamente entonces cuando tras largas y meditadas negociaciones, la representación de la Asociación de Empresas Productoras y Cosecheras de Tomate de Murcia, y la Central Sindical U.G.T., alcanzan un principio de acuerdo a mediados de octubre de 1990, para suscribir el primer Convenio Colectivo, donde por primera vez, dentro del ámbito de nuestra nación, en sectores agrarios, se

reconoce y crea la figura del fijo discontinuo con las matizaciones que a continuación exponremos.

La Central Sindical CC.OO., presente en aquella reunión, no acepta el preacuerdo, y el Convenio Colectivo se suscribe por U.G.T. y PROEXPORT el 30 de octubre de 1990.

Previamente a la firma del Convenio, y buscando una cobertura legal de la que todavía no están seguros, esos interlocutores sociales se reúnen en Madrid con los entonces Directores Generales de Trabajo y de Empleo, que les animan a la consecución del acuerdo, e indican que creada la figura del fijo discontinuo y la consiguiente cotización por la contingencia de desempleo por las empresas, aquellos Organismos garantizarían la prestación contributiva por desempleo, cuando produjera el cese en el trabajo por falta de actividad.

XVIII. ANÁLISIS DEL CONVENIO COLECTIVO PARA LAS EMPRESAS COSECHERAS Y PRODUCTORES DE TOMATE Y OTROS PRODUCTOS AGRÍCOLAS, Y SUS TRABAJADORES, DE LA REGIÓN DE MURCIA

Ya he indicado al principio, que hasta esa fecha tan sólo existía en Murcia, un sólo Convenio Agrícola que regulaba las relaciones laborales de las empresas y trabajadores del sector, y los inconvenientes puestos por distintos sectores empresariales sobre la creación y reconocimiento de la figura del fijo discontinuo. Seguían pensando en la inexistencia de tal figura y les iba muy bien hasta la fecha por la prestación de servicios eventuales por parte de los trabajadores.

Había que romper esa unidad convencional y con la firma de este Convenio Colectivo lo primero que indican los suscriptores del mismo en su artículo primero al establecer el ámbito territorial y funcional, es que el mismo tan sólo obliga a las empresas de la Región de Murcia, que desarrollan actividades agrícolas referidas a los trabajos propios de las plantaciones y recolecciones de tomate como actividad principal y de otros productos agrícolas que aquellas pudieran cosechar. Se señala a continuación que por ser las condiciones laborales de este sector diferentes a las del Convenio Colectivo Agrícola Forestal y Pecuario, convienen en la necesidad de desgajarse de aquel y darle autonomía propia, entendiendo que se cumple lo dispuesto en el art. 83.2. del

Estatuto, por no tratarse de Convenio de ámbito inferior ni que existe la concurrencia prevista en el art. 84 del mismo Texto Legal.

En el art. 2.º, al hablar del ámbito personal se indica la afectación del Convenio a las empresas y trabajadores a los que se refiere el artículo anterior y se excluye expresamente en lo referente a su afectación, al resto de los sectores productivos de la Región de Murcia, por efectuar actividades totalmente diferentes y con relaciones laborales distintas a las que ahora se establecen.

Tras una transcripción parecida en algunos artículos al anterior Convenio Colectivo Agrícola, Forestal y Pecuario, referidos sobre todo a aspectos asistenciales, económicos, sociales y sindicales, se procede a definir expresamente en el apartado b), del art. 6 del nuevo Convenio Colectivo, al trabajador fijo discontinuo de la agricultura, que es el que *« habitualmente es llamado al trabajo para la realización de faenas propias de la Empresa, pero que actúa de forma cíclica e intermitente, en razón a la falta de regulación en el trabajo en las Empresas Cosecheras de Tomate y otros Productos Agrícolas, y ello por ser la propia actividad que desarrolla de carácter cíclico e intermitente »*.

Efectuada la definición, se hace una referencia expresa a las normas especiales relativas a estos trabajadores, que los interlocutores sociales sitúan dentro del Convenio en el Anexo II, que es el que más trascendencia va a tener en el ámbito de las relaciones laborales agrícolas dentro de nuestra Comunidad Autónoma, y a la larga en todo el estado español.

En el Anexo II del Convenio Colectivo que estamos analizando, con el título **De los trabajadores fijos discontinuos de las empresas Cosecheras y Productoras de Tomate y otros Productos Agrícolas y sus trabajadores, de la Región de Murcia**, se va a regular y desarrollar por fin la figura hasta entonces controvertida del trabajador de la condición ahora pactada.

Al referirse a la definición se remite el Anexo II a la ya indicada anteriormente y que aparece plasmada en el art.6, apartado .b) del Convenio Colectivo, pero a partir de entonces se establecen las siguientes matizaciones: Se consideran también fijos discontinuos los trabajadores que fueron contratados con tal carácter de acuerdo con lo establecido en el R.D. 2.104/84, pero con las condiciones que ahora se pactan.

También se reconocen como fijos discontinuos a los trabajadores que sin haber formalizado contrato escrito de tal naturaleza, en 1 de enero de 1991 hubieran prestado servicio para la misma empresa

durante tres o más años consecutivos, con un promedio de más de 200 días de trabajo al año, sin interrupciones en la prestación de servicios que se hubieran producido por causas imputables al trabajador. Es en el párrafo siguiente de ese primer apartado referido a la definición de los fijos discontinuos, donde con auténtica valentía, no desprovista de cierta osadía, pero que a la larga dio los resultados queridos, donde los suscriptores del Convenio indican expresamente que hasta el 1 de enero de 1991 no habían existido trabajadores fijos discontinuos en las empresas agrícolas acogidas a este Convenio, y que por tratarse de la creación de una figura contractual «ex novo», no podía haber por parte de los trabajadores ningún derecho adquirido por prestaciones de servicio anteriores a la empresa en lo referente a este tipo de vínculo contractual.

Lógicamente, al establecer esa declaración de principios, se pacta a continuación que los trabajadores que ahora se consideran fijos discontinuos a partir de 1 de enero de 1991, no tendrían reconocimiento alguno de antigüedad a ningún efecto. De todas formas, para evitar posibles abusos empresariales sobre esta negación de la antigüedad, se plasma una fórmula de garantía para los trabajadores hasta entonces vinculados a la empresa, que va mucho más allá del alcance que tanto la doctrina, las normas legales y la jurisprudencia concedían a los trabajadores eventuales, y no es otra que el reconocimiento por parte de las empresas, de que si los ahora trabajadores fijos discontinuos fueran despedidos y se declarara la improcedencia de dicho despido, se computarían a efectos indemnizatorios los días de prestación de servicios en la empresa efectuados con anterioridad con carácter eventual o temporero. Esa valentía del reconocimiento de esa hipotética indemnización, negada incluso por la Ordenanza General del Campo y por la mayoría de las sentencias del entonces Tribunal Central de Trabajo, hace que la nueva figura del fijo discontinuo ahora creada, llegue a todos los trabajadores que en lo sucesivo se van a regir por este Convenio, sin ningún tipo de temor ni suspicacia.

Analiza ese mismo apartado la forma de prestación de servicios (trabajos intermitentes que dependen del estado de los terrenos, demanda de pedidos, circunstancias climatológicas, etc...) y establece otro pacto que rompe con el precepto de la Ordenanza del Campo y del Convenio Colectivo Agrícola, Forestal y Pecuario, que posibilitaba la adquisición de fijeza a los eventuales, al indicarse que si en determinada campaña no se produjeran incidencias que paralizaran el trabajo y la actividad fuera continuada, no por ello se adquiriría la

condición de fijo de plantilla, porque esas circunstancias podrían sobrevenir en otra campaña o ciclo productivo.

En este sentido, los interlocutores sociales tienen presente el contenido de la sentencia ya mencionada del T.S.J. de Murcia, de 26 de septiembre de 1990 (Ponente Samper Juan), casi coincidente en el tiempo con la firma del acuerdo.

Ese primer apartado del Anexo II dedicado a la definición de los fijos discontinuos termina recalcando la circunstancia asumida por todos de la inexistencia de fijos discontinuos con anterioridad al 1 de enero de 1991 y se establece que a partir de esa fecha adquirirán tal condición los trabajadores que presten servicios en las empresas de forma cíclica y continuada en tres años sucesivos y con un mínimo de 200 días de trabajo anuales. Al término del tercer año adquirirían la condición de fijo discontinuo.

Este último tema, muy pensado por los interlocutores sociales, se plasma a sabiendas de que antes o después se someterá al criterio judicial.

Sobre este tema, resalto la sentencia del T.S.J. de Murcia, de 20-10-93, (Resoluciones Judiciales núm. 572, Ponente D. Rubén Antonio Jiménez Fernández, Recurso 863/93) dictada lógicamente años después de la firma de este Convenio, que desestima el recurso presentado por determinado trabajador cesado como eventual en determinada empresa y que impugna el cese por entenderlo como despido al considerarse fijo discontinuo, por entender la Sala que en aquel no concurrían las circunstancias previstas en el Anexo II del Convenio, es decir, haber trabajado durante tres o más años consecutivos un promedio de más de 190 días al año (en la fecha de la sentencia se habían rebajado a 190 días el tope de los 200). Esta sentencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia, da la razón a los suscriptores del Convenio, en lo referente a la forma en que pactaron la adquisición de la condición de fijo discontinuo.

Después de definir en el segundo apartado las campañas o ciclos productivos de las empresas vinculadas a este Convenio, así como el inicio y terminación de las mismas, el Anexo II recoge en su párrafo tercero el aspecto más fundamental de todo el Convenio Colectivo, pues con el Título **«Del llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos.- Declaración de principios**, se va a desarrollar la novedosa forma de llamamiento de los fijos discontinuos, que quiebra con toda la legislación y doctrina anterior y supone una auténtica innovación dentro de nuestro Derecho del Trabajo.

En el párrafo a) de este segundo apartado, interpretando los interlocutores sociales el último párrafo del art. 14 del R. Decreto 2.104/84, de 21 de noviembre al que antes nos hemos referido, donde previamente se consagraba el llamamiento de los fijos discontinuos por rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad..., que indica «*podrá establecer las condiciones de convocatoria o llamamiento*», rompen con aquel sistema de llamamiento que hasta esa fecha era el único que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia consagraban, y establecen un nuevo y singular sistema de llamamiento al trabajo, al que antes nos hemos referido, y que se plasma de la siguiente forma: *«Es admitido por las partes que el sistema de trabajo actual en las empresas se presta por trabajadores que acuden agrupados en diferentes medios de locomoción, provenientes de puntos geográficos distintos o de zonas o localidades distantes entre sí, o que vienen prestando su trabajo adscritos a una o diversas fincas o centros de trabajo y que el mismo se efectúa por los trabajadores por llamamientos colectivos por zonas o autobuses. La no aceptación de este sistema tradicional y los llamamientos sería tanto como ignorar la propia realidad del sector que de forma consuetudinaria viene trabajando en la forma expuesta».*

Tras definir, dentro de este mismo apartado, en el párrafo b), los centros de trabajo que los identifican genéricamente con la empresa y específicamente con las fincas o explotaciones agrícolas, se pacta y plasma en el párrafo c), con el título **Del llamamiento**, la más importante novedad en lo referente a esta materia de los fijos discontinuos. Se establece en el Convenio y en este párrafo en concreto, *que no puede producirse el llamamiento y cese por riguroso orden de antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos de las empresas en base a lo establecido en los apartados anteriores. Se establece que el llamamiento se efectuará atendiendo a las necesidades de trabajo, a partir del inicio de la campaña o ciclo productivo, por grupos de trabajadores de distintas zonas geográficas o que puedan acudir al trabajo con sistemas de locomoción que precisen su agrupamiento.*

Se indica a continuación que los trabajadores fijos discontinuos deberán ser llamados al trabajo cada vez que vayan a llevarse a cabo las actividades para las que fueron contratados, aún cuando dado el carácter propio de las actividades agrícolas, su llamamiento podrá hacerse gradualmente en función de las necesidades que exija en cada momento el volumen de trabajo a desarrollar, para indicar el texto a continuación que el repetido llamamiento deberá efectuarse por grupos

de trabajadores, y al objeto de que el trabajo a desarrollar pueda ser distribuido entre todos ellos, para que **puedan alcanzar el mismo o similar número de días de trabajo en la campaña, *aquel se hará de forma rotativa***, forma aceptada por las partes, salvo el supuesto de que por la existencia de gran volumen de trabajo, todos los trabajadores fijos discontinuos sean llamados colectivamente al trabajo.

Como se ve, el precepto establece una fórmula totalmente innovadora y progresista en lo referente a la distribución del trabajo a todos los trabajadores fijos discontinuos. No se prima la antigüedad, que al fin y al cabo no es sino un concepto, se establece una fórmula totalmente equitativa y justa de reparto proporcional del trabajo entre todos los fijos discontinuos. Aún cuando burocráticamente es difícil el control, las empresas y los trabajadores aceptan de buen grado el que todo el trabajo a desarrollar en la finca o centro productivo, se reparta entre todos los trabajadores, quienes prestarán por esa fórmula rotatoria del trabajo, el mismo o similar número de días de trabajo en la campaña o ciclo productivo.

Ya en el apartado 4.º, se termina de desarrollar este novedoso tema, y con el título **De la disminución de la actividad de los trabajadores fijos discontinuos**, se pacta, al igual como se hizo con el tema de los llamamientos, un cese de estos trabajadores, que se efectuará de forma gradual, de acuerdo con el decrecimiento de la actividad agrícola, de forma rotatoria por grupos de trabajadores, y teniendo en cuenta en todo caso las categorías o especialidades de aquellos. A continuación se identifica lo que las partes entiende por grupos de trabajadores a efectos del cese en la prestación de servicios, que no son otros que los que proceden de una o varias zonas geográficas determinadas o se desplazan al trabajo en el mismo medio de locomoción. Con ello se procura que todos los trabajadores fijos discontinuos, como ya se ha dicho anteriormente, presten servicios en la empresa en número parecido o similar de días en cada campaña o ciclo productivo.

Se regula el sistema de rotación de todos los trabajadores fijos discontinuos a la hora en que se producen los sucesivos ceses, para que todos sean afectados por aquel y por último, se pacta una cláusula de garantía que no es otra que si durante una campaña no se produjera el cese de todos los grupos de trabajadores o vehículos, a la siguiente campaña, los que no habían sido cesados en la anterior, cesarían primeramente en ésta.

Tras indicar la necesidad de ser previamente cesados todos los trabajadores eventuales de la empresa antes de los fijos discontinuos,

y tras terminar de regularse esa forma de cese rotatorio de los fijos discontinuos, lógicamente se pacta, por ser consustancial con la propia naturaleza del trabajo a realizar, los posibles ceses en días aislados, dentro de la campaña, por causas de tipo climatológico, estado de cultivos, fuerza mayor, etc... Pero también en este supuesto, se suple cualquier deficiencia relativa al llamamiento general, por cuanto que en estos días donde sólo se tengan que producir pequeños llamamientos debidos a las condiciones climatológicas, la prestación de servicios por determinados trabajadores, se tendrá en cuenta con respecto al resto, a la hora de efectuar el cómputo anual de jornadas de toda la plantilla.

Este novedoso convenio recoge desde mi punto de vista las dos características fundamentales a que antes me he referido. En primer lugar se reconoce expresamente en Convenio Colectivo de sector agrícola, la figura del fijo discontinuo. Y en segundo lugar, reconocida tal figura con las peculiaridades que se consagran, se establece la llamativa, nueva y novedosa fórmula de llamamiento y cese al trabajo, en el que sin seguir los criterios impuestos por el Estatuto de los Trabajadores, el Decreto 2.104/84, de 21 de noviembre y demás normas complementarias, se implanta el llamamiento al trabajo colectivo por autobuses o medios de locomoción que agrupan a trabajadores, o por zonas geográficas, con la también peculiaridad de que el trabajo se reparte de forma solidaria y equitativa entre todos estos trabajadores ahora reconocidos como fijos discontinuos.

XVIII. REACCIÓN SINDICAL CONTRA EL PACTO-CONVENIO

Presentado el Convenio Colectivo ante la entonces Dirección Provincial de Trabajo, para su inscripción, registro y posterior publicación en el B.O.R.M., ante lo novedoso del tema, y a la vista de que la Administración detecta innumerables modificaciones introducidas por las partes en el articulado del Convenio, que podían afectar a normas de derecho necesario y lo que es más importante, a vicios en la constitución de la Comisión Negociadora del Convenio, comunicaciones y notificaciones entre las distintas representaciones y representatividad de los suscriptores de aquel, y por entender en suma, que se podía vulnerar la legislación vigente al respecto, o lesionar gravemente intereses de terceros, según establecía el

apartado 5.º del art. 90 de la Ley 8/80, que aprobó el Estatuto de los Trabajadores, la Autoridad Laboral, remite de oficio el Convenio Colectivo al Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, quien, en trámite de conflicto colectivo, resuelve sobre la solicitud cursada por la Dirección de Trabajo en sentencia de 10 de enero de 1991, recurso 31/90, Ponente Sr. Abadía Vicente, declarando la nulidad del Convenio sometido a su consideración, como estatutario, al no sujetarse la tramitación del mismo a las prescripciones del Título 3.º del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio del valor que las partes firmantes pudieran asignarle como pacto de derecho común, y de las eventuales acciones que contra el mismo correspondan a parte legitimada.

No se reconoce al Convenio su valor de colectivo y «erga omnes» en los términos dichos, aunque sí se le reconoce su carácter de Pacto de Eficacia Limitada entre los suscriptores.

La Dirección Provincial de Trabajo, a la vista de esta sentencia, el 18 de enero de 1991, dicta resolución acordando el registro especial del Convenio Colectivo para las Empresas Cosecheras y Productoras de Tomate y otros Productos Agrícolas y sus trabajadores de la Región de Murcia, con valor de acuerdo de eficacia limitada, por tener el carácter de «extraestatutario», y se publica el mismo en el B.O.R.M. de 20 de febrero de 1991.

Paralelamente, por parte del Sindicato CC.OO. se plantea acción de nulidad del Convenio Colectivo, ya Pacto de Eficacia Limitada, por entenderlo nulo de pleno derecho, en cuanto que no sólo vulneraba la legalidad vigente hasta la fecha, sino que al introducir un sistema distinto de llamamiento del establecido en el Estatuto de los Trabajadores, entendía perjudicaba derechos de terceros, que podían aducir mejor derecho en el llamamiento ante un hipotético reconocimiento de su antigüedad. Se presenta conflicto colectivo ante la Autoridad Laboral, que posteriormente con valor de demanda se formula también ante la Sala de lo Social del T.S.J. de Murcia, y tras el correspondiente juicio, al que lógicamente comparece como parte actora el Sindicato CC.OO. y como demandadas PROEXPORT y U.G.T., aquella dicta sentencia el día 13.3.91, Recurso 8/91, Ponente Sr. Sempere Navarro, en la que en su fallo se declara conforme a derecho el Anexo II del Convenio de Eficacia Limitada suscrito entre U.G.T. y PROEXPORT, a fin de regular las relaciones laborales durante 1991, en el sector de empresas cosecheras y productoras de tomate en la parte del mismo que regula la figura de los fijos

discontinuos, conteniendo un criterio para proceder a su llamamiento y cese en el trabajo, desde la mera antigüedad.

El mismo fallo, deja a salvo el eventual ejercicio de acciones individuales de trabajadores o de terceros, que entendieran que con anterioridad al año 1991 pudiera haber existido una relación laboral incluíble dentro de la categoría de las fijas discontinuas. También se declara ajustado a derecho el art. 6.a) del Convenio Colectivo, dejando a salvo los eventuales derechos de los trabajadores que hubieran adquirido la condición de fijo a la entrada en vigor del Convenio, o quienes la adquirieran a través de otros procedimientos, y por último, también en el fallo, acuerda remitir la presente sentencia, en cuanto clarificadora del alcance con que ha de interpretarse el Convenio Colectivo y a los efectos oportunos, a la Dirección Provincial de Trabajo y S.Social de Murcia.

XIX. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. DE MURCIA DE 13 DE MARZO DE 1991

La sentencia núm. 138 recaída en Autos 8/91-Conflicto colectivo, a la que antes hemos hecho referencia y que con valentía declaró ajustado a derecho el Anexo II del Convenio de Eficacia Limitada que estamos comentando en lo referente a la regulación de la figura del fijo discontinuo y el nuevo criterio de su llamamiento y cese, necesita desde mi punto de vista, un análisis detallado de su fundamentación jurídica, por cuanto que a la larga veremos que ha sido trascendental para que el legislador, a la vista de su contenido y de la Sentencia del T.S. que la confirmó, modifique con posterioridad el Estatuto de los Trabajadores en lo referente al criterio del llamamiento de los fijos discontinuos.

Tras analizar en los párrafos 1.º y 2.º del Antecedente de Hecho 5.º de la Sentencia, las vicisitudes de la negociación colectiva que llevó en su día a la firma el 30 de octubre de 1990 del Convenio Colectivo de Eficacia Limitada que tantas veces hemos comentado; tras constatar los motivos impugnatorios del conflicto colectivo que dio lugar al Recurso 8/91, articulados por el Sindicato CC.OO.; entre el que destacaba a juicio de ese Sindicato la confusa normación de los trabajadores fijos discontinuos que contenía el Anexo II del Convenio, que llevaba a sustituir el criterio de la antigüedad en cuanto al llamamiento y cese

preferente (art. 15.6. E.T.), por otro impreciso y relativo a grupos de trabajadores por fincas o medios de locomoción, lo que dejaba un amplio margen de arbitrio empresarial que provocaba indefensión y renuncia de derechos prohibidos en el art. 3.5. E.T. La Sala, en la Sentencia que comentamos y en el apart. 3.º del Antecedente de Hecho 5.º, declaró expresamente probado, tras valorar las pruebas propuestas y practicar las mismas, una serie de extremos que por su interés y a modo de resumen, pasamos a desarrollar:

- 1.º Se constató que la inmensa mayoría de centros de trabajo, venían aplicando hasta el presente un sistema de llamamientos similar al consensuado en el Pacto de Eficacia Limitada.
- 2.º El estricto llamamiento por riguroso orden de antigüedad difícilmente podría conciliarse con la puesta a disposición de medios de locomoción por parte de la empresa, y en favor de trabajadores que vivían alejados de los núcleos en que se desarrolla la actividad.
- 3.º Tanto por las ampliaciones de plantillas realizadas en alguna empresa como en el modo en que se ha venido repartiendo la actividad en las mismas, hasta el presente ha sido del todo excepcional el que los trabajadores adquieran la fijeza por el desarrollo de la actividad durante el número de días y en las condiciones fijadas por el Convenio del Campo que se venía aplicando.
- 4.º Pese a no venir reconocidos como trabajadores fijos discontinuos es práctica habitual el que los mismos, con aceptación de la empresa, soliciten lo que llaman «excedencia», para dejar de acudir a prestar el servicio durante determinado período y poder mantener la expectativa de reincorporarse al «grupo» o «autobús», en cuanto les volviese a interesar.
- 5.º En algunas empresas del sector se convina el sistema de llamamiento por «autobuses», junto con un criterio de distribución equitativa del trabajo, procurando que al cabo del año se homogeneice el número de días de actividad efectivamente prestada por cada trabajador.
- 6.º En los contratos puestos a la firma de los trabajadores fijos discontinuos y como consecuencia de la aplicación del régimen previsto en el Convenio impugnado, se respeta la antigüedad que cada uno tiene a efectos de calcular su eventual indemnización por despido.

De la trascendencia del tema, sometido al criterio de la Sala de lo Social del T.S.J. de Murcia, habla el primer Fundamento de Derecho de la misma, donde aquella textualmente indica que **«no se le escapa a la Sala la honda trascendencia y repercusión social que en la cuestión sometida a controversia comporta**, visto el número elevado de trabajadores incluíbles en el Pacto de Eficacia Limitada, y la incidencia que sobre ciertas empresas y zonas geográficas posee el sector de actividad en cuyo seno surge el litigio».

De la dificultad de las soluciones a dar a tan controvertido tema nos sigue hablando ese Primer Fundamento de Derecho de la sentencia que comentamos, cuando, también en la misma de forma textual se indica: **«Tampoco nos es ajena la dificultad en el hallazgo de una ordenación jurídica de la relación laboral en cuestión, y el avance que comporta la clarificación obtenida en tales cuestiones. «**

Y es precisamente para el hallazgo de la solución que al final encuentra el Juzgador en la sentencia, por lo que analiza una serie de argumentos vertidos en el transcurso del acto del juicio, y que no son otros que el hecho de que se produjera un gran número de adhesiones al Pacto de Eficacia Limitada, y que no era sino el exponente de la opinión que el colectivo de trabajadores a que se dirigía el Convenio tenían sobre el mismo, es decir sobre su mayor o menor favorabilidad, pero no su conformidad a derecho. Sobre este tema la sujeción del Convenio Colectivo respecto del ordenamiento jurídico, resulta inestimable, y ello con independencia del grado de aceptación que la norma paccionada reciba (art. 3.E.T.). Es claro que la ley ocupa un lugar preeminente y más destacado que el Convenio en el orden de la jerarquía normativa, y uno debe someterse a la otra (Sentencias del T.C. 58/1985, 177/1988; 171/1989 y 210/1990). Este tema se desarrolla más adelante en la sentencia.

Ya habíamos comentado con anterioridad el alcance de la sentencia del T.S.J. de Murcia, n.º25/90, de 31 de enero de 1990, referido al despido de un trabajador de los denominados «eventuales», que obtuvo su primera sentencia estimatoria en lo referente a la consideración de fijo discontinuo, sentencia que sirvió para la consecución de los acuerdos posteriores que fructificaron en el Convenio.

Lógicamente esa sentencia podía ser, en su contenido, totalmente contradictoria con la ahora dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. que estamos analizando; pues bien, este tema se matiza y estudia perfectamente en esta sentencia, cuando se indica que la cuestión no es similar a la resuelta en la sentencia 25/90, pues en esta se trataba de

delimitar a efectos de despido, la naturaleza del vínculo laboral, y respecto de un trabajador empleado en empresa agrícola de actividades cuasi industriales. De manera, y aquí se establece la clausula de salvaguarda por parte de la Sala, que no puede entenderse que exista ya cosa juzgada o pronunciamiento resolviendo un problema que es del todo nuevo.

Se hace un estudio en la sentencia, del alcance de la ya repetida 25/90, que también hemos comentado, y tras citar las resoluciones del T.Constitucional 2/83, 63/84, 25/87 y 101/87, que permiten el variar a los Tribunales razonablemente su criterio si se pudiera entender que éste se había producido, se razona que nada tiene que ver el contenido de ambas sentencias, por cuanto que la primera sólo resolvía determinados e individualizados hechos, y lo que ahora se hace es llevar a cabo el contraste o control de legalidad de una norma, con abstracción de las singulares circunstancias de cada destinatario y lo que la sentencia enjuicia, es precisamente la viabilidad de la única solución que hasta el momento los propios interlocutores sociales han acabado por alumbrar tras el proceso, a cuya gestación se refería la sentencia 25/90.

Como se observará, es lógico el enunciado del título del apartado que hemos denominado «UNA LLAMADA DE ATENCIÓN A LA COMISIÓN DE ESTUDIO», gracias al contenido y alcance de la sentencia 25/90, se pudo conseguir y así fructificó el trascendental pacto donde se creó nuestro fijo discontinuo agrícola murciano.

Analiza la sentencia, en sus párrafos c), d) y f) del Fundamento de Derecho 1.º, si la misma vulnera el principio de legalidad o si estamos en presencia de derechos que la Ley garantiza a la negociación colectiva (el art. 37 de la Constitución y si la misma se sujeta al ordenamiento jurídico (art. 9.1. de la Constitución), cuestiones estas que deja resueltas en los Fundamentos de Derecho que a continuación analizamos.

En el Fundamento de Derecho 2.º, tras estudiar la posible disposición o renuncia de derechos que para los trabajadores comportaba el no ser llamados por estricta antigüedad a la prestación de su trabajo, según postulaba el Sindicato CC.OO. en su recurso, y tras hacer un análisis pormenorizado del contenido de la sentencia constitucional núm. 58/85, sobre la posible disposición de derechos individuales por la negociación colectiva, concluye que si el pacto colectivo suscrito por U.,G.T. y PROEXPORT persigue **realizar una redistribución solidaria del empleo** e implica una valoración de

objetivos o fines, eligiendo los preferibles y descartando otros que no por ello son indeseables, sino simplemente, postergados en la negociación, es claro que siendo objetivos constitucionales en la vida social y en el pleno empleo, así como la prestación frente al desempleo, principios todos ellos constitucionales recogidos en los arts. de la Carta Magna 9.2., 40.1, y 41, **no parece carente de justificación el eventual e hipotético sacrificio de un derecho a ser llamado por riguroso orden de antigüedad en favor de otro derecho a compartir la actividad ofrecida por la empresa y a clarificar la naturaleza de la relación laboral existente, propiciando el acceso a prestaciones por desempleo.**

Sigue indicando esta resolución, que para quienes suscriben el pacto o se adhieren al mismo, no cabe duda de que éste se presenta como un instrumento para progresar en la mejora de las condiciones de trabajo, a fin de conseguir el progreso. (art. 117 y 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, B.O.E. 1.1.86).

Salvaguardando a cualquier trabajador que a título individual entendiera el pacto como lesivo a sus derechos individuales y que contra el mismo pudiera ejercitar las acciones que entendiera pertinentes, matiza que la eventual renuncia de estos derechos individuales, queda justificada por la prosecución de objetivos dotados de una mayor relevancia jurídica y ordenados por la negociación colectiva.

Si hasta ese momento la sentencia estudia realmente cuestiones de hecho que quedan plenamente justificadas, y que desde el punto de vista normativo quedan perfectamente convalidadas, es a partir del Fundamento de Derecho 3.º donde se va a resolver el argumento **axial** de toda la controversia, cual es la posible colisión existente entre el art. 15.6. del Estatuto de los Trabajadores y las previsiones convencionales.

Se analiza la contradicción existente entre el tenor literal del Anexo II del Convenio Colectivo, que indica por un lado que no puede producirse el llamamiento y cese por riguroso orden de antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos en las empresas, sino que habrá de operarse «atendiendo a las necesidades de trabajo, a partir del inicio de la campaña o ciclo productivo, por grupos de trabajadores de distintas zonas geográficas o que puedan acudir al trabajo con sistemas de locomoción que precisen su agrupamiento», y **el texto del art. 15.6. de la Ley 8/80, que determina que « el llamamiento deberá hacerse por riguroso orden de antigüedad».** Esa contradicción también aparece, como ya hemos visto repetidas

veces, en el art. 14 del R.D. 2.104/84, que transcribe la redacción literal del Estatuto, aunque en dicho R. Decreto en su inciso último se establece el texto al que también antes nos hemos referido, de que **«la negociación colectiva podrá establecer las condiciones de convocatoria y llamamiento»**.

Esta hipotética contradicción la resuelve perfectamente la sentencia, tras indicar lógicamente, que si el art. 15.6. del Estatuto ha marcado el criterio del llamamiento por orden de antigüedad, en la medida que reglamentariamente se permitiera la postergación de este principio, había que proclamar la nulidad del pacto, pero como resulta y así razona la Sala, que el propio artículo 14 del R. Decreto 2.104/84, reiterando la validez del criterio de la antigüedad para determinar el orden de los llamamientos, permite a través de la negociación colectiva determinar las condiciones de estos, adoptando la norma general a las peculiaridades de cada sector y desplegando su virtualidad el «principio de norma mínima», éste se cumple por exceso, con lo que se tronca el estricto criterio por otro más beneficioso.

Por otro lado, lo que el art. 14. del R. Decreto citado establece, es un indicativo de que el tema no está cerrado por completo en la negociación colectiva, y que el derecho de los fijos discontinuos a ser llamados al trabajo, admite cierta ordenación por parte de los Convenios Colectivos.

¿Se produce un choque o contradicción entre el llamamiento acogido por el Convenio con respecto a las prescripciones del Estatuto de los Trabajadores?

A esa pregunta responde el Fundamento de Derecho 4.º, cuando establece que es en el art. 3.3. del Estatuto de los Trabajadores, donde se pone de manifiesto la existencia en nuestro ordenamiento jurídico laboral, de normas de derecho necesario relativo, que lógicamente ceden ante otras que se reputen más favorables para los trabajadores, y siempre que se respeten en todo caso los mínimos inmodificables.

Resulta que estamos ante un supuesto descrito por el anterior precepto; la norma estatal, es decir la contenida en el art. 15.6 del E.T. contiene un criterio que resulta superado por otro más favorable, incluido en el texto del Convenio, y eso aunque admitiera su discusión hay que pensar que los suscriptores del convenio así lo han entendido. Pero no sólo son los interlocutores sociales los que han considerado como más favorable la norma convencional, sino que como también razona la sentencia desde un punto de vista objetivo, la regulación de

los fijos discontinuos del Convenio, resulta preferible a la norma del Estatuto si tenemos en cuenta lo siguiente:

1. La jurisprudencia, mayoritariamente ha venido descartando la aplicación de las categorías generales sobre duración de los contratos a las actividades agrícolas, aduciendo la persistencia de la regulación contenida en la Ordenanza Laboral del sector, donde , como ya hemos criticado, sólo se habla de trabajadores temporeros y eventuales.
2. La admisión de la existencia de fijos discontinuos, ha sido hasta el momento negada en el ámbito a que se aplica el Convenio, mientras que a partir de su entrada en vigor, se contempla un fenómeno de índole opuesto.
3. La naturaleza del pacto, al estar dotado de eficacia limitada, conduce a que los trabajadores puedan inclinarse a su no incorporación a lo en él contemplado.
4. Hasta el presente, y esto es importantísimo, no se habían realizado cotizaciones por desempleo y por tanto percibir prestaciones, mientras que a partir de la entrada en vigor del Convenio, esta situación será totalmente distinta para quienes queden configurados como fijos discontinuos.
5. Por último, al imponerse los empresarios la obligación de transportar a los trabajadores hasta el centro de trabajo, sólo tiene sentido si el llamamiento se lleva a cabo en la forma prevista en el pacto y no atendiendo a razones de antigüedad puramente individuales.

Razonando la sentencia sobre la bondad del pacto, en el sentido de entenderlo como norma más beneficiosa para los trabajadores, la Sala centra a continuación su estudio en lo que para nosotros es el tema fundamental y motivo de nuestro estudio, cual es la admisión en las empresas agrícolas de la figura del fijo discontinuo.

Tras argumentar la línea jurisprudencial que inicialmente venía rechazando la existencia de trabajadores fijos discontinuos en el sector agrícola y que tiene punto de arranque en dos sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 19 de junio de 1979, Aranz. 4.157 y 4.158, y tras enumerar un sinfín de sentencias del mismo Tribunal en idéntico sentido, la sentencia que comentamos, cita por el contrario otras donde ya se atisba el criterio distinto, y en las que se postula que aunque no está expresamente prevista en la Ordenanza Laboral del Campo, es

admisible la figura del fijo discontinuo en el sector agrícola, como proclaman entre otras las sentencias del TCT de 25-2-87, Aranz. 4.139; de 17-3-87, Aranz. 5.551; y 23-9-87, Aranz. 19.691.

A continuación, en la propia sentencia, se hace un estudio pormenorizado de otras resoluciones de esa misma Sala de lo Social de Murcia, donde se constataba la prudencia y criterio restrictivo en la admisión de la figura del fijo discontinuo en la agricultura, entre otras la de 7 de febrero de 1990, la de 4 de abril de 1990, y la de 11 de marzo de 1991, es decir, de tan sólo dos días de antelación a la que estamos comentando, en la que se reafirma tal cautela al indicar que «la admisión de la figura del fijo discontinuo en la agricultura, no prevista en la Ordenanza del Campo de 1-7-75, debe hacerse con la mayor cautela, y no solo en base al hecho de los reiterados llamados al trabajo, tan característica en el mundo agrario por la sucesión de las mas variadas tareas, ya que lo contrario supondría la desaparición de la categoría del obrero eventual, típica en la agricultura».

La propia sentencia constata la actitud de seria resistencia de los tribunales laborales a la hora de determinar si concurren o no en las actividades agrícolas para que los trabajadores puedan ser considerados como fijos discontinuos, razonando a continuación que al no atacarse en el recurso de CC.OO. el vínculo laboral reconocido en el Convenio, hay que enjuiciar la legalidad del mismo a partir de la premisa querida en el, de que se regulen contratos de trabajadores fijos discontinuos.

Sienta entonces la Sala el criterio de la aceptación de tal figura, por cuanto además de resultar convincente la normación que del tema de los fijos discontinuos lleva a cabo el Convenio, se adecua a una práctica mayoritaria, se ajusta a las peculiaridades del sector a que va dirigida, **representa un logro social importantísimo, y clarifica el panorama y naturaleza de las relaciones jurídicas en su ámbito aplicativo.**

Resuelve a continuación de forma definitiva la contradicción a que antes hemos aludido, al indicar que efectivamente el art. 15.6 del E.T. resulta frontalmente contradicho cuando el pacto impugnado incorpora un criterio para el orden de llamamiento y cese diverso, pero tal colisión no puede entenderse en términos de nulidad de lo acordado, ya que mejora el tenor de la Ley 8/80, contribuyendo al logro de objetivos constitucionales (arts. 9.2.; 40 y 41) y comunitarios (arts. 2 y 117, Tratado de Roma), adecuando las generales previsiones a la realidad social (art. 3.1 Código Civil) y desplazando la situación jurídica precedente por otra nueva y mas favorable que la derivada de la estricta aplicación de la normativa estatal (art. 3.3. E.T.).

Desarrolla la sentencia otra serie de motivos que no son objeto del presente estudio, relativos a posible renuncia de derechos, a eventual exigencia de cotizaciones atrasadas, y a posibles derechos adquiridos o en trámite de adquisición, declara en su fallo **ajustado a derecho el Anexo II del Convenio de eficacia limitada suscrito entre U.G.T. y PROEXPORT a fin de regular las relaciones laborales en el sector de empresas cosecheras y productoras de tomate, en la parte del mismo que regula la figura de los fijos discontinuos, conteniendo un criterio para proceder a su llamamiento y cese en el trabajo diverso desde su mera antigüedad.**

Notificada la sentencia a las partes, y ante la trascendencia de la misma y su difusión en los distintos medios de comunicación, antes incluso de que se resolviera el recurso de casación inmediatamente anunciado por el sindicato CC.OO. contra el fallo de la anterior resolución, otros sectores empresariales agrícolas, junto con el mismo Sindicato U.G.T. transcriben el mismo convenio colectivo para otros sectores productivos tales como la recolección de cítricos, y recolección de fruta fresca y uva de mesa, donde a partir de entonces también se reconoce la figura del fijo discontinuo.

Queda tan solo como residual el antiguo Convenio Agrícola, Forestal y Pecuario, aplicable a las pequeñas explotaciones agropecuarias donde se sigue ignorando la figura ya reconocida en los anteriores, si bien por fin en el consensuado en el año 1997 aparece por fin establecida, con lo que al día de la fecha en todos los convenios colectivos agrícolas de la Región de Murcia se ha consolidado la figura del trabajador agrícola fijo discontinuo.

Tras este pequeño paréntesis, hay que indicar que el tema no quedó resuelto con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 13 de marzo de 1991, n.º 138/91, sino que la misma fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo de Justicia, ya que el Sindicato CC.OO. siguió manteniendo la nulidad del Convenio o Pacto de Eficacia Limitada.

XX. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE FEBRERO DE 1992

Preparado y posteriormente formalizado el Recurso de Casación por parte del Sindicato CC.OO. contra la Sentencia de la Sala de lo Social

de Murcia, e impugnado el recurso, tanto por el Sindicato U.G.T. como por PROEXPORT, y tras el traslado conferido al Ministerio Fiscal, la Sala 4.^a de lo Social, ante la trascendencia del tema y lo novedoso del mismo, acuerda señalar vista oral del citado recurso, cuya audiencia se celebró el día 19 de febrero de 1992. Resalto por su importancia el hecho de que la Sala 4.^a de lo Social abrió sus puertas para esta vista oral, por segunda vez en el período constitucional, y ello para escuchar de viva voz el informe de los litigantes en tan controvertido tema sometido a su consideración.

Con fecha 24 de febrero de 1992 se dicta la sentencia que ahora comentamos, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Martínez Emperador, que ahora recordamos por su trágica desaparición, cuya trascendencia fue tan grande en ámbitos laborales, que como después indicaremos, contribuyó a modificar la legislación en lo referente al llamamiento de los fijos discontinuos y la posibilidad de pactar las condiciones de las convocatorias por la negociación colectiva.

Tras examinar la sentencia todos y cada uno de los motivos del recurso, preparado y formalizado por el sindicato recurrente, y que se concretaba en especial en la vulneración a su juicio de los arts. 3.5. del E.T., sobre irrenunciabilidad de derechos, y del 15.6. del Estatuto de los Trabajadores, y de los arts. 11 y 14 del R. Decreto 2.104/84, establece en el Fundamento de Derecho 2.º de la misma, en primer lugar, que el convenio impugnado, aún de carácter extraestatutario, refleja autorregulación, que encuentra cobertura en el art. 37.1 de la Constitución, decidida por las organizaciones empresarial y sindical que lo suscribieron, para que desplegara sus efectos con relación a sus respectivos representados.

Ahora bien, tal y como se razona, tal esfera de libertad no tiene valor absoluto, ya que la autonomía colectiva se encuentra sometida a la primacía de la Ley, encontrando en sus mandatos de derecho necesario, límites que pueden afectar al contenido normativo fruto de la negociación, y ello cuando hablamos de convenios extraestatutarios, con lo que al tratarse de pactos extraestatutarios todavía debe existir mayor cautela.

Y esta doctrina de sometimiento a la primacía de la ley, es acorde con la sentada por el Tribunal Constitucional en sentencias tales como la 58/85, de 30 de abril, en la que se afirma que la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa determina el obligado sometimiento de la norma pactada al derecho necesario que consagra aquella, aún cuando también resalta la imposibilidad de asimilar las

relaciones entre ley y convenio colectivo a la que se instauran entre norma delegante y norma delegada. Por ello, la negociación colectiva extraestatutaria situada en plano de menor relieve que la anterior, ha de respetar en todo caso las normas de derecho necesario, ya que la esfera de libertad en que se desarrolla se haya sometida a los límites que impone el ordenamiento positivo.

Sentando el lógico criterio de que si se hubieran producido infracciones de derecho necesario en la sentencia de la Sala de lo Social de Murcia, no cabría otra conclusión que la de anular aquella, se centra el Tribunal Supremo en el estudio pormenorizado del convenio colectivo extraestatutario, del que considera refleja un equilibrio entre posturas que atienden intereses opuestos, cuyo equilibrio cedería si se eliminara alguna de las cláusulas pactadas, e impugnadas en el recurso, cual por ejemplo considerar no ajustado a derecho el sistema de llamamiento al trabajo distinto al de la antigüedad y mantener en cambio, como ya razonó también la sentencia de Murcia, la cláusula establecida en el art. 11 del Convenio, relativa al deber de las empresas de suministrar a su cargo medios de locomoción para los desplazamientos, pues difícilmente podía dar cumplimiento a tal deber si desapareciera el grupo de trabajadores y tuviera que hacerse el llamamiento de forma individualizada.

Alaba la Sala 4.^a de lo Social **la estrategia de los suscriptores del pacto extraestatutario, al encontrar la solución a un problema tan complejo cual era la atribución de fijeza discontinua a los trabajadores que venían prestando servicios entonces como temporeros o eventuales en labores agrícolas realizadas en años sucesivos.**

Para salvar el escollo que podía contener el art. 3.5 en relación con el 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, hábilmente razona el T.Supremo sobre algo que ya había resuelto la sentencia de la instancia. En el pacto extraestatutario no se lesionan derechos de quienes por la continuidad cíclica de la prestación de servicios, y por la identidad de tareas efectuadas en cada ciclo y por concurrir las demás circunstancias requeridas, reunieron las condiciones que imponía la legalidad vigente para alcanzar el reconocimiento de fijeza discontinua, por tanto el acuerdo pactado no perjudicaba los derechos indisponibles de esos trabajadores en orden a obtener el reconocimiento de su carácter o condición de fijos discontinuos con las peculiaridades de todo tipo consagradas en el art. 15.6. del Estatuto de los Trabajadores, con lo que en efecto queda a salvo el contenido del art. 3.5 del mismo precepto

legal, sobre indisponibilidad de derechos. Pero como resulta que los destinatarios del pacto son aquellos trabajadores cuyas circunstancias concurrentes no revestían claridad suficiente en orden a corresponderle la fijeza discontinua, es claro que el acuerdo logrado constituye un instrumento pacificador para situaciones de tensión, confusas hasta ese momento, eludiendo procesos individuales de resultado incierto y sobre todo con el fin de pacificar y clarificar su situación a través de un reconocimiento «ex nunc», de la fijeza discontinua y no mermaba, lógicamente, aquellos derechos de quienes de haber gozado individualmente de los requisitos exigidos para alcanzar la condición de fijos discontinuos, pudieran lograr de forma individual su reconocimiento con eficacia «ex tunc».

Razona el Tribunal Supremo, que no cabe entender que el pacto consagra renuncia individual de derechos, ni tampoco colectiva de los mismos, sino que se trata de un acuerdo transaccional que pacifica situaciones conflictivas. Las cláusulas impugnadas al atribuir en la forma que lo hacen la condición de fijo discontinuo, no resultan contrarias a lo establecido en el art. 3.c) del Estatuto de los Trabajadores.

En lo referente a la impugnación que efectúa el sindicato recurrente sobre el novedoso sistema de llamamiento y cese consagrado en el pacto extraestatutario, y que a su juicio vulnera el contenido del art. 15.6. del Estatuto de los Trabajadores, al consagrar con valor de derecho necesario, el llamamiento por rigurosa antigüedad, criterio asimismo consagrado por el art. 14 del R.D. 2.104/84, el Tribunal Supremo en su sentencia indica que en efecto aún cuando el tenor literal del art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores establece que el llamamiento deberá hacerse por rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad, y aún cuando tal redacción revista carácter imperativo, **no se establece en términos absolutos y de tal manera que sea la antigüedad individual el único criterio a considerar a efectos de llamamiento.**

Para sentar ese criterio indica que el propio precepto así lo demuestra al referir la antigüedad, no bajo meras condiciones individuales, con abstracción de otras consideraciones, sino con relación a las distintas especialidades que hubieran de atender cada ciclo de actividad. Sigue razonando con un ejemplo cual es el que el criterio del art. 15.6. ya citado, no ofrece solución a situaciones posibles, como sería que los trabajadores de la especialidad a llamar tuvieran todos la misma antigüedad.

Por ello, la remisión que efectúa la negociación colectiva el epígrafe último del art. 14 del R.D. 2.104/84, cobra pleno sentido, por la posibilidad que ofrece en orden al establecimiento por el convenio logrado de las condiciones de convocatoria o llamamiento, puede operar, no para romper el criterio imperativo de la antigüedad, pero sí para dar solución a supuestos como los que han sido mencionados.

Como resulta que el convenio de PROEXPORT pacifica la tensión existente respecto a la atribución de la fijeza discontinua ofreciendo soluciones a situaciones hasta entonces inciertas, reconociendo para todos los trabajadores la misma antigüedad, por lo cual al ser idéntica, no cabe entender que la fórmula que se establece en orden al llamamiento sea contraria al imperativo que consagra el tan repetido art. 15.6, sino acomodada al mismo. Se da por consiguiente una solución que las partes que suscribieron consideraron adecuada, pues se atendieron las exigencias que derivaban de las características singulares de las empresas afectadas por el convenio y convocantes, correspondientes a la ubicación de sus centros de trabajo, y por otro lado, la de los propios trabajadores en tanto que residen en localidades distintas y distantes de tales centros, y todo ello desde la garantía de un período de ocupación mínimo para cada ciclo productivo, y se les facilita además el desplazamiento a través de obligarse las empresas a poner a su cargo medios de locomoción adecuados.

No se atenta con el contenido del acuerdo, al criterio imperativo del art. 15.6., ya que fue pactado en la esfera que a la negociación colectiva refiere el último inciso del art. 14. del R.D. 2104/84, pues al establecerse en el pacto colectivo las fechas en que se inician las campañas y una garantía mínima en orden al tiempo de la duración de la prestación de servicios en cada ciclo, resulta evidente que los afectados pueden detectar sin lugar a dudas cuando se produjera la falta de su llamamiento a efectos de impugnarlo como manifestación de su despido.

Se desestima pues el recurso de casación formulado por el sindicato CC.OO. y se confirma la sentencia de la instancia del T.S.J. de Murcia, que ya hemos comentado.

A partir de ese momento, y a la vista del fallo del T.S. todos los trabajadores que no se habían adherido de forma individual al pacto de eficacia limitada, suscriben los contratos de trabajo de fijos discontinuos que les habían sido ofrecidos y desisten de cuantas reclamaciones habían planteado ante los Juzgados y cuya tramitación estaba suspendida a la espera del resultado final del procedimiento. El

Sindicato recurrente acata el fallo y procede a suscribir el siguiente Convenio, donde se reproduce idéntico articulado.

XXI. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LA POSTERIOR LEGISLACIÓN SOBRE FIJOS DISCONTINUOS.

CONCLUSIONES

Al principio de nuestra exposición, habíamos analizado todas y cada una de las disposiciones legales referidas a los llamamientos al trabajo de los fijos discontinuos que establecían en la antigüedad el criterio general y único para su llamamiento al trabajo.

Es a partir de esta sentencia del Tribunal Supremo, la primera que sobre tan concreto tema se pronuncia, cuando el legislador, seguramente acogiendo este criterio, y ante la trascendencia e importancia de la negociación colectiva en todos y cada uno de los órdenes de la vida diaria, y en especial del tema que nos ocupa, cambia radicalmente el criterio estricto del llamamiento al trabajo por la antigüedad, por otro más lógico e indefinido, cual es el que determinen los interlocutores sociales dentro de aquella, pues les posibilita establecer y pactar las condiciones de convocatoria o llamamiento. Así, tanto el R. Decreto Ley 18/93 de 3 de diciembre como la Ley 10/94, de 19 de mayo y el reciente Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, en su R.D.L. 8/97, de 16 de mayo, ya expresamente determinan, al definir a los trabajadores fijos discontinuos, que éstos **serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios.**

Aquella novedosa idea de los interlocutores sociales, de nuestro sector agrícola murciano, de establecer en sus relaciones laborales, referidas a la fijeza discontinua, un criterio distinto y novedoso al de la exclusiva antigüedad, había fructificado. Aquella no es sino una de tantas opciones que las partes por el mandato imperativo del art. 37 de la Constitución, referida a la negociación colectiva, podrán establecer en lo sucesivo, dentro de sus relaciones laborales, cuyos criterios a partir de ahora vendrán amparados por normas positivas.

El sistema actual de llamamiento de los trabajadores agrícolas fijos discontinuos en nuestra Región, ha tenido sus consecuencias positivas. En los sucesivos Convenios de todos los sectores agrícolas de la

Región de Murcia, que se fueron negociando a partir de aquel de 1991, cuya legalidad ratificó el Tribunal Supremo, se ha mantenido, con valor de convenios estatutarios, por la firma de las Asociaciones Empresariales y Sindicales representativas, el sistema de llamamiento por trabajadores agrupados que se desplazaban a las fincas por medios de locomoción puestos por la empresa, sin tener en cuenta para nada su antigüedad en las empresas, y además entre otras mejoras y en beneficio de los próximos trabajadores que adquieran la condición de fijos discontinuos se ha rebajado en el Convenio de 1997 a 160 días el número de jornadas que tienen que prestar en los años inicialmente pactados para la adquisición de tal condición.

La conclusión práctica de aquel cambio, ha redundado en beneficio de todos. De las abundantes reclamaciones ante los Juzgados de lo Social y Tribunal Superior de Justicia efectuadas con anterioridad al año 1991, se ha pasado a una época de total pacificación y ausencia de cualquier tipo de queja en lo referido a las posibles vulneraciones de derechos relativos a llamamientos de fijos discontinuos agrícolas. No sólo se ha regularizado la situación laboral de los sectores agropecuarios, sino que se ha conseguido el importante fin pretendido en su día por las partes que suscribieron aquel audaz convenio, que no ha sido otra que un mantenimiento de empleo prácticamente estable, con un reparto solidario de trabajo, con un innumerable reconocimiento de relaciones laborales fijas, aún siendo discontinuas, y que han posibilitado en épocas de baja actividad, a la percepción por parte de los trabajadores, de prestaciones contributivas, no subsidio, de desempleo, que le sitúa ahora en unas condiciones superiores a sus vecinos andaluces, a quienes antes envidiaban.

Tal vez sea la presente, una época coyuntural en lo relativo al pleno empleo en los sectores agrícolas murcianos, pero en todo caso, quiero terminar este estudio, haciendo una llamada de reflexión hacia otros sectores de nuestra actividad productiva, donde tal vez no hayan podido percatarse de la realidad social en la forma que lo hicieron otros y siguen manteniendo situaciones de rigidez en los llamamientos al trabajo, que impiden, de hecho y de derecho, una mayor movilidad funcional en las empresas, y perjudican, al no establecer criterios de reparto solidario, a unos trabajadores más modernos con respecto a otros, que en su día tuvieron la suerte de iniciar relaciones laborales con anterioridad a aquellos.

El mandato establecido en nuestro art. 35 de la Constitución sobre el derecho al trabajo, parecer ser que lo hemos conseguido. Tal vez no

sea una panacea, pero la solidaridad en el reparto de éste, hará que en los próximos años se plasmen en las relaciones laborales fórmulas parecidas o similares a la que hemos desarrollado, con el único fin de que exista una mayor distribución del trabajo entre todos los que quieran y no puedan acceder a él, debido a criterios restrictivos y no imaginativos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALARCÓN CARACUEL M. R.: La ordenación del tiempo del trabajo. Tecnos. Madrid, 1988.
- BAYLOS GRAU, A. «Trabajo a tiempo parcial fijos discontinuos y contratos de relevo», en la Reforma Laboral de 1994, Madrid. (Marcial Pons, 1994).
- BLASCO SEGURA, R: «En torno al contrato de trabajo de temporada». AL. 1985, núm. 45.
- BORRAJO DACRUZ, E. «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social». Revista de Política Social, 1978.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «El contrato de los trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/84» (Relaciones Laborales, 1985).
- GARCÍA ORTEGA, J.: «Las relaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos», Barcelona (Bosch Editor, 1990).
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Fuerza mayor. Trabajadores fijos discontinuos y no reapertura del centro de trabajo». (Relaciones Laborales, 1987).
- HERNÁIZ MÁRQUEZ, M.: «Los trabajadores de campaña». Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958.
- LÓPEZ MONIS DE CAVO, C. «La protección por desempleo en el sistema español de Seguridad Social». Fundación Universidad de Empresa. Madrid, 1978.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Derecho del Trabajo», Madrid (Tecnos, 1995).
- MARTÍNEZ ABASCAL, A. V.: «El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: Análisis de las peculiaridades de su

- régimen jurídico». Revista Española de Derecho del Trabajo. 1988
núm. 36.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Duración del contrato de trabajo». Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Madrid (Edersa, 1983).
- MONTOYA MELGAR, A: «Derecho del Trabajo». Madrid. (Tecnos, 1995).
- RÍOS SALMERÓN, B: «La contratación de trabajadores fijos discontinuos». Documentación Laboral 1985, núm. 16.
- SALA FRANCO, T. «La Reforma del Mercado de Trabajo». Valencia. (CISS 1994).
- TÁRRAGA POVEDA, J. «Los fijos discontinuos y el derecho del trabajo». PPU. Barcelona 1991.
- YANINI BAEZA, J. «Monografía Ciencias Jurídicas. Madrid, 1998.

CONVENIOS COLECTIVOS CONSULTADOS

Convenio C. Interprovincial de Conservas, Semiconservas y Salazones de Pescado y Marisco (BOE 29-6-95).

Convenio Colectivo de Ámbito Estatal para la Fabricación de Conservas Vegetales (BOE 21-10-91, 10-10-95 y 26-11-97).

Convenio Colectivo para Empaquetado de Plátanos de Las Palmas (BOP 15-5-96).

Convenio Colectivo de Conservas y Salazones de Pescados de Huelva (BOP 28-3-96).

Convenio Colectivo de Comercio de Frutas y Hortalizas de Lérida (BOP 26-10-95).

Convenio Colectivo para Manipulado y Envasado de Frutas, Verduras y Hortalizas de Almería (BOJA 24-6-95).

Convenio Colectivo Interprovincial de la Industria Azucarera (BOE 19-1-95).

Convenio Colectivo para Aceite y Derivados y Aderezo y Relleno de Aceitunas de Jaén (BOP 14-2-96).

Convenio Colectivo para la Industria de Hostelería de Navarra (BON 24-7-95).

Convenio Colectivo Interprovincial para Hostelería y Turismo de Cataluña (DOGC 10-1-96).

Convenio Colectivo Interprovincial para Cítricos de la Comunidad Valenciana (DOGV 22-12-95).

Convenio Colectivo de Derivados de Agrios de Valencia (BOP 5-7-95).

Convenio Colectivo para la Industria y Comercio Vinícolas de Alicante (BOP 12.4.95).

Convenio Colectivo Agropecuario de Alicante (BOP 30.12.94).

- Convenio Colectivo de Comercio de Frutas y Hortalizas de Lérida (BOP 20.10.95).
- Convenio Colectivo para Empaquetado de Tomate de Las Palmas (BOP 30.12.94).
- Convenio Colectivo para la Empresa HERO ESPAÑA S.A. (BOE. 23.4.96).
- Convenio Colectivo para Empresas Cosecheras y Productoras de Frutas y Uva de Mesa y otros Productos Agrícolas y sus trabajadores de la Región de Murcia (BORM 20-5-91, 11-10-93, 30-6-94, 24-6-95, 17-7-96).
- Convenio Colectivo para Manipulado y Envasado de Frutas Frescas y Hortalizas de Murcia (BORM 29-1-88, 15-4-89, 7-7-90, 15-6-92, 13-10-93, 28-5-96, 5-4-97).
- Convenios Colectivos para las Empresas Cosecheras y Productoras de Tomate y otros Productos Agrícolas y sus trabajadores de Murcia (BORM 20-2-91, 14-8-93, 22-6-95, y 30-8-97).
- Convenio Colectivo de Trabajo para Manipulado de Frutos Secos y Descascarado de Almendras de la Región de Murcia (BORM. 18-10-93, 12-3-96).
- Convenios Colectivos para Recolectores de Cítricos de la Región de Murcia (BORM 6-7-92, 14-11-94, 15-7-96).
- Convenios Colectivos Agrícola, Forestal y Pecuario de la Región de Murcia (BORM 2-6-87, 18-5-89, 24-12-91, 25-3-92, 6-10-93, 8-1-95, 5-6-95, 16-7-96, 21-6-97).
- Convenios Colectivos de Manipulado y Envasado de Tomate Fresco de la Región de Murcia (BORM 2-7-88, 27-3-91, 4-6-92, 3-9-94, 7-3-96, 13-12-97).
- Convenios Colectivos de Manipulado y Envasado de Agrios de Murcia (BORM 29-1-88, 5-5-89, 25-1-90, 4-3-92, 15-2-94, 20-2-96).

CONTESTACIÓN
DEL
EXCELENTÍSIMO SEÑOR
D. BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN

Señoras y Señores:

He sido designado por mis compañeros de Corporación para contestar al discurso que el Abogado don Antonio Checa de Andrés nos acaba de leer, como trámite obligado para formalizar su ingreso en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de la región de Murcia. Encargo que asumo de buen grado porque se trata de un profesional de la abogacía, desde hace mucho ligado al mundo del trabajo, donde, como saben Ustedes, desempeño mis funciones de Juez laboral. Hay otra razón, quizá más importante: la sólida amistad que, como consecuencia de nuestra dilatada colaboración en el foro, ha surgido entre ambos.

Antonio Checa estudió la carrera de Derecho en nuestra Universidad. Se inscribió como Abogado ejerciente en el Ilustre Colegio de la capital murciana a primeros del año 1971, donde desempeñó cargos de gobierno. Ha asumido tareas docentes, que en parte prosigue, de modo particular en la prestigiosa Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Murcia. Ha intervenido como ponente en un buen número de cursos y jornadas. Y asistido, con notable participación, a varios Congresos, algunos de ellos celebrados en el extranjero.

Pero, sobre todo esto, prima su condición de Abogado. Y Abogado que ha destacado de manera notable en la práctica del Derecho, según los términos que utilizan los Estatutos de la Corporación. Ello es lo que ha determinado su investidura como nuevo Académico. Lleva veintisiete años de ejercicio, con dedicación íntegra y exclusiva al derecho social. Ha defendido a sus clientes en más de diez mil litigios. Lo ha hecho en casi todas las Magistraturas de Trabajo asentadas a lo largo y lo ancho de la geografía española. Y no sólo ante las Magistraturas que ahora llaman, por un prurito de simetría ideológica mal entendida y peor explicada, Juzgados de lo Social.

También, en instancias más elevadas, como los Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Pero la actividad profesional de Antonio Checa no se ha circunscrito a la defensa de intereses incoados ante un juez laboral. Más que los otros derechos, el del trabajo ha comprendido que el proceso es lucha y agonía. Que en el litigante vencido muere algo: su corazón será habilitado por Tanatos, y la concordia sustituida por el odio y el rencor, como nos explica con verbo brillante el italiano Domenico Corradini (*Il conflitto, Profili giuridici i nolitici*, 1992). Por eso, empresarios y trabajadores acuden con frecuencia a la negociación directa, en la que consiguen ciertamente el arreglo de una diferencia presente, pero añadidamente establecen la norma que en el futuro regirá sus relaciones: es el convenio colectivo, cuya eficacia general, ex art. 37.1 de la Constitución, sorprendería incluso a ese gigante español que fue don Federico de Castro y quizá le llevara a repensar su conocida teoría sobre las fuentes del derecho (*Derecho Civil de España*, t. I, 1955). Se trata de un universo riquísimo y apasionante, de cuyas leyes gravitatorias, cuando son debidamente respetadas, pende nada menos que la normalidad de las relaciones industriales y campesinas, y hasta la tranquilidad de la ciudadanía toda.

Digo lo anterior porque un aspecto relevante de la valiosa trayectoria profesional del nuevo Académico se identifica como una intensa participación en tratos y conversaciones preparatorios de compromisos colectivos que orientan la vida laboral diaria en sectores donde menudea la muy peculiar figura del trabajador fijo discontinuo, tema sobre que cabalmente versó el importante discurso que acabamos de oír.

* * *

Unas palabras muy breves a título de contestación. Muchas y variadas reflexiones sugiere la intervención del Abogado Antonio Checa. No me resisto a subrayar el papel de los Tribunales de Trabajo, como complemento de la permanente negociación de los interesados. El proceso es un mal, ya lo he dicho; pero un mal inevitable a veces. Los jueces afianzan lo que han convenido las partes y hasta colman lagunas cuando ni las partes ni la ley supieron ofrecer una clara solución. Es el papel de la jurisprudencia, la menor y la que proviene del Tribunal Supremo, titular primario de la prudencia jurisdiscente, si hemos de creer lo que el Código Civil nos enseña en su artículo 1.º 6.

Siempre en el entendido de que la jurisprudencia no es obra exclusiva de los jueces. Quienes así piensan, olvidan que, por regla, el Magistrado traduce, en clave de frío considerando, lo que antes ha defendido en tono vibrante y apasionado, un Abogado. Es lo que nos recuerda un gran jurista francés, Jean CARBONNIER, en un escrito postrero (*Droit et passions, du droit*, 1996). No es éste momento, sin embargo, para extenderme en torno a las interrogaciones y admiraciones, por decirlo con terminología gramatical, que ese aspecto del asunto nos sugiere. Mis observaciones deben de constreñirse, si quiero que posean una mínima pertinencia, a la figura del trabajador fijo discontinuo. Su proyección jurídica es origen de dudas innumerables: en el derecho del trabajo, en el derecho de la seguridad social, y hasta en una importante parcela del derecho común, como es el derecho concursal; temática que aquí no puedo, ni someramente, detallar. Si les diré, cuando menos, que esta póliformica institución bien pudiera afrontarse desde la perspectiva que hoy ofrece el llamado «análisis económico del derecho»: estudiamos una reglamentación jurídica para saber en qué medida propicia una eficiente asignación de los recursos disponibles. No olvidemos que por este camino, uno de los pioneros de la nueva doctrina, el profesor norteamericano Richard POSNER (*Economics Analysis of Law*, 1977), nos legó, durante los años que ejerció como Magistrado, una interesante fórmula matemática de que dependía la procedencia de una medida cautelar (COHEN: *Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: The view from the Bench*, 1985). Quizá sea posible, por este camino, encontrar una receta algebraica que nos muestre la manera más útil de organizar los reiterados llamamientos del fijo discontinuo en cada nueva campaña.

* * *

La documentada exposición que Antonio Checa nos ha ofrecido me reafirma en la creencia, sentida por mí desde hace tiempo, de que el trabajador de campaña ha sido y sigue siendo víctima del olvido, la desatención, y hasta la discriminación. En efecto: cuando el trabajador continuo o de todos los días consigue una mínima estabilidad, los obreros de temporada quedan al margen. Más tarde, cuando éstos últimos disfrutan de una cierta seguridad en el empleo, quienes quedan postergados son los temporeros de la agricultura. En nuestros días, finalmente, son todos los discontinuos los que sufren incerteza, no en

el campo del derecho del trabajo, sino en el terreno de la seguridad social, como consecuencia de haberseles identificado con algo muy diferente: el trabajador a tiempo parcial.

* * *

Conocida es la situación de los trabajadores a finales del siglo XIX. Eran víctimas de la revolución industrial, incluso los obreros españoles, aunque esta revolución fuera un puro fracaso en nuestro país, según las conclusiones del catalán Jordi NADAL, que gozan de una general aceptación (*El fracaso de la Revolución industrial en España, 1814-1913*, aparecida en 1975). Los operarios eran un simple accesorio de la máquina («ein blosses Zubehör der Maschine», como escribieran MARX/ENGELS en su *Manifest der Kommunistischen Partei*, 1848). Ello les convertía, según expresiones que encontramos en nuestros informes oficiales, estudios científicos y disposiciones legales, en un «proletariado ignorante» y en «clases inferiores», cosa que nos recuerda el Profesor y Académico Alfredo MONTROYA, en un excelente libro (*Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España, 1873-1978*, publicado en 1992). El cortejo de males que acechaban a las clases obreras y las aterradoras condiciones en que se desarrollaba su existencia es también algo conocido, siquiera sea por medio de la literatura popularizada de Charles DICKENS (*Oliver Twist*, 1838). Qué tremenda deuda histórica contrajo el empresariado de la época. Y dicho sea de paso: qué enorme pecado de impavidez conservadurista cometieron los autores de nuestro Código Civil, cuando en 1889 reproducen con desenfado las previsiones que casi un siglo antes había estampado el Código napoleónico de 1804, cuyo tufo señorial ha sido acertadamente subrayado por el belga Raul C. VAN CAENEGEM (*An Historical Introduction to Private Law*, 1992). Se asevera, entre otras cosas, que el amo será creído sobre el tanto del salario y sobre el pago del mismo (art. 1584). Pero el tiempo pasa. Y la lucha por un trabajo estable y digno va dando sus frutos. Tras una penosa y esforzada caminata, el trabajador consigue su ansiada estabilidad: no alcanzó una plaza en propiedad, como de los funcionarios se predica, aunque sí la presunción legal de que su contrato se entendía celebrado por tiempo indefinido; la rotura del compromiso sin justa causa imponía al empresario una obligación indemnizatoria. Eran los años cuarenta: doctrina y jurisprudencia extrajeron tan atrevida conclusión interpretando unos textos muy reducidos que contenía la Ley de

Contrato de Trabajo de 1944. Ahora bien: la conquista valía para los trabajadores de todos los días, no para los de temporada. Estos tuvieron que esperar hasta la publicación de la Ley de Relaciones Laborales en 1976; antes, sólo alguna norma sectorial (conserva del pescado por ejemplo) les ofrecía una cierta protección.

* * *

Veamos ahora el segundo olvido. Consagrada en todas las ramas de la industria y los servicios, por la citada Ley de 1976, la estabilidad del trabajador de temporada, quedó excluido sin embargo el temporero del campo. Siempre pensé que se trataba de un alejamiento infundado, y así lo puse de relieve en un escrito publicado en 1985, cuando apenas se disponía de literatura al propósito, y de que ha hecho mención el nuevo Académico. Ello determinó, en la práctica, que quedaran a la merced pretoriana de los Magistrados de Trabajo, quienes a veces dispensaban una fijeza harto dudosa en sus caracteres y sus consecuencias. Pero el trazo dominante era el repudio discriminatorio que el obrero agrícola apenas digería, pese a su resignación ancestral. Hasta que –precisamente en nuestra región– pasó a la fuerza: recuerden la interminable y dura huelga desatada hacia finales de los años ochenta. Los acuerdos alcanzados, sin embargo, fueron muy limitados: incluyeron una estipulación que, bien intencionada desde luego, viene a constituir en el sentir común el paradigma de la ineficacia: «crear una comisión de estudio» con el fin de resolver la situación de los trabajadores agrícolas de la Comunidad. De nuevo fue precisa la intervención pretoriana del juez de trabajo, cuyos pronunciamientos, sin par en el resto de la nación, han propiciado la consolidación de la fijeza discontinua agrícola y encauzado razonablemente el problema de los llamamientos periódicos por temporada. Todo esto nos lo ha explicado con detalle el Académico Antonio Checa.

* * *

Tercero y último extravío. Consiste, siempre según mi personal entendimiento, en la operación que nuestro legislador inicia en 1993 (RDL 18/93, de 3 diciembre): inclusión del trabajo discontinuo o temporero dentro del contrato de trabajo a tiempo parcial. Uno de los fines perseguidos era «convertir el trabajo a tiempo parcial (...) en factor que favorezca las tasas de ocupación». La consecuencia más importante no se manifiesta en el derecho del trabajo, sino en el juego

de los mecanismos de aseguramiento social. Dado que el trabajo discontinuo, en nuestra región, no es un factor ocupacional, sino una tradicional modalidad de empleo, la igualación de categorías, que aparenta no pasar de una reordenación escolástica, motiva un considerable trastorno en las reglas a que venía sujetándose el cálculo y devengo de las prestaciones de seguridad social, en particular, los subsidios de incapacidad temporal por enfermedad. Es un problema delicado, en que se enfrentan criterios administrativos e irritación obrera. Un análisis pormenorizado de la cuestión nos llevaría mucho tiempo. Y lo que yo perseguía no era otra cosa que glosar el interesante discurso que hemos oído y apuntar campos de reflexión que el obrero de temporada sugiere.

* * *

Termino ya. Reitero que el nuevo Académico, por su historia profesional y por la experiencia que su discurso confirma, acredita con creces sus elección. Sólo me resta, en nombre de la Corporación, dar al Abogado Antonio Checa la más cordial bienvenida.

