

INMACULADA BENAVENTE TORRES

Profesora TEU de la Facultad de Derecho. Universidad de Córdoba

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

Profesora Ayudante de la Facultad de Derecho. Universidad de Córdoba

Extracto:

LA proliferación de los fenómenos de descentralización productiva, y, destacadamente, el uso de las empresas de trabajo temporal a tales fines, suscita, entre otros problemas, los de la precarización de la contratación laboral y, señaladamente, el uso masivo de la contratación temporal. Contradictorio con la nominal intención de fomento de la contratación indefinida y control de la temporalidad laboral, emerge como posible solución conciliadora de tales fenómenos el de la adaptabilidad del contrato indefinido a las especificidades del sector productivo de cesión de trabajadores. Este campo de debate se sitúa en una problemática múltiple en la que intervienen aspectos conflictivos sobre configuración legal de la modalidad contractual fija-discontinua, determinación del objeto del contrato y el fenómeno de la suspensión.

Sumario:

- I. Consideraciones previas.
- II. ETT y contrato fijo discontinuo.
- III. ETT y suspensión: consideraciones críticas a la tesis doctrinal de que el contrato se encuentra suspendido durante los períodos de inactividad del trabajador.
 - A) Planteamiento preliminar.
 - B) Breve reseña sobre la evolución, fundamento y fin último de la institución de la suspensión.
 - C) ¿Son el mutuo acuerdo y/o las causas consignadas válidamente en el contrato motivos capaces de justificar la suspensión de la relación contractual laboral del trabajador fijo de la ETT cuando ésta no tenga puestas a disposición que atender?
 - a) Introducción.
 - b) Suspensión por mutuo acuerdo durante los períodos de inactividad. ¿Fraude de ley?
 - D) Inactividad del trabajador por falta de puestas a disposición que atender. ¿Posible motivo de suspensión por causas económicas?
 - E) Algunas conclusiones.

Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El vacío legal existente en torno a la calificación jurídica de la situación en que se encuentran aquellos trabajadores contratados indefinidamente ¹ por las empresas de trabajo temporal (en adelante ETT) durante los períodos de inactividad, esto es, cuando la empresa no tenga contratos de puesta a disposición que atender, hace especialmente interesante la indagación en la cuestión. La pregunta que se nos plantea es la siguiente: ¿en qué situación queda el trabajador contratado por la ETT por tiempo indefinido en los períodos en que no es enviado en misión? A pesar de los escasos pronunciamientos doctrinales que al respecto existen, podemos diferenciar dos líneas de tendencia.

Para algunos los trabajadores fijos de las ETT son en realidad trabajadores fijos-discontinuos vinculados a las efectivas puestas a disposición. Desde este punto de vista quedarían justificados legalmente los períodos de inactividad. Para otros, el contrato por el que el trabajador queda vinculado a la ETT es un contrato por tiempo indefinido común, al que se le aplicará, en consecuencia, la normativa de carácter general, de acuerdo con lo establecido en la LETT (art. 11.2 de la LETT). La ausencia de una regulación específica para estos supuestos ² hace que la mayoría de la doctrina ³ apueste por la posibilidad de que los períodos de inactividad del trabajador titular de este contrato indefinido común sean calificados como auténticas suspensiones legales ⁴ que provocan sobre la relación laboral los efectos típicos de toda suspensión: la exoneración del trabajador de prestar trabajo y la consiguiente desaparición de la obligación retributiva por parte de la ETT (art. 45.2 del ET).

¹ No olvidemos que las relaciones entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador que será puesto a disposición de una empresa usuaria surgen de la celebración entre ambos del correspondiente contrato de trabajo, que puede concertarse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.1 de la LETT «por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición».

² La LETT se limita a contemplar la viabilidad de la contratación por tiempo indefinido, pero sin afrontar importantes cuestiones de su régimen jurídico. *Vid.*, en este sentido CRUZ VILLALÓN, «El marco jurídico de la ETT» en la obra de AA.VV., *La reforma laboral de 1994*. Madrid, Marcial Pons, 1994. p. 80.

³ *Vid.*, como ejemplos, de nuevo, CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 97; ALBIOL MONTESINOS, «Las empresas de trabajo temporal». *Tribuna Social*, 43/1994, p. 120, que considera que para los períodos en los que no hubiera pedidos de cesión el contrato indefinido estaría en suspenso; BAYLOS GRAU, «Las relaciones laborales del trabajador con la empresa de trabajo temporal. La negociación colectiva en las empresas de trabajo temporal», en la obra de AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 1995, p. 184.

⁴ En contra, LÓPEZ BALAGUER, *La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición: aspectos individuales y colectivos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, pp. 98 a 101.

Los que abogan por esta postura consideran que la causa provocadora de la situación suspensiva y de sus inmediatos efectos no es sino fruto del acuerdo de las partes implicadas que, en base a la posibilidad establecida en los apartados a) y b) del artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), pueden crear causas de suspensión «a su medida»⁵.

Con el fin de analizar la materia, y dado la ausencia de una regulación *ad hoc*, utilizaremos los planteamientos doctrinales que al respecto existen para llegar, de este modo, a elaborar nuestras conclusiones y conformar nuestra propia tesis acerca de la calificación jurídico-legal que merece la situación planteada que, ya adelantamos, no coincidirá con las defendidas hasta ahora, con alguna excepción, por la doctrina.

II. ETT Y CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Desde hace algunos años, sectores doctrinales vienen señalando con mayor o menor incisividad la posible instrumentalización del contrato fijo discontinuo como fórmula de contención de la excesiva contratación temporal por parte de las ETT⁶. Desde estos planteamientos el fijo discontinuo, y con amparo en la amplia flexibilidad del uso de la fuerza de trabajo que permite, sería un medio idóneo para atender las necesidades irregulares de mano de obra por dichas empresas. No obstante, y a pesar del favor a la estabilidad en el empleo que tales planteamientos persiguen, consideramos necesario para negar o suscribir tales apreciaciones el estudio de la configuración legal y jurisprudencial de dicha modalidad contractual, a fin de concretar si efectivamente es posible su uso para los fines y utilidades señalados.

Para solventar la cuestión que ahora nos interesa podríamos afirmar que el contrato de trabajo fijo discontinuo se viene configurando legal, jurisprudencial y doctrinalmente en torno a tres grandes notas tipificadoras: su duración indefinida, la normalidad del trabajo objeto del contrato respecto de la actividad de la empresa, y la discontinuidad y periodicidad de la ejecución del servicio comprometido. Todas ellas se encuentran indisolublemente interrelacionadas, en tanto que la indefinición temporal del vínculo se impone por la fijeza de las tareas a desempeñar por el trabajador, observada ésta desde la perspectiva de la reiteración cíclica y homogénea de aquéllas.

⁵ Vid., al respecto, GARCÍA FERNÁNDEZ, «Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos», *Actualidad laboral* 1994-3, p. 527, que, no obstante, matiza al señalar que las suspensiones se pactarán en cada momento, de mutuo acuerdo «siempre que el término de la suspensión no dependa exclusivamente de la voluntad del empresario».

Más recientemente GALA DURÁN, *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*. Colex. Madrid, 1998, p. 202, si bien afirma que «de común acuerdo pueda pactarse la suspensión del contrato en los casos de falta de puesta a disposición, conforme a lo establecido en los artículos 45. 1. a) y b) del texto estatutario, lo que no resultará admisible es que esa suspensión viniera impuesta de forma obligatoria por el propio convenio colectivo de la ETT».

⁶ En este sentido, recientemente, por ejemplo: ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Una reflexión crítica sobre las Empresas de Trabajo Temporal: la temporalidad y la formación como paradigma extremo de flexibilidad laboral», *Revista de Derecho Social*, n.º 11, 2000, p. 21.

Desde las referidas características configuradoras del tipo contractual resulta fácil aceptar la fijeza discontinua que tradicionalmente se ha venido integrando dentro de la «periodicidad» de la prestación entendida en el sentido laxo del término ⁷, es decir, aquel trabajo discontinuo que responda a una regularidad o secuencia temporal ⁸, variable incluso en meses, pero en el que quepa apreciar una necesidad reiterada y provocada por factores que se repiten aproximadamente en las mismas fechas y respecto de la cual, por tanto, no cabe apreciar ocasionalidad o excepcionalidad alguna. Llámese trabajo de temporada, de campaña, estacional. Así, el Tribunal Supremo, en el marco de la delimitación del contrato fijo discontinuo frente al temporal ha asumido esta cualidad de la reiteración al afirmar que «existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad» ⁹. Son muy numerosas las sentencias que, ante una sucesión de contratos temporales con solución de continuidad, exigen para la declaración de la fijeza discontinua la apreciación de su integración en una secuencia temporal concreta y regular ¹⁰.

⁷ Por ejemplo: STS 27-9-1988 (7129). Periodicidad en sentido amplio de la que a menudo es palmaria muestra la jurisprudencia atinente a la actividad de determinados sectores de actividad, caracterizados por la falta de regularidad en la producción; por ejemplo, el sector de conservas y salazones de pescado [así, la STSJ Cantabria 18-5-1998 (2152), citando a la STS 8-7-1991 (5873), afirma que el que se puedan suceder varias campañas ininterrumpidamente por acumulación de frutos, realizando siempre tareas propias de la campaña, se trabaje o no todo el año, no afecta a la calificación de un contrato de trabajo como fijo-discontinuo]; o la fabricación de envases [*vid.*, por ejemplo: S. Comunidad Valenciana 12-3-1999 (1644)].

Caso, por ejemplo, de las SS del Juzgado de lo Social n.º 1 de Guipúzcoa/San Sebastián 6-5-1998 (A.S. 1870 y 1871) que reconoce la fijeza discontinua de un encuestador-entrevistador al servicio del Instituto Nacional de Estadística de Guipúzcoa en virtud de una sucesión contractual bastante irregular, basándose en participación del actor en una de las encuestas que obligatoriamente todos los años tiene que realizar el Instituto. La periodicidad, en tal caso, sería anual. Supuesto similar, si bien atendiendo a la reiteración de los cursos de formación y a la genérica obligación de formación ocupacional en los Centros Penitenciarios, respecto de profesora en cursos de Formación Profesional Ocupacional de Peluquería en Centros Penitenciarios no contratada para impartir un curso subvencionado [STSJ 1-10-1998 (3686)].

⁸ GARCÍA ORTEGA, *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 89.

⁹ SSTs 27-9-1988 (7129), 26-5-1997 (4426) y 5-7-1999 (6443).

¹⁰ Como podría ser el caso de la STCT 10-9-1986 (7535) en la que se niega la fijeza discontinua de la relación laboral que vincula a los trabajadores que se ocupan de las rectificaciones del Censo Electoral con anterioridad a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 19-6-1985; sólo a partir de la promulgación de ésta –no aplicable al supuesto por ser anterior– el sistema de rectificación del Censo Electoral se prevé anual y con una fecha concreta para el comienzo de su realización –día primero de cada año–, y, por consiguiente, se prevé con carácter periódico, en tanto que anteriormente se dictaban normas correspondientes a cada rectificación pero sin periodicidad ni fecha exacta. También la STCT 21-10-1987 (22582) rechaza la fijeza discontinua de una relación laboral atendiendo a la ausencia del carácter cíclico o desarrollado en fases periódicas de la actividad de la empresa, como tampoco se deduce de las fechas en las que el trabajador prestó sus servicios que tales obedezcan a períodos cíclicos, «pues comprenden prácticamente todos los meses del año sin que ni siquiera dentro de esta concreción mensual se pueda establecer ninguna forma de alternancia o reiteración». También, sin especificar la actividad empresarial, la STCT 11-2-1988 (1536) afirma el carácter eventual de los 17 contratos temporales realizados con el trabajador, dado que no cabe deducir que las contrataciones fueran cíclicas o periódicas ya que se le contrataba en varias ocasiones en el año y por un número de días escaso, desempeñando además a través de ellos diversas funciones. Respecto de labores agrícolas se niega la fijeza discontinua por cuanto fueron contratadas a lo largo de los años cuando lo requerían las necesidades de la explotación agrícola, algunos meses por un solo día, y no en función de una actividad cíclica y periódica de la demandada [STCT 1-3-1988 (2125)]. Contratado para manipulación y envasado de fruta en diversas épocas del año sin sujeción a la circunstancialidad de una motivación productiva cíclica o periódica [STCT 22-11-1988 (7417)]. Caso de sucesión de contratos temporales en diversas épocas que no cubren la temporada

Ahora bien, podría plantearse que no es ésa la única discontinuidad de la prestación en la que quepa apreciar la permanencia de las tareas. Podría quizá intentarse plantear una discontinuidad ajena a toda consideración de periodicidad y homogeneidad de los tiempos de trabajo. De hecho el artículo 15.8 ET sólo se refiere a la repetición en fechas no ciertas ¹¹ sin exigir que éstas respondan a una cierta regularidad temporal. También podría considerarse que apunta a la mentada posibilidad la desaparición de la referencia a los factores estacionales como determinantes de aquéllas ¹² y hasta la desaparición de la presunción de duración indefinida a partir del RD-L 5/2001. También la jurisprudencia lo ha venido admitiendo con anterioridad a la reforma iniciada por el RD-L 18/1993, si bien en escasas ocasiones ¹³.

Efectivamente, cabría mostrar algunas sentencias que verifican la existencia de tal modalidad de fijos discontinuos, tales como las del extinto TCT de 5-6-1981 (3843), 22-3-1983 (2399) y de 25-11-1985 (6430), respecto de las trabajadoras para el Hogar del Centro de Ayuda a Domicilio

completa sino a lo sumo, de seguido, mes y medio, a lo largo de dos años en hotel de temporada, por lo general abierto desde Semana Santa hasta el mes de noviembre: no es fijo discontinuo ya que «ha indicado también la doctrina que es preciso que la discontinuidad pueda ser previamente determinada, aunque sea de forma aproximada, sin que se incluyan en esta figura los trabajos discontinuos cuyo ciclo se interrumpe y reproduce aleatoriamente». [STSJ Cataluña 1-3-1995 (1088)]. En idénticos términos, en un supuesto clarísimo de contratación eventual de ayudante de cocina –atendiendo a las prestaciones que pudo acreditar la actora–: STSJ Castilla-La Mancha 25-5-1999 (2341)]. No es fijo discontinuo el trabajador contratado para la descarga de buques por empresa dedicada a la actividad de la alimentación dado que los diversos servicios prestados anualmente no responden a períodos cíclicos o temporales sino del número de buques a descargar, si bien la sentencia valora igualmente la ausencia de obligación de llamamiento al trabajador y de atención del ofrecimiento de trabajo por este último [STSJ Galicia 2-7-1998 (2417)].

¹¹ Son los que TÁRRAGA POVEDA designó como «fijos discontinuos no estacionales» o «fijos discontinuos de actividad errática o aleatoria» (TÁRRAGA POVEDA, *Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo*, PPU, Barcelona, 1991, p. 56). Así parece aceptarlo CRUZ VILLALÓN, «Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos», *Tribuna Social*, n.º 85, 1998, pp. 37 a 39.

También PEDRAJAS MORENO habla de «aleatoriedad de la campaña misma» al menos en la versión que se refiere a trabajos que no se repiten en fechas ciertas. Con ello parece aceptar implícitamente la posibilidad de que su frecuencia no obedezca a ciclos regulares, si bien previamente se ha referido a los «factores estacionales» como determinantes de los períodos de ejecución (PEDRAJAS MORENO, «El trabajo a tiempo parcial», en AAVV –Dir. VALDÉS DAL-RE–, *La reforma del Mercado Laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 143 y en «Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo», *RL, TI*, 1994, p. 419).

¹² Con el artículo 4.2 de la L. 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, se introduce una modificación respecto de la descripción de los trabajos fijos discontinuos que no se repiten en fechas ciertas sobre la redacción inicial del artículo 4.2 RD-L. 18/1993. Consiste en la desaparición de la referencia a los «factores estacionales» como determinantes de la actualización de los trabajos.

¹³ Por ejemplo, las SSTCT 25-2-1987 (4161) y 23-2-1987 (3840) y TSJ Madrid 28-2-1990 (685) afirman que el fijo discontinuo se caracteriza «... por el desempeño de tareas de ejecución intermitente o cíclica fijas discontinuas o periódicas, lo que supone trabajos cuya necesidad se presenta siempre, obedeciendo a determinadas circunstancias constantes, que se repiten de modo regular o irregular...», si bien no queda claro si esa «irregularidad es interna en el ciclo o es de carácter externo a éste». También la STSJ Madrid 3-11-1989 (2284) afirma que no es requisito esencial de la contratación fija discontinua la existencia de una temporada anual, por lo que la oscilación en el comienzo o finalización de ésta carece igualmente de trascendencia para la calificación de la relación. Por su parte, la STSJ Madrid 3-11-1989 (2287) considera indiferente que la repetición de la prestación fija discontinua se produzca en una temporada cíclica o en una temporada irregular, esto es, sin relación específica con un tiempo determinado, siendo por el contrario imprescindible que se trate de una actividad perteneciente al modelo productivo de la empresa, es decir, característica de aquélla, así como de una actividad constante, lo que exige su homogeneidad como medio de identificación de la permanencia. Véanse los ejemplos del texto.

de Madrid, contratadas para realizar tareas de limpieza, compra y preparación de alimentos, lavado de ropa y aseo personal y que se obligaban, a través de un contrato que se reconoció por el Tribunal como fijo discontinuo, a desempeñar el trabajo que les fuera asignado y cuya duración dependía de las necesidades del servicio, que era variable y discontinuo en dependencia directa de los beneficiarios que en cada momento hubiesen de atender. En consecuencia, distingue la sentencia entre la actividad general del Organismo, que es permanente sin que cese cada vez que las actoras queden temporalmente desocupadas, y la función individualizada de los servicios concretos de los trabajadores y que se corresponde con una necesidad que surge periódicamente. Disfrutaría de dicho carácter el trabajo de doblaje de películas o series a emitir por televisión que realizó la trabajadora durante más de tres años en estudios de grabación –de empresa cuya actividad era permanente– de forma discontinua [STSJ Galicia 20-4-1990 (112)]. Es también el caso de los encuestadores, ya que la actividad empresarial, pese a poder realizarse todos los días del año, normal y previsiblemente, presentará períodos de inactividad por ausencia de pedidos ¹⁴. Más recientemente, encontramos un ejemplo en la STSJ Cantabria 29-3-1995 (1067) que se refiere a las listas de espera de aspirantes aprobados de Correos a efectos de ser contratados temporalmente en régimen de interinidad por vacante o sustitución, entre otras modalidades, según el orden en que figuren en la lista. Desde la perspectiva de cada concreta prestación de servicios, la inclusión en esas relaciones ordinales de aspirantes constituye, en opinión del Tribunal, una precontractualidad, pero –continúa la sentencia– el ordenamiento jurídico laboral contempla este tipo de situaciones en su conjunto con la consideración de contrato de trabajo fijo discontinuo y aún más tras la reforma que, en el artículo 4.2 Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 diciembre, asignó la naturaleza contractual del fijo discontinuo, aún más claramente que el antiguo artículo 15.6 ET, a los trabajos continuos que no se repitan en fechas ciertas ¹⁵. Piénsese también en el sector de la hostelería y, en particular, en los camareros y demás personal que realiza servicios extraordinarios en días laborables o festivos ¹⁶. Y decisivamente ilustrativa de la posibilidad que exponemos de utilización del fijo discontinuo irregular en detrimento de la contratación temporal es la STSJ País Vasco 5-7-1999 ¹⁷. Esta última reconoce la fijeza discontinua de la relación laboral en su modalidad irregular o que no se repite en fechas ciertas, de un conserje con la Sociedad Filarmónica de Bilbao, que durante 20 años viene siendo contratado a través de puntuales y sucesivos contratos temporales a tiempo parcial de dos horas y media para las aproximadamente 40 veces al año en que se organizan los conciertos y charlas por dicha Sociedad a lo largo del año, variando en sus fechas aquéllos y sin poder apreciar propiamente una frecuencia cíclica asimilable a la estacional. Son muy interesantes los argumentos y comentarios que realiza. Valora de forma decisiva para el reconocimiento de la fijeza discontinua la permanencia en el tiempo de la actividad y, sub-

¹⁴ SSTSJ Andalucía/Sevilla 5-10-1990 (4541) y TSJ Cataluña 16-2-1993 (839). De admitirse su laboralidad (*vid.*: LÓPEZ GANDÍA, *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 55 y 56).

¹⁵ Partidario de la calificación de los aspirantes integrados en la lista de espera de Correos como fijos discontinuos: CARDENAL CARRO, «Las denominadas listas de espera para la contratación, especialmente en el Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos», AS, Vol. I, 1998, p. 2.570.

¹⁶ Son fijos discontinuos los camareros que prestan habitualmente servicios extraordinarios en restaurante de hotel; los trabajadores llamaban al hotel los jueves para conocer cuáles iban a ser los días de actividad, cuántos y el horario de la semana [STSJ Cataluña 13-11-1998 (4942)].

¹⁷ *Vid.* la sentencia y comentario de TAPIA HERMIDA en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*, Ed. Estudios Financieros, diciembre, 1999, n.º 201, p. 73 y ss.

sidiariamente –parece– a tales efectos, la homogeneidad aproximada del número de jornadas y su equilibrio mensual. Relativiza, en cambio, la importancia de que la concreción del trabajo dependa del calendario del empleador y lo espaciado en el tiempo de las singulares prestaciones, por cuanto tal irregularidad no debe repercutir negativamente en su derecho a la estabilidad en el empleo del trabajador; el difícil encuadramiento de la relación, el ajuste de los instrumentos jurídicos a la realidad, no puede saldarse con la desprotección de aquél y su vulneración al derecho de estabilidad en el empleo, seguridad y promoción profesional.

El grueso de todas ellas, salvo quizá la sorprendente STSJ Cantabria 29-3-1995 sobre listas de espera de los aspirantes aprobados de Correos, tiene en común varios elementos. En primer lugar, cabría admitir que la intermitencia de las actividades y su duración es intrínseca a la naturaleza objetiva de las mismas y no derivada de meros factores externos a las tareas a realizar. En segundo lugar, las tareas son permanentes en las empresas y gozan de una relativa certidumbre, aun cuando conozcan de interrupciones estructurales y de oscilaciones en la intensidad de la ocupación propias del carácter de la actividad. Y, en tercer lugar, para no perder la perspectiva de lo que planteamos al destacar estas concretas resoluciones jurisprudenciales, cabe apreciar otra característica común, la de su excepcionalidad respecto de lo que es la doctrina jurisprudencial general y muy asentada sobre delimitación de la contratación temporal y fija discontinua, aun cuando no pueda considerarse que entren en franca contradicción con aquélla.

Ante estos planteamientos, se suscitan de inmediato dos cuestiones fundamentales:

¿Cabría defender la fijeza discontinua en la contratación de servicios propios de la actividad de la empresa que no respondan en su actualización a secuencia regular alguna, sino, exclusivamente, a factores de mercado? Desde luego, vista la doctrina jurisprudencial sobre delimitación de la contratación temporal respecto de la fija discontinua, difícilmente prosperaría la pretensión del trabajador de declaración de la fijeza discontinua de su relación contractual por estar ausentes los referidos caracteres de reiteración cíclica, periódica y homogénea de las actividades; éstos se constituyen, a su vez, en requisitos o –a lo sumo, podríamos admitir– decisivos indicios de la normalidad y permanencia de las tareas.

¿Podría crearse *ex professo*, por ejemplo, a través de negociación colectiva o dejado a la libre configuración de las partes, un contrato fijo discontinuo alternativo a la lícita contratación temporal en el que estuviese ausente dicha nota de periodicidad laxa? En nuestra opinión, lo impide la configuración legal del contrato fijo discontinuo así como las exigencias de determinación del objeto del contrato de trabajo.

Respecto de la primera de las razones aludidas, es necesario atender a la naturaleza de la indefinición temporal del vínculo contractual del fijo discontinuo que nosotros consideramos íntimamente vinculado a la discontinuidad de la prestación. Y es que la «discontinuidad» no se cualifica realmente como modalidad específica de distribución de la jornada, autónoma o integrada en el trabajo a tiempo parcial; la forma de distribución vertical, más que un criterio –aún útil a efectos de distinguir el contrato a tiempo parcial común de la modalidad fija discontinua– es un reflejo. La discontinuidad, por el contrario, y conforme con la versión legal que ha mantenido el artículo 12.3 ET,

se singulariza en virtud de la presunción a que sirve y, en definitiva, de la permanencia, de la fijeza de los trabajos interrumpidos y de la causalidad de su jornada. La discontinuidad se sigue vinculando legalmente al ámbito de la duración del contrato como herencia histórica de una tradición jurídica plenamente asumida por los artículos 12.3 y 15.8 ET.

Efectivamente, aun cuando haya desaparecido la presunción de celebración por tiempo indefinido en el artículo 15.8 ET a partir del RD-L. 5/2001, lo cierto es que de ello no cabe deducir ni el carácter temporal ni la indiferencia del tipo contractual al respecto. El carácter indefinido del contrato se impone por el principio objetivo y defensa de la estabilidad en el empleo vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico laboral, es decir, por la propia fijeza de las tareas¹⁸. La desaparición de su concreta presunción no niega la imposición de su carácter indefinido, como tampoco alteró nada la desaparición de aquélla prevista con carácter general en el artículo 15.1 ET.

Las razones de la desaparición de la presunción de celebración por tiempo indefinido en el contrato fijo discontinuo irregular pueden deberse al deseo de conferir a dicha modalidad contractual un nombre propio y una definición propia de tal, y no un acercamiento descriptivo en función de la fijeza discontinua de las tareas¹⁹. Y ello, con la finalidad de distinguirlo respecto del trabajo a tiempo parcial y de su modalidad fija periódica respecto de la que sí se mantiene la presunción, absolutamente imprescindible para delimitarlo a su vez del resto de posibilidades a tiempo parcial. Entonces, no puede desconocerse que la presunción de indefinición temporal del vínculo configura, describe y define a su vez el concepto mismo de discontinuidad. Sesgados una y otro –interpretado así–, y calificada la discontinuidad conforme a la descripción actual del artículo 15.8 ET únicamente en función de que los trabajos «no se repitan en fechas ciertas», se deja un campo abierto a la determinabilidad del objeto del contrato aleatoria y no periódica en sentido amplio y, con ello, a un peligro cierto de indeterminación de aquél. Desde esta perspectiva, se abandonaría lo que fue la razón de ser que impuso el nacimiento y mantenimiento del contrato fijo discontinuo²⁰ en que la presunción del carácter indefinido del contrato se configuró desde el nacimiento mismo de la figura contractual sobre la periodicidad –en sentido amplio– de las tareas y su causalidad objetiva.

¹⁸ GARCÍA ORTEGA, «Algunas consideraciones sobre la actual regulación del contrato fijo-discontinuo y propuestas para su reforma», *Revista de Derecho Social*, n.º 6, 1999, p. 129.

¹⁹ Parece pronunciarse en este sentido MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, «Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*, Ed. Estudios Financieros, n.º 217, 2001, p. 12.

²⁰ La aparición del contrato fijo discontinuo como modalidad contractual surge ya antes de su reconocimiento normativo –inicialmente en la normativa sectorial, y con carácter general en el artículo 16, párrafos 1 y 2 LRL– a través de lo que se ha identificado como su «tipificación social» (RÍOS SALMERÓN, «La contratación de trabajadores fijos discontinuos», *D.L.*, n.º 16, 1985, p. 11 y ss.; GARCÍA ORTEGA, *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, cit., pp. 64 y 65; TÁRRAGA POVEDA, «Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo», cit., p. 23 y ss.). Pretendía dar respuesta a una realidad, a una necesidad significada por el carácter de su objeto contractual: la estacionalidad de las tareas a realizar por el trabajador. La elaboración del principio de estabilidad en el empleo concluye por configurar lo que de forma definitiva serán las líneas invariables de la figura. No en vano se ha afirmado que su regulación legal no supuso una regulación original, sino la consagración de las directrices que presidían las regulaciones específicas de las Reglamentaciones de Trabajo y la práctica jurisprudencial, avaladas por una concordante doctrina (RUIZ CASTILLO, *La duración del contrato de trabajo: estudio de su régimen legal y jurisprudencial*, Centro de Estudios Constitucionales –separata– (también en *Revista de Política Social*, n.º 138, 1983), Madrid, 1983, p. 77). Coherentemente con lo expuesto, la periodicidad de las tareas, entendida en sentido amplio, es también predicable del fijo discontinuo no estable (CRUZ VILLALÓN, «El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/84», *R.L.*, n.º 6, 1985, pp. 1.048 y 1.049).

En cuanto a los requisitos de determinación del objeto contractual, no cabe duda de la relevancia del factor tiempo a efectos de tipificación del contrato de trabajo en tanto resulta ser elemento modalizador intrínseco tanto de su causa objetiva como también, de forma mucho más determinante, de su objeto-prestación de trabajo ²¹. En lo que respecta a este último, la deuda de actividad surgida del contrato de trabajo exige, a efectos de la determinación del objeto como requisito esencial de validez de todo contrato, de su determinación, y ésta tanto en su cuantía como en su distribución. Efectivamente, consistiendo, desde el lado del trabajador, el objeto-prestación del contrato de trabajo en una puesta a disposición del empresario de su actividad durante un cierto tiempo, el tiempo de trabajo se erige en el contrato de trabajo en la medida de la prestación debida ²² o, incluso, como señala ALARCÓN CARACUEL, la prestación misma en cuanto que ejecutada en régimen de dependencia corresponde al empresario la facultad de especificación de la prestación adeudada ²³. El objeto, entonces, deberá delimitarse en todas sus dimensiones, tanto cuantitativas como cualitativas, dado que, a efectos de su total delimitación y definición del compromiso de las partes, la transcendencia de una y otra es, en pura abstracción, muy similar, viéndose igualmente implicados los intereses que puedan ostentar los sujetos y que participan en la balanza del equilibrio contractual.

El artículo 1.261 Código Civil exige como requisito esencial de validez ²⁴ de los contratos que el objeto del mismo sea un «objeto cierto» ²⁵. También el artículo 1.273 C.Civ. requiere que dicho objeto esté determinado o sea determinable ²⁶. Con esta última posibilidad nuestro ordenamiento admite la determinación del objeto «primaria o inicial», determinable en un momento posterior conforme a los criterios establecidos por las partes al nacer la obligación y «sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes» (art. 1.273 C.Civ.) ²⁷. Por consiguiente, no es requisito de validez de los contratos la total y absoluta determinación de su objeto, sino que la conducta debida puede quedar descrita por las partes a través de unos datos, criterios o módulos más o menos amplios, pero en todo caso suficientes, según que exista un interés de las partes en una más amplia o detenida fijación ²⁸. Se puede hablar entonces de una determinación amplia o relativa y, como indica Díez-PICAZO,

²¹ ALARCÓN CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 36, 37 y 65 a 68.

²² ALARCÓN CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, cit., pp. 64 y 65.

²³ ALARCÓN CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, cit., p. 67. En este sentido, por ejemplo, también: MERINO SENOVILLA, *El trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pp. 146 a 151.

²⁴ El objeto indeterminado da lugar a la ineficacia por inexistencia del contrato y no a su nulidad (SAN JULIÁN PUIG, *El objeto del contrato*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 287 a 289).

²⁵ «Objeto cierto que sea materia del contrato», dispone el artículo 1.261 C.Civ. Respecto de la interpretación de sus términos, vid.: SAN JULIÁN PUIG, *El objeto del contrato*, cit., pp. 56 a 61.

²⁶ Vid.: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, Reus, S.A., Madrid, 1992, p. 71.

²⁷ Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, *Introducción. Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 1996, p. 211. En el mismo sentido, afirma HERNÁNDEZ GIL que «una interpretación rígidamente literal del artículo 1.273 permitiría pensar que circunscribe la determinabilidad a la cantidad, pero ello no es así. La relativa indeterminación o la determinabilidad pueden concernir a circunstancias de la prestación distintas de la cantidad... El criterio para fijar la determinabilidad que recoge el artículo 1.273 es el frecuentemente aceptado de que no se precise un nuevo convenio para llevar a cabo la determinación» (HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, p. 108).

²⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. II, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996, p. 290.

en una consiguiente relativa indeterminación ²⁹, siendo admisible siempre y cuando los criterios de determinabilidad preestablecidos sean suficientes para poder identificar y distinguir –de otras, se entiende– desde el comienzo las obligaciones a las que el contrato se sujeta y enjuiciar, igualmente, la conformidad entre lo que quedó programado y lo efectivamente realizado ³⁰.

Tanto si se parte de la determinabilidad del objeto, como si se hace de su mera individualización por una de las partes, podría considerarse que no cabe extender la determinación del objeto a cualquier situación y bajo cualquier condicionamiento. En primer lugar, la causa de actualización –o, en su caso, modificación– de la prestación podría pensarse, como destacó ICHINO, que deba ser de carácter objetivo ³¹, independiente de la unilateral voluntad del empresario o de la valoración de los hechos que le sirvan de referente ³², por cuanto nuestro ordenamiento no admite que la determinación se confíe a una de las partes (arts. 1.256, 1.449 y 1.690.2 Código Civil), lo que sucede no sólo cuando se reconoce abiertamente esta facultad sino también cuando prácticamente así resulta ser ³³. Ahora bien, la objetividad de la causa, de la determinación del exacto *quantum* y colocación de la prestación debida, es un criterio necesariamente relativizado en el Derecho del Trabajo, por cuanto difícilmente podrá considerarse la organización de la empresa como «objetiva» o «científica» ³⁴, así como sus correspondientes necesidades. Por otra parte, la concurrencia sin más de las referidas necesidades tampoco podría ser criterio alguno de determinación por cuanto carecerían en principio de certeza en sí mismas ³⁵. Consiguientemente, dicha fórmula de actualización, podría pensarse,

²⁹ Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. II, «Las relaciones obligatorias», Civitas, Madrid, 1996, p. 290. También, por ejemplo: HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, p. 107.

³⁰ Causas que justifican la exigencia de la determinación del objeto (vid.: Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. II, cit., p. 290; V. SAN JULIÁN PUIG, *El objeto del contrato*, cit., pp. 278 y 279. Así lo destaca, de entre nuestra doctrina, por ejemplo: F. ALEMÁN PAEZ, *El encuadramiento profesional*, Tesis doctoral, 1991/1992, T. I, pp. 292 y 293).

³¹ P. ICHINO, «Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte costituzionale» (nota a la sentencia Corte Costituzionale, 11-5-1992, n.º 210), *RIDL*, 1992, n.º 4, p. 732.

³² Como indica SAN JULIÁN, «los criterios objetivos hacen referencia a la remisión en el contrato a bases, datos o hechos precisos que no dependen de la exclusiva voluntad o valoración humana ...» (SAN JULIÁN PUIG, *El objeto del contrato*, cit., p. 283).

³³ Preclusión de carácter absoluto para ALBADALEJO, no así para otros que consideran excluido el libre arbitrio pero no el arbitrio de equidad (ALBADALEJO, *Derecho Civil*, T. II, Vol. 1.º, Librería Bosch, Barcelona, 1997, pp. 25 a 27. En el mismo sentido, por ejemplo: LETE DEL RIO, *Derecho de obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 30. En el sector contrario, por ejemplo: Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, cit., p. 213; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 110).

El artículo 1.256 Código Civil no habla propiamente de determinación sino de cumplimiento de los contratos. No obstante, atribuir dicha facultad de determinación unilateral significaría dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato (HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 110).

³⁴ Vid.: GONZÁLEZ ORTEGA, «El tiempo de trabajo», *Temas Laborales*, n.º 4, 1985, pp. 89 y 95. También, respecto de la concepción comunitaria de la empresa y las teorías «tecnocráticas» sobre la justificación de la atribución del poder de dirección al empresario (vid.: DURÁN LÓPEZ, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, T. I, Curso académico 1991/1992, policopiado, respectivamente, en el tema 2, pp. 15 a 19 y en el tema 8, pp. 6 a 8).

³⁵ ROMÁN DE LA TORRE, «La fijación del horario de trabajo», en AA.VV. (Coord. De La Villa Gil), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991, p. 601.

sólo puede extenderse a supuestos muy restrictivos ³⁶, y en los que la intervención de la voluntad empresarial a efectos de dicha actualización está reconocida en el sector de actividad de que se trate como particularmente reducida y condicionada por factores externos de índole objetiva. Tales serían los supuestos enmarcables en el clásico fijo discontinuo –y destacadamente en el irregular– cuya prestación está demarcada por factores cíclicos o estacionales de reiteración periódica en los que la voluntad del empresario y la actividad está externa y objetivamente matizada ³⁷, y cuyo régimen jurídico integra suficientemente el contenido de la prestación. Fuera de este supuesto difícilmente puede considerarse el *quantum* y distribución de la jornada como «causal». Por otra parte, la periodicidad entendida en sentido amplio satisface suficientemente las exigencias derivadas de las particularidades del objeto de la obligación del contrato de trabajo, en cuanto configurado como deuda de actividad en la que se ve inmersa la persona del trabajador y los derechos fundamentales a él atinentes ³⁸; en definitiva, una previsibilidad aproximada de la cantidad y calidad del tiempo de trabajo que impida la apreciación de una excesiva o total disponibilidad del trabajador y la consecuente indeterminación del objeto de dicha obligación.

Ahora bien, y como señala la doctrina civil «no hay determinación al arbitrio de una parte por el solo hecho de haberle autorizado un cierto margen de elección» ³⁹. Bastaría entonces el establecimiento de unas bases conforme a las cuales el sujeto contractual facultado pudiese determinar finalmente el objeto de la prestación ⁴⁰. En este ámbito se enmarcarían las programaciones delimitadas por bolsas y bandas horarias, es decir, ámbitos de fluctuación delimitados materialmente, o bien conformes a los usos y costumbres, así como otras medidas de tutela de los intereses del trabajador, tales como el preaviso y la posibilidad más o menos amplia de lícita refutación. En tal caso no hay indeterminación del objeto; la determinación del mismo se lleva a cabo en el momento del inicio de la relación laboral, permitiendo al empresario en ejercicio regular de su poder de dirección la especificación de la deuda de actividad a lo largo de la vida de aquella y conforme a los márgenes que delimitan la prestación suficientemente predeterminada ⁴¹. Especificación, entonces, es concreción pro-

³⁶ Así, ROMÁN DE LA TORRE limita la licitud de las cláusulas elásticas a la «objetividad» de su necesidad, impuesta por la naturaleza de las actividades que venga a desenvolver el trabajador y, en definitiva, a las características de la actividad empresarial, asimilándolo a las actividades itinerantes respecto del artículo 40 ET, permaneciendo dentro del poder de dirección del empresario en lugar de configurarse como modificaciones sustanciales (ROMÁN DE LA TORRE, «La fijación del horario de trabajo», cit., pp. 600 a 602).

³⁷ En este sentido se expresa GARCÍA ORTEGA, que abiertamente identifica la temporada con índices de carácter objetivo, consustanciales a la actividad, y la determinabilidad del período de ejecución del contrato relacionada con la naturaleza y circunstancias que concurren en el trabajo y que proporcionan «índices objetivos» para establecer su duración aproximada (GARCÍA ORTEGA, *Las relaciones laboral y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos*, Bosch, Madrid, 1990, particularmente en las pp. 85, 89 a 91, 93 y 94).

³⁸ ALARCÓN CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, cit., por ejemplo, pp. 75 a 77.

³⁹ ALBADALEJO, *Derecho Civil*, cit., p. 27.

⁴⁰ HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 110. La jornada, en su cuantía y distribución, no exige en principio causa alguna (vid. por ejemplo: DEL REY GUANTER y VALVERDE ASENSIO, «La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 18, 1999, pp. 21 y 35).

⁴¹ MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*, I.E.P., Madrid, 1965, p. 17; ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ed. Grapheus, Valladolid, 1992, p. 240 y ss.

gresiva de la prestación acordada, dotar de contenido concreto al objeto de la obligación del trabajador, identificación de la cantidad y/o calidad de tiempo adeudado dentro del margen posible según norma o pacto, que no supone ni creación unilateral de nuevas obligaciones para el trabajador ni modificación –para algunos, en su caso, sustancial⁴²– de las preexistentes⁴³. En consecuencia, no obsta al pacto de variabilidad cuantitativa o cualitativa del tiempo de trabajo la exigencia de objeto determinado ni supone necesariamente que su determinación y cumplimiento de las obligaciones quede en manos de uno solo de los contratantes (arts. 1.449 y 1.690.2 Código Civil); éste está efectivamente determinado en la génesis del contrato, tiene su fundamento en los términos del mismo y en los concretos márgenes del objeto acordado por los contratantes explícita o implícitamente⁴⁴, con respeto de los límites de derecho necesario heterónomos⁴⁵ y, permitido, desde la teoría general de los contratos, en virtud del artículo 1.255 Código Civil.

Desde luego, los márgenes de especificación tanto respecto de la cuantificación como de la distribución de la jornada tienen que estar suficientemente definidos, y los intereses del trabajador suficientemente tutelados, de forma que no pueda observarse ni indeterminación del objeto, ni abuso o renuncia de derechos por parte del trabajador⁴⁶. Volvemos, por consiguiente, de nuevo, como indicó DURÁN LÓPEZ, a los términos del pacto y/o, caso de existir, a la regulación heterónoma del mismo⁴⁷, para valorar si, efectivamente, lo que se deja en manos es la individualización o especificación no abusiva de un objeto contractual previamente determinado, o bien la determinación posterior del objeto contractual por la voluntad discrecional de una de las partes⁴⁸.

Si vimos en las páginas anteriores que la ausencia del requisito de la permanencia y normalidad de las tareas excluía la fijeza discontinua como medio de instrumentalización de sucesivas puestas a disposición del trabajador a distintas empresas usuarias, es precisamente la absoluta aleatorie-

⁴² Así, respecto de la movilidad funcional, se califica ésta como la «última línea de delimitación de la prestación debida», y la potestad del artículo 39 ET, por imperativo legal, se reconoce como uno de los cauces de especificación del objeto, una redefinición o nueva especificación del mismo (DE SOTO RIOJA, «El contenido de la prestación laboral», *R.L.*, T. II, 1995, pp. 187 y 192).

⁴³ VALLE MUÑOZ, *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, CES, Madrid, 1998, p. 154.

⁴⁴ VALLE MUÑOZ considera, respecto del instituto de la clasificación profesional, que la determinación amplia no es manifestación de determinabilidad, pues, como se deduce del texto, el objeto está perfectamente determinado desde sus orígenes (VALLE MUÑOZ, *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, cit., pp. 28 y 29, 155 y 156).

⁴⁵ CRUZ VILLALÓN, *La flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo. Comentario a la sentencia TCT. 5.ª S. 7 febrero 1989*, T. I., 1989, pp. 541 y 546.

⁴⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo», *A.L.*, T. II, 1992, p. 381; RODRÍGUEZ PASTOR, *La modificación del horario del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 41. En opinión de ROMÁN DE LA TORRE, debe suponer una interpretación muy restrictiva por la puerta abierta que puede suponer al abuso de derecho o a la renuncia de derechos por el trabajador, al quedar indefenso ante las alteraciones que todo ello conlleva en una parte del trabajo convenido (ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección...*, cit., p. 241).

⁴⁷ DURÁN LÓPEZ, «Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo», en AA.VV. (Coord. RODRÍGUEZ-PIÑERO), *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 69 a 71. Previamente a la regulación legal de las horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial, la doctrina confió la tutela del trabajador y delimitación de los márgenes a la negociación colectiva, recelosa de la autolimitación del empresario en un contrato como el de trabajo, con claro desequilibrio de poder entre las partes (ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección...*, cit., pp. 241 y 245).

⁴⁸ ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección...*, cit., pp. 241, 243 a 245.

dad en las necesidades a cubrir y en su actualización la que excluiría igualmente la posibilidad de asimilación de la actividad de estas empresas a las de temporada. De eliminarse los trazos esenciales del fijo discontinuo y, en particular, el elemento característico de la regularidad, se estaría introduciendo nuevamente la disponibilidad absoluta del trabajador, y una total indeterminación de los tiempos de prestación ⁴⁹. Además, el criterio de la determinabilidad del objeto ya no sería de carácter objetivo ⁵⁰, sino relativo a necesidades empresariales dependientes del flujo de la demanda y cuya pretendida causalidad –incierto en sí– sólo perseguiría la asunción por el trabajador de los riesgos empresariales.

Por consiguiente, y sobre todo a partir de la conformación flexible del contrato a partir de 2001, únicamente cabría su admisión si la adaptabilidad que se requiera se encauza a través de las vías y dentro de los límites legítimos de flexibilidad y elasticidad del trabajo a tiempo parcial, vertical o mixto, con un mínimo de previsión sobre los tiempos de trabajo, jornada y distribución, en definitiva, de actividad comprometida que excluya la indeterminación del objeto de la obligación. Y aun cuando éste combine dichos elementos de fijación del objeto con otros propios del fijo discontinuo, como el orden de llamada y la presunción de despido caso de incumplimiento de éste. O, en último extremo y con mayores reticencias –entiéndanse a modo de concesión–, de negarse que el fijo discontinuo requiera necesariamente como tipo contractual de la periodicidad y de la objetividad de los períodos de actividad, igualmente se requerirá en la creación «artificial del fijo discontinuo» de la fijación por contrato o convenio colectivo del plan obligacional cuya actualización suponga la mera especificación del mismo.

III. ETT Y SUSPENSIÓN: CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA TESIS DOCTRINAL DE QUE EL CONTRATO SE ENCUENTRA SUSPENDIDO DURANTE LOS PERÍODOS DE INACTIVIDAD DEL TRABAJADOR

A) Planteamiento preliminar.

Aunque parte de la doctrina coincide en calificar de suspensiva la situación de inactividad en la que se encuentra el trabajador fijo de la ETT cuando no es enviado a prestar sus servicios en las empresas usuarias, existen argumentos más que suficientes para negar tal calificación. La indagación en la materia nos permite, por una parte, derribar las afirmaciones doctrinales que pretenden

⁴⁹ Advierte de la mayor indeterminación de los contratos de puesta a disposición que la de los fijos discontinuos: GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 200, así como del peligro de constituirse en un trabajo «a llamada»: CRUZ VILLALÓN, «El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal», en AA.VV. –coord. Alarcón Caracuel–, *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 98.

⁵⁰ En este sentido: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, cit., p. 200.

definir esta ausencia de trabajo, y de remuneración, como suspensión pactada, o sea, suspensión por alguna de las causas «abiertas» tasadas en el artículo 45.1 del ET, es decir, aquellas que provienen de un *previo acuerdo* entre las partes interesadas, ya se plasme en el contrato en el momento de su celebración (causas consignadas válidamente en el contrato), ya en un momento posterior (mutuo acuerdo de las partes). Por otra parte, nuestro análisis nos llevará a la conclusión de la dificultad, no ya sólo de calificar esta situación como de suspensión por mutuo acuerdo o por causas consignadas en el contrato, sino de encasillarla, en principio, dentro del concepto jurídico-legal de suspensión contractual laboral.

Y ello porque, como veremos, el legislador creó la figura con una clara intención tuitiva o protectora del trabajador, en cuanto parte más débil de la relación. El fundamento o fin último de la suspensión responde a una tendencia protectora de la posición del trabajador⁵¹. Ésta, por ende, se activará con esa finalidad inmediata, y como consecuencia de causas que, salvo excepciones⁵², responden a motivos que afectan directamente a la situación personal del trabajador. ¿Se puede poner en marcha el mecanismo suspensivo cuando la no realización de la prestación laboral viene motivada por la imposibilidad de la ETT de ofrecer colocación en las empresas usuarias? ¿Sería ésta una causa lícita? ¿Se estaría protegiendo al trabajador y, por tanto, cumpliendo el fin último de la institución suspensiva o, por el contrario, se estaría encubriendo un traslado de riesgos hacia la parte más débil?

Con los matices que luego veremos, consideramos que, en ningún caso, la imposibilidad del trabajador de la ETT de prestar sus servicios por falta de contratos de puestas a disposición con las empresas usuarias sería motivo legítimo capaz de activar el mecanismo suspensivo. Y ello aunque sea por acuerdo entre empresario y trabajador.

Para aportar argumentos suficientes defensores de nuestra postura será conveniente, en primer lugar, hacer un recordatorio al fundamento de la institución suspensiva y a su objetivo o fin último. En segundo lugar trataremos de justificar por qué, ni a través del mutuo acuerdo ni de las causas consignadas en el contrato, la relación laboral del trabajador fijo de la ETT puede verse suspendida cuando esta última no tenga puestas a disposición que atender.

⁵¹ En el campo de las relaciones laborales contractuales la originaria *exceptio* contemplada por las normas civiles –que respondía a una finalidad de equilibrio, pretendiendo dividir ecuánimemente las cargas económicas derivadas del incumplimiento (si uno no cumple tampoco podrá exigir al otro que lo haga)– se transforma en una medida «excepcional» cuya activación provoca el traslado del riesgo propio del negocio jurídico a la parte más fuerte, que deberá soportar el mantenimiento de una relación contractual que no ha cumplido las expectativas. Desde la doctrina italiana se señala cómo el Derecho del Trabajo deroga al Derecho Común, transfiriendo normalmente sobre el empresario determinados riesgos que, según la regla general, deberían recaer sobre el que presta el trabajo. *Vid.*, LAVAGNINI, *La sospensione del rapporto di lavoro*. Milano, 1961, p. 10. Más recientemente, *vid.*, GIUDICE, MARIANI, IZZO e ANTICO, *Diritto del lavoro*, XV edizione, Simone, Napoli, 1996, p. 256. Lo que se está haciendo no es sino liberar al trabajador de riesgos nacidos en su propia esfera, pasándolos a la del empresario. *Vid.*, al respecto, VIDA SORIA, *La suspensión del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965, p. 23.

⁵² Excepto la fuerza mayor, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y el supuesto de cierre patronal, que supone una imposibilidad de que el trabajador preste su trabajo por una actitud proveniente del empresario, el resto de las causas suspensivas constituyen motivos o hechos referibles directamente a la persona del trabajador.

B) Breve reseña sobre la evolución, fundamento y fin último de la institución de la suspensión.

Los atisbos de pervivencia del vínculo ante incumplimientos contractuales que se nos ofrecen desde el Derecho Civil evolucionan en el ámbito de las relaciones contractuales laborales hacia una dimensión tal que hace posible hablar de figuras jurídicas concebidas por y para las normas conformadoras del Derecho del Trabajo, que adquieren trascendencia en este marco concreto, perfeccionándose e identificándose en el mismo, convirtiéndose en muestras evidentes del principio de protección del trabajador asalariado ⁵³.

La **suspensión contractual laboral** es una figura jurídica que pertenece al «macrogénero» de las *interrupciones fácticas* de la prestación de servicios y que aparece como estandarte del *principio pro operario*, pues ha sido creada por el legislador para *proteger al trabajador* en cuanto parte más débil de la relación que es, permitiéndole continuar vinculado con su empresario, a pesar de no cumplir la principal obligación derivada del contrato suscrito. La solución suspensiva se contempla no sólo como una excepción a la regla general de resolución ante el incumplimiento, sino también, y en atención a esa finalidad restauradora del equilibrio que debe existir entre las partes de toda relación recíproca, como medida de *protección o garantía para la parte que más lo necesita*, el trabajador, que, a través de la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, verá garantizado su puesto de trabajo ⁵⁴.

⁵³ En el ámbito laboral, la dureza que caracteriza el vínculo, que se hace rígido y flexible al mismo tiempo, permite que éste continúe latente a pesar de la concurrencia de vicisitudes que impiden su normal desarrollo. Ello como consecuencia de la activación de uno de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico, en general, y del laboral, en concreto: el de conservación del negocio jurídico (o más concretamente, de la relación contractual laboral, en cuanto instrumento de satisfacción de intereses que cumple su función jurídica, económica y social), que despliega toda su eficacia en estos supuestos, impidiendo la ruptura definitiva del vínculo y provocando el mantenimiento del mismo.

La pervivencia de la relación laboral tiene un fin último y esencial, cual es la de proteger a la parte más débil de la relación entablada, el trabajador, que ve en ese negocio jurídico celebrado su principal y a veces único medio de vida. De ahí que el **principio de conservación del negocio jurídico**, esgrimido por la doctrina civilista para justificar las excepciones a la facultad resolutoria del acreedor insatisfecho, adquiera en estos casos un especial protagonismo y se convierta en prueba del carácter tuitivo que ha sido la fuente de inspiración de la normativa laboral.

⁵⁴ A pesar de que la mayoría de la doctrina encuentra en el principio de estabilidad en el empleo el fundamento último de la figura suspensiva (*vid.*, como ejemplos, VIDA SORIA, *La suspensión del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pp. 3 a 6, en donde explica el significado jurídico de la suspensión y YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail. Librairie générale de droit et de jurisprudence*. Paris, 1963, p. 33), algún autor considera que la estabilidad del contrato no es sino una consecuencia de la activación de la suspensión, que no pretende sino que el asalariado se emancipe de la autoridad de su empleador y encuentre su propia autonomía y libertad; es un medio para que el trabajador pueda desenvolver su personalidad individual. *Vid.*, en este sentido, BÉRAUD, *La suspension du contrat du travail*, Sirey, Paris, 1980, pp. 110-118, que se refiere al doble fundamento de la suspensión: desde el punto de vista del asalariado, que lo usa como medio para proteger su vida privada, mientras que para el empresario el mecanismo suspensivo no es más que un medio que el ordenamiento jurídico pone en sus manos y que utilizará cuando las dificultades a las que tengan que hacer frente sean meramente temporales y no definitivas.

Se trata de una medida excepcional cuya activación provoca el traslado del riesgo propio del negocio jurídico a la parte más fuerte, que deberá soportar el mantenimiento de una relación contractual que no ha cumplido las expectativas⁵⁵. Se convierte, de este modo, en una institución perfeccionada en el Derecho Laboral, figura con su propio perfil e identidad⁵⁶, contemplada legalmente, que *vela* por el trabajador, protegiendo el vínculo laboral, proporcionándole una dureza tal que lo hace inmune a la eventual aparición de hechos o acontecimientos que, por impedir el cumplimiento del contrato, provocarían la extinción del mismo⁵⁷. La finalidad tuitiva, protectora, de la suspensión contractual no ofrece duda alguna.

C) ¿Son el mutuo acuerdo y/o las causas consignadas válidamente en el contrato motivos capaces de justificar la suspensión de la relación contractual laboral del trabajador fijo de la ETT cuando ésta no tenga puestas a disposición que atender?

a) Introducción.

No olvidemos que, desde la ley, las partes se encuentran plenamente capacitadas para, si así lo desean, acordar la suspensión de la relación por causas que ellas han previsto, bien al inicio de la relación (causas consignadas en el contrato), bien en cualquier momento posterior a través del mutuo acuerdo. Pero, ¿en qué términos esa libertad de actuación reconocida desde la ley a empresario y trabajador para crear supuestos suspensivos puede llevarse a cabo? ¿Estamos ante una libertad absoluta o, por el contrario, restringida? En este último caso, ¿cuáles son los límites que condicionan el libre acuerdo de voluntades?

La cuestión no parece revestir mayor dificultad. Está claro que las partes a la hora de acordar la suspensión del contrato por un motivo concreto o de modificar el régimen jurídico asignado a un supuesto suspensivo ya existente deberán atenerse a los límites que del propio texto estatutario se

⁵⁵ En el ámbito laboral la medida suspendida se impregna del espíritu inspirador de las normas que conforman el Derecho del Trabajo, espíritu protector del trabajador; y lo protege mediante la técnica que más puede beneficiarle: la garantía de su puesto de trabajo (desde la doctrina italiana, CINELLI, *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*. Franco Angeli, Milano, 1984, p. 192, siguiendo a otros autores, define la figura de la suspensión del contrato de trabajo como una derogación del principio, propio de los contratos sinalagmáticos, del *casum sentit debitor*, mediante la conservación del puesto), la estabilidad en su empleo. Vid., en este último sentido, LAVAGNINI, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁶ BÉRAUD, *op. cit.*, pp. 109 y 110, nos expone cómo los esquemas tradicionales sobre la suspensión, basados en la idea de fuerza mayor temporal o en la imposibilidad momentánea de ejecución, no podían adaptarse, sin más, al caso particular del contrato de trabajo.

⁵⁷ Para BRANCA, *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1971, p. 145, la suspensión se concibe como la figura de la que el ordenamiento se sirve cuando, a pesar de la existencia de un hecho sobrevenido que impide temporalmente la ejecución del contrato, se considera estimable que el contrato no se extinga sino que continúe vivo, aún sin producir los efectos que le son propios.

derivan [art. 3.1.c) y 3.5 de la LET] ⁵⁸. Si bien estos límites deberán ser tenidos en cuenta a la hora de configurar el contenido material del pacto o acuerdo, un tercer grupo de límites (los derivados de la aplicación de las reglas civiles de interpretación de los contratos –arts. 1.281 y ss. del Código Civil–) actuará en un momento posterior; esto es, en el momento de aplicar efectivamente lo pactado. Por tanto, el respeto a las disposiciones legales se convierte en el límite primordial a tener en cuenta.

En el caso concreto que nos ocupa, además de las disposiciones de carácter general, las partes deberán prestar especial atención a la regulación que el legislador hace de la materia suspensiva, y es a las pautas generales expuestas a las que tendrán que atenerse.

El tema es especialmente interesante si traemos a colación aquellos «pactos», celebrados entre la ETT y el trabajador en los que el primero, desde su superioridad jerárquica, «impone» al trabajador la renuncia a derechos considerados como indisponibles. Se conformarán estos pactos como auténticos *acuerdos suspensivos*; sin embargo, sólo lo son en apariencia. En realidad, son pactos ficticios que encubren una renuncia de derechos o la imposición de condiciones menos favorables a las establecidas en las normas legales o convencionales ⁵⁹; en definitiva, estaríamos ante acuerdos «irreales» que entrañan una actitud de fraude por parte de la ETT difícil de demostrar.

b) Suspensión por mutuo acuerdo durante los períodos de inactividad ¿Fraude de ley?

La doctrina del fraude de ley podría ser aplicada a estos casos específicos que ahora tratamos. El empresario, amparándose en el texto de la norma estatutaria, persigue un resultado, sin duda, prohibido por el ordenamiento jurídico: verse exonerado de la obligación de retribuir un trabajo que no se lleva a cabo por circunstancias atinentes a la empresa ⁶⁰. ¿Pretende el empresario inaplicar la

⁵⁸ Recordemos el contenido del artículo 3.1.c) del texto estatutario en donde se prevé la voluntad de las partes, manifestada en el contrato como fuente de la relación laboral, «siempre que su objeto sea lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos...» y del artículo 3.5 del ET.

⁵⁹ Nos referimos, por ejemplo, a supuestos en los que el empresario obliga al trabajador a *simular* un acuerdo de suspensión (que se activa para protegerle de una ficticia imposibilidad de trabajar) con el fin de disimular un mero pacto de no asistencia al trabajo, sin que exista causa alguna, con renuncia del salario. La simulación del pacto de suspensión del contrato nos permitiría declararlo nulo y sin efecto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.275 y 1.276 Código Civil. Se refieren estos artículos a la ausencia y a la falsedad de la causa. En la simulación absoluta, el contrato será nulo por inexistencia de causa (ya que no responde a la finalidad querida por las partes) y en la simulación relativa el acuerdo disimulado será el eficaz, siempre y cuando tenga una causa lícita; si la causa es ilícita entonces será nulo, no por la simulación, sino porque adolece de un defecto. *Vid.*, en este sentido, la obra de AA.VV. (Coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 356. *Vid.*, también, artículo 1.275 del Código Civil que define la causa ilícita como aquella que se opone a las leyes o a la moral, y los comentarios que sobre ella hace la doctrina civilista más autorizada. *Vid.* por todos los comentarios de LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho Civil*, 2.ª edición, Bosch, Madrid, 1990, pp. 657 a 660 y DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 60 y 61.

⁶⁰ Supone esta actitud un claro incumplimiento de su obligación de dar ocupación efectiva a sus trabajadores. Sin embargo, se camufla a través del pacto fraudulento, con indudable perjuicio para el trabajador, que se ve obligado a renunciar a un derecho «irrenunciable», cual es el de la ocupación efectiva y el de percibir puntualmente la remuneración pactada.

doctrina del «riesgo de empresa», provocando, así, que la carga de la interrupción recaiga sobre el trabajador? ¿No supondría esta práctica ir en contra, no sólo de concretas previsiones legales, sino de los más elementales principios que inspiran el ordenamiento laboral (y a la institución suspensiva) y que se concretan en la protección del trabajador en cuanto parte más débil de la relación a través del traslado de riesgos? Analicemos la cuestión.

La imposibilidad del empresario de dar ocupación al trabajador que se encuentra dispuesto a cumplir la obligación principal derivada de su contrato de trabajo encuentra una regulación específica en el artículo 30 del texto estatutario ⁶¹. A él, por tanto, tendremos que recurrir si queremos determinar las consecuencias jurídicas de esta inactividad laboral ajena a las concretas circunstancias del prestador de servicios.

La solución legal para este caso es que el trabajador conserva el derecho a su salario ⁶², con la expresa prohibición de compensar el trabajo que no se haya realizado por tal causa con otro trabajo realizado en otro tiempo. Se evita, de este modo, que la carga de la interrupción recaiga sobre el trabajador, al corresponder al círculo de riesgo del empresario ⁶³.

Centrándonos en el caso concreto que nos ocupa, la inactividad del trabajador contratado por la ETT cuando ésta no tenga puestas a disposición que atender respondería al supuesto contemplado por el legislador en el artículo 30. La ETT tiene la obligación de dar ocupación efectiva a sus trabajadores mientras que mantenga esta condición, esto es, en tanto continúe la relación laboral. Se corresponde esta obligación con el derecho que todo trabajador tiene reconocido a su ocupación efectiva [art. 4.2.a) del ET]. Así pues, el trabajador, contratado indefinidamente por la ETT y que está dispuesto a prestar la obligación principal derivada de su contrato de trabajo, no puede verse, en modo alguno, perjudicado si la ETT no tuviese puestas a disposición que atender ⁶⁴. ¿Sería conforme a derecho que los riesgos de la actividad empresarial pasasen a ser asumidos por el trabajador?

⁶¹ Recordemos, siguiendo a RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, «Imposibilidad de la prestación», en la obra de AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales*. El ET, T. VI, Edersa, Madrid, 1982, p. 185. El contenido del artículo responde a la puesta en marcha de «la teoría de las esferas» que, en palabras del autor, se construye «como una desviación manifiesta de la vía civilista», y supone que «debe cargar con el riesgo de la interrupción aquel de los contratantes en cuya esfera ha surgido el impedimento para la realización de la prestación de trabajo, lo que significa que el empresario continúa obligado a pagar el salario en todos aquellos casos en los que la prestación de trabajo se hace imposible por causas originadas en la misma empresa.»

⁶² En palabras de RODRÍGUEZ-SAÑUDO, *op. cit.*, p. 190, «... Radica aquí precisamente el punto central de la atribución del riesgo al empresario: el trabajo perdido lo es para éste que tiene que retribuirlo en la misma cuantía que si se hubiese prestado.»

⁶³ *Vid.*, MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 10.ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 570.

⁶⁴ *Vid.*, en este sentido, LÓPEZ BALAGUER, *op. cit.*, p. 99.

Mediante la suspensión de su contrato se vería perjudicado no sólo económica sino también laboralmente pues, además de dejar de percibir la remuneración, continuaría vinculado a la ETT por tiempo indefinido con un contrato en estado de letargo que, sin embargo, le impediría contratar sus servicios con otras empresas ⁶⁵.

¿Cómo podría aceptarse un pacto con efectos suspensivos de la relación contractual laboral cuando de forma evidente se está perjudicando la posición de una de las partes ⁶⁶ que, además, por ser la más débil, merece la puesta en marcha de los mecanismos de protección previstos por el ordenamiento laboral? ¿Cómo es posible utilizar una figura creada para proteger al trabajador, tal cual es la suspensiva, para el propio y único beneficio empresarial? En definitiva, ¿no supondría el pacto, así conformado, una clara renuncia a un derecho irrenunciable, como es el derecho de ocupación efectiva y, por ende, entrañaría un desconocimiento de los límites de derecho necesario, que no pueden ser obviados? ⁶⁷

No dudamos que el pacto, de este modo concertado, sería fraudulento ⁶⁸. Por una parte, se estaría **evitando la aplicación de la normativa específica** que regula las consecuencias que para el trabajador se derivarían en el supuesto de imposibilidad empresarial de dar ocupación efectiva al trabajador (art. 30). Por otra, a través del pacto, el trabajador se vería obligado a **renunciar a derechos irrenunciables**, cuales son el derecho a la ocupación efectiva y el de percibir puntualmente la remuneración pactada.

⁶⁵ No olvidemos que sólo los trabajadores con contrato en suspenso en virtud de expediente de regulación de empleo se encuentran legalmente en situación legal de desempleo (art. 208 de la LGSS) y, como consecuencia, podrán ofrecer sus servicios a otros empresarios.

⁶⁶ El problema fundamental radica en que en estos supuestos estamos ante un acuerdo o pacto que aparentemente es conforme a derecho. *Ad extra* no resulta ser sino una puesta en práctica de la facultad otorgada a las partes desde la ley para que, en beneficio de ambas, fijen las condiciones en las que se va a desenvolver el contrato y, en este caso en concreto, la suspensión del mismo. Sin embargo, se lleva cabo con un fin muy diferente de aquel para el que está previsto. Con el acuerdo no se quiere proteger al trabajador que no puede desempeñar su actividad por alguna causa no tasada previamente. Por contra, el pacto es utilizado como medio o camino para que la parte más fuerte de la relación encuentre su beneficio.

⁶⁷ *Vid.*, STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de abril de 1998 (Ar. 1948), que afirma que el acuerdo debe ser regulado por el régimen jurídico de la suspensión, siempre dentro de los límites de derecho necesario.

⁶⁸ Lo más criticable de estas situaciones es la dificultad para comprobar que la simulación, el fraude o el abuso de derecho existe y que, además, no se ha llevado a cabo voluntariamente por ambas partes. Y ello porque el más interesado en demostrarlo, esto es, el trabajador afectado, se encuentra en una situación contractual de inferioridad que no le permite actuar con absoluta libertad. Sólo mediante una manifestación del trabajador dejando sentado que bajo un *aparente* acuerdo de voluntades se oculta un atentado al principio de irrenunciabilidad de sus derechos a través del engaño, intimidación o abuso de situación de necesidad, podrá normalizarse la situación. Sin embargo, el miedo a que el descubrimiento del fraude, y la consiguiente nulidad del pacto, pueda acarrearle más perjuicios que beneficios hace aún más complicado acabar con aquél.

Así pues, los períodos de inactividad del trabajador en misión no pueden ser calificados ni, por tanto, tratados, como períodos suspensivos; obviamente, tampoco cuando la causa de la suspensión sea el *mero acuerdo* entre las partes ⁶⁹. Serían, en todo caso, períodos de inactividad que, al no producirse por causas imputables al trabajador ⁷⁰, corresponderían propiamente al círculo de riesgo del empresario y, en consecuencia, por él deben ser asumidos, sin que quepa posibilidad de que sean compartidos.

No obstante, esta afirmación merece una importante matización. Existe, sin embargo, una posibilidad de activación del mecanismo suspensivo que, en lógica consecuencia, traerá la exoneración del empresario de su obligación retributiva. Analicemos esta posibilidad.

D) Inactividad del trabajador por falta de puestas a disposición que atender. ¿Posible motivo de suspensión por causas económicas?

La paralización de actividades, y las consiguientes pérdidas económicas que puede suponer para la ETT la no celebración de contratos de puesta a disposición no puede obviarse. El legislador ha previsto que la concurrencia de acontecimientos calificables como de causas económicas, así como de razones técnicas, organizativas o de producción, o de fuerza mayor, o sea, de hechos no «*provocados*» por el empresario ⁷¹, puedan liberarle de la carga salarial que debería asumir *ex artículo 30*. La concurrencia de alguna de estas causas activaría el mecanismo de la suspensión de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.1.j) de la LET. La consecuencia jurídica inmediata sería la exoneración del empresario de la obligación de remunerar un trabajo que no está recibiendo.

⁶⁹ A tenor del texto estatutario el simple acuerdo de las partes es causa suficiente para suspender la relación; sin embargo, habría que matizar diciendo que, además de respetar los límites de derecho necesario, en el fondo, la suspensión deberá responder a una razón o motivo lícito congruente, además, con el espíritu protector que inspira a la figura suspensiva.

La aceptación del mutuo acuerdo como causa de suspensión *per se* y no como medio de creación de causas suspensivas «a la medida» (que siempre deberán respetar los principios básicos fijados desde la ley) supone concebir una suspensión que, sin duda, contradice el espíritu tuitivo y protector al que responde la institución suspensiva: y ello porque podría ocurrir que esta última no se activase ante una imposibilidad de trabajar sino ante un mero deseo o circunstancia de alguna de las partes (¿o diríamos mejor, de *una* de las partes?).

⁷⁰ El texto estatutario es claro al determinar que las circunstancias que impiden la prestación de trabajo serán imputables al empresario y no al trabajador.

La imposibilidad a la que se refiere el artículo puede ser de dos tipos: personal o subjetiva (comportamiento del empresario que directamente impide la normal ejecución de la prestación de trabajo), o bien de tipo objetivo (cuando surgen impedimentos en la organización de la empresa que sirven de obstáculo a la prestación de trabajo). Los efectos jurídicos son idénticos en ambos casos. Según RODRÍGUEZ-SAÑUDO, *op. cit.*, pp. 188 y 189, la carga del riesgo es idéntica para el caso de *mora accipiendi* y para el supuesto de impedimentos objetivos, independientes del comportamiento directo del empresario. Es en este último supuesto donde, claramente, puede ser incardinado el supuesto que nos ocupa.

⁷¹ Se entiende, por hechos no imputables directamente al comportamiento del empresario pero sí conectados casualmente con el empresario o con la empresa.

La ETT podría suspender la relación laboral y liberarse, por ende, del pago del salario del trabajador en misión, si lograra demostrar que la inactividad provocada por la falta de contratos de puesta a disposición que atender constituye una razón o **causa económica** capaz de activar el mecanismo suspensivo tal y como prevé el legislador estatutario. Estaría, además, obligada a seguir cuidadosamente el procedimiento existente *ad hoc* (art. 51 de la LET).

Ocurre, sin embargo, que el ET no define qué debe entenderse por causa económica. Se nos presenta ésta como un concepto jurídico indeterminado que la doctrina científica ha tratado de concretar. La causa económica existirá cuando se dé una situación de *crisis*⁷², dificultad de desarrollo o de desequilibrio en la cuenta de resultados de la empresa⁷³, como consecuencia de problemas de financiación, disminución de pedidos, anulación o pérdidas de encargos y contratos con empresas clientes, etc.

Deberá la ETT justificar que la falta de celebración de contratos de puesta a disposición con las empresas usuarias supone para ella un importante agravio económico que dificulta el normal desenvolvimiento de su actividad.

Lógicamente, será la pérdida de un número considerable de contratos con empresas clientes lo que colocará a la empresa en una situación de dificultad. Si la ETT no concierta contratos de puesta a disposición con las empresas usuarias, su actividad estará paralizada temporalmente. Esto se traducirá en la ausencia de nuevas contrataciones (ya temporales, ya indefinidas) y colocará a la empresa en una *situación de crisis* que afectará a los trabajadores temporales, pues no van a ser contratados nuevamente, pero, sobre todo, a los trabajadores fijos, que no podrán continuar desempeñando su actividad al no tener la empresa puestas a disposición que atender. ¿Podría, entonces, la ETT suspender los contratos de sus trabajadores alegando una causa económica que afecta a la empresa, modificando las condiciones en que su actividad se desenvuelve?

Como ya hemos apuntado, si la ETT afectada logra acreditar que la vía más adecuada para superar «la crisis temporal» es la suspensión del contrato, podrá obtener la correspondiente autorización administrativa para llevarla a cabo, siempre y cuando actúe conforme a los procedimientos establecidos *ad hoc* por el legislador (art. 51 del ET, por remisión del 47 del mismo texto legal).

⁷² Recordando los antecedentes histórico-legislativos no hemos de olvidar que en el Decreto de 26 de enero de 1944 (conocido como el Decreto sobre «crisis») eran las *situaciones de crisis* las que justificaban la adopción de medidas tales como la suspensión, el cese o la modificación de las condiciones contractuales. No obstante, existe una línea doctrinal que sostiene que la causa económica no puede identificarse con el concepto de crisis, que se entiende mucho más restrictivo. *Vid.*, como ejemplo, RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, *De la rigidez al equilibrio flexible*, CES, Madrid, 1994, p. 75.

⁷³ En este último sentido se pronuncia MARTÍNEZ EMPERADOR, «El despido colectivo en el texto refundido del E.T.», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, XII, p. 203. También, *vid.*, PÉREZ DE LOS COBOS y ROQUETA BUJ, «Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas», *DL*. 51/97, p. 39. Para estos autores no cabe la asimilación entre causa económica y pérdidas. Por causa económica hay que entender no sólo la situación de pérdidas, sino también las situaciones de desequilibrio con reflejo en la cuenta de resultados de la empresa.

A estos desequilibrios se refieren también algunos pronunciamientos jurisprudenciales; hablan de la causa económica como aquella que actúa sobre la cuenta de resultados y supone «un desequilibrio entre los ingresos y gastos y con un reflejo en el balance de la empresa que se sitúa de una forma negativa». *Vid.*, STSJ de Navarra de 22 de enero de 1999 (Ar. 2999) y STSJ de Aragón de 19 de junio de 1999 (Ar. 1756).

El trabajador fijo de la ETT quedará afectado en la medida en que su contrato se coloca en una situación atípica, de aletargamiento, como consecuencia de la adopción de una medida de suspensión que se utiliza como medio para superar la situación temporal o coyuntural creada en la empresa por la causa económica. Si bien no tendrá derecho a recibir indemnización ⁷⁴ alguna, sí tendrá la posibilidad de trabajar para otra empresa, aun bajo la vigencia del contrato suscrito con la ETT, y mientras que éste se mantenga en suspenso. Y ello porque la única situación suspensiva que se contempla legalmente como de desempleo y que, por ende, permite el trabajo en otra empresa durante el período de aletargamiento del vínculo es la que ahora se contempla (art. 208.2 de la LGSS).

Desde el estricto punto de vista laboral, la suspensión del contrato del trabajador indefinido de la ETT por la causa expuesta le permite desempeñar su trabajo y, en consecuencia, percibir una remuneración ⁷⁵, en virtud de otro contrato en empresa distinta a la afectada ⁷⁶ –posibilidad impedida legalmente si la actividad se suspendiese por otro motivo– ⁷⁷. Desde el punto de vista de la Seguridad Social, la situación de este trabajador será la de asimilada al alta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 125.1 de la LGSS ⁷⁸.

⁷⁴ *Vid.*, artículo 47.1 del ET. Lo cual parece bastante lógico, pues, ¿cómo podría aceptarse que un trabajador que sólo tiene latente su relación de trabajo, con evidentes expectativas de reincorporarse a la empresa cuando cese la causa impeditiva y con derecho, además, a las prestaciones por desempleo por encontrarse en situación de paro reconocida desde la norma, perciba la misma indemnización que otro que ha visto finalizada su relación con la empresa?

⁷⁵ Huelga decir que el trabajo durante la suspensión determinará la pérdida o minoración de las prestaciones por desempleo que el trabajador tendrá derecho a percibir mientras permanezca en esta situación. Recordemos que, en base a las previsiones reglamentarias, si el trabajo lo es a tiempo parcial, se deducirá del importe de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado. *Vid.*, artículo 15.2 del RD 625/1985, de 2 de abril.

⁷⁶ No debemos olvidar que, aun cuando el trabajador se relacione con otra empresa, continúa vinculado con la anterior; su contrato sólo está aletargado, lo que significa que, si bien las prestaciones básicas no se actualizan, el resto del contenido del contrato pervive y los deberes éticos o «morales» inherentes a la relación laboral.

El mantenimiento del deber general de buena fe que debe presidir la relación laboral, aún latente, se debe concretar en estos casos en los que se permite trabajar, en la prohibición de hacerlo si ello perjudica al empresario; esto es, se podría trabajar para otra empresa durante el período suspensivo, como parece permitir el legislador al contemplar esta situación como de desempleo, pero sin realizar actividad perjudicial para aquél. VIDA SORIA, *op. cit.*, p. 28 que, sin embargo matiza que el trabajador puede desempeñar ese trabajo «si no perjudica a la empresa que tiene suspendida su actividad».

⁷⁷ Y ello porque, como ya hemos dicho, la suspensión en virtud de expediente de regulación de empleo se configura como situación legal de desempleo. BLASCO SEGURA, «La suspensión del contrato de trabajo: los apartados j) y m) del artículo 45 del ET», *A.L.* 28/1995, p. 480, afirma que el trabajador con el contrato suspendido por esta causa está en situación de paro y sí puede prestar sus servicios a otro empleador sin que por ello se rompa el contrato de trabajo suspendido. *Vid.*, también FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1993, p. 233, refiriéndose al caso de fuerza mayor. Para el autor, cualquier trabajador con el contrato de trabajo en suspenso es libre, en principio, para emplearse, también temporalmente, en otra empresa, de forma tal que esto no podrá ser invocado por el empresario como causa de no readmisión; equivaldría, por tanto, a un despido improcedente. Antiguas sentencias del Supremo se pronunciaban en el mismo sentido. *Vid.*, STS de 18 de noviembre de 1986 (Ar. 6691) y de 7 de mayo de 1990 (Ar. 3973).

⁷⁸ Aunque esa consideración no es equivalente para el período de prestación contributiva, que tiene una eficacia general, y para el nivel asistencial, en el que sólo juega para las prestaciones de asistencia sanitaria y protección familiar, así como, excepcionalmente, para la jubilación. *Vid.*, la obra de AA.VV. (Dir. DE LA VILLA GIL), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 321 y ss.

Observamos, pues, cómo se reparte la carga del riesgo empresarial. La asunción por parte del trabajador de parte del riesgo se traduce en la falta de remuneración. Sin embargo, como contrapartida, y en cuanto que la causa impeditiva no tiene su origen en él mismo sino en su empresario que, afectado por circunstancias concretas, no está en disposición de aceptarlo ni de remunerarlo, podrá ofrecer su fuerza de trabajo a otros empleadores, porque quiere y puede trabajar. No obstante, la situación de suspensión le permitirá, por una parte, percibir prestaciones por desempleo, en caso de no trabajar para otra empresa, y a efectos de la Seguridad Social, continuar tal y como si estuviera trabajando, esto es, en situación de alta (o mejor dicho, en situación asimilada a ella).

Todo ello, siempre que se den las condiciones contempladas en la ley para suspender el contrato por una de las causas tasadas en el apartado j) del artículo 45.1, que además exige el cumplimiento por parte de la empresa de unos trámites específicos ⁷⁹.

E) Algunas conclusiones.

Parece que la intención del legislador ha sido la de proteger el vínculo laboral no frente a cualquier causa sino frente a aquellos motivos que, incidiendo, en la mayor parte de las ocasiones, sobre la esfera personal y/o privada del trabajador ⁸⁰, le impiden cumplir con la que constituye la obligación principal derivada de contrato de trabajo celebrado: la prestación de trabajo.

⁷⁹ Aunque la indagación de los trámites procedimentales a seguir rebasará el objeto de este estudio, dejemos planteado uno de los problemas que, como consecuencia de la falta de una regulación más específica al respecto, podrían surgir.

Por remisión del artículo 47 al artículo 51 comprobamos que, con algunas variaciones (no procederán las indemnizaciones), el procedimiento a seguir, en el caso de las suspensiones, será el mismo que para los despidos colectivos. Ahora bien, dado que el legislador considera despidos colectivos aquellos que afecten a un número determinado de trabajadores en un período concreto de tiempo (la extinción en un período de 90 días debe afectar al menos a 10 trabajadores en la empresa de menos de 100 trabajadores, el 10% en aquellos que ocupen entre 100 y 300 o a 30 trabajadores en empresas que ocupen 300 o más), ¿cuáles serán las pautas a seguir cuando no rebasen estas cifras? ¿A qué precepto legal debemos remitirnos?

Al contrario de lo que ocurría cuando se trataba de fuerza mayor, supuesto en el que el legislador al remitir al mismo procedimiento que el utilizado para el caso de la extinción (art. 51.12, al que se remite el artículo 47.2 estableciendo la necesidad de constatación por la autoridad laboral, previa tramitación del expediente, en todo caso, esto es, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados) nos disipaba las dudas acerca de los pasos a seguir si el número de trabajadores era inferior al establecido en el 51.1; en el caso de la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la remisión se hace sólo al artículo 51 del texto estatutario; ninguna previsión remite al 52.c), regulador de los llamados despidos individuales o plurales, o sea, no colectivos.

¿Qué ocurrirá cuando estemos ante un caso de suspensión no calificada de colectiva en el sentido usado por el legislador estatutario? ¿Podrá el empresario suspender los contratos sin más, esto es, sin seguir procedimiento alguno y sin intervención alguna de la autoridad laboral?

⁸⁰ Recordemos, por ejemplo, motivos tales como la incapacidad temporal, la maternidad, la privación de libertad del trabajador o la excedencia forzosa.

En consecuencia, la causa que pretenda activar el mecanismo suspensivo, ya provenga del acuerdo al que lleguen las partes, ya hubiera sido consignada en el contrato en el momento de su firma, deberá responder al mismo perfil que los supuestos tasados previamente en la ley. Esto es, deberá tratarse de una causa que incida sobre la persona del trabajador, impidiéndole trabajar.

Y decimos esto porque cualquier otro supuesto que afecte, no al trabajador, sino al empresario, o mejor dicho, al funcionamiento de la empresa ⁸¹ podría reconducirse a las causas del apartado j) del artículo 45.1, en donde tiene cabida cualquier motivo incardinable en el concepto legal de causa económica, técnica, organizativa o de producción, que son, en realidad, las únicas causas incidentes sobre la esfera empresarial que justificarían el recurso a la figura suspensiva. Admitir otras diferentes, aun pactadas por las partes, supondría, por una parte, encubrir el incumplimiento por parte de la empresa de su deber de dar ocupación al trabajador y, por otra, y como consecuencia, se estaría negando el derecho que el trabajador tiene reconocido a su ocupación efectiva [art. 4.2.a) del ET]. Estaríamos ante «falsos acuerdos» impuestos al trabajador, en cuanto parte más débil de la relación que es, subordinado al poder empresarial, que entrañarían la renuncia a derechos que son irrenunciables y la aplicación de condiciones menos favorable para él ⁸².

En definitiva y recapitulando, la falta de puestas a disposición que atender por la ETT repercutirá en el contrato del trabajador indefinido impidiéndole su normal desarrollo. Jurídicamente este hecho se traducirá, en la colocación del trabajador, bien en la situación contemplada en el artículo 30 del ET, con derecho, por tanto, a la percepción del salario, bien en la situación de suspensión contractual laboral derivada de la incidencia de una causa económica (siempre y cuando se den los rígidos requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley, y concretados por la Jurisprudencia) lo que le permitirá colocarse en situación legal de desempleo, con las consiguientes consecuencias **laborales** –disposición de su fuerza de trabajo–, **económicas** –percibo de prestaciones en tanto dure la situación de desempleo– y de **Seguridad Social** –situación asimilada al alta–.

⁸¹ Hacemos esta aclaración porque, lógicamente, los motivos que inciden directamente sobre la persona del empresario, sobre su esfera privada, no deben tener repercusión en las posibilidades del trabajador de continuar con el normal desenvolvimiento de su actividad laboral. A diferencia de lo que ocurre con el trabajador, la posición del empleador en el contrato no es personalísima ni insustituible. La ley favorece la continuidad del contrato aunque cambie esa persona. Si bien son causas de extinción del contrato de trabajo, la incapacidad, jubilación o muerte del empresario, conviene tener en cuenta que la extinción sólo se produce si no hay continuación o sucesión en la empresa o en el negocio que regentaba el anterior empleador. Vid., en este sentido, MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, GARCÍA MURCIA, op. cit., pp. 760 y 761.

⁸² MARTÍN VALVERDE y otros, op. cit., p. 699, subrayan la importancia de que el acuerdo no produzca abuso de derecho por parte del empleador ni renuncia de derechos por parte del trabajador. La presencia de una u otra ilicitud determinaría la nulidad del pacto.

BIBLIOGRAFÍA

Las autoras, además de la bibliografía referenciada expresamente en las notas a pie de página, han consultado:

AA.VV., «La negociación colectiva en las empresas de trabajo temporal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995.

AA.VV. (Dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO), El impacto de las empresas de trabajo temporal en España. De la legalización a la reforma: con especial atención al mercado de trabajo andaluz.

CAMPS RUIZ, *Las empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MARTÍN VALVERDE, «La nueva regulación del trabajo a tiempo parcial», *Derecho de los negocios*, n.º 99, 1998.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Las empresas de trabajo temporal en España: comentario a la Ley 14/1994, de 1 de Junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

SAGARDOY BENGOCHEA, *Los principios de aplicación de Derecho del Trabajo*, ACARL, Madrid, 1989.