

Criterio Técnico núm. 33/2003

Sobre la naturaleza jurídica de determinadas relaciones laborales auxiliares o complementarias a la actividad de la enseñanza. Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Cuestión planteada.

El Instituto Nacional de Empleo solicita Criterio de esta Dirección General sobre la naturaleza jurídica de determinadas relaciones laborales de carácter complementario o auxiliar de la actividad de la enseñanza. En concreto, la consulta se suscita respecto de actividades tales como las de limpieza, cocina, auxiliares o ayudantes de cocina, cuidadores o vigilantes de comedor y/o patio, etc., que se desarrollan en colegios y centros de enseñanza.

Tradicionalmente tales actividades habían venido siendo consideradas como determinantes de relaciones laborales de carácter fijo-discontinuo, pero como consecuencia de las últimas reformas legislativas surgidas a partir de la Ley 12/2001 de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y otras disposiciones legales posteriores, aparecen discriminadas las figuras del trabajador fijo-discontinuo, de la del trabajador indefinido a tiempo parcial.

Aunque ambos tipos de relaciones laborales son parecidos, por cuanto se conciertan para realizar trabajos fijos de naturaleza periódica o cíclica, dentro de la actividad ordinaria de la empresa, sin embargo la diferencia se concreta en un elemento: si existe o no repetición de los trabajos, en fechas ciertas y determinadas.

De tal forma que si no existe la garantía de una repetición de la actividad en una fecha cierta y determinada, nos encontraríamos ante un contrato por tiempo indefinido de naturaleza fija-discontinua, que exigiría, ante la imprevisibilidad de la fecha de la realización de los trabajos en cada periodo cíclico, el que se efectuara por la empresa el pertinente llamamiento de los trabajadores al reinicio de cada período de actividad; en sentido contrario, si estuviera predeterminada una fecha cierta de ocupación que se repitiera anualmente, le sería de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido.

La consecuencia desde el punto de vista de la prestación por desempleo es obvia: los trabajadores fijos-discontinuos, en la regulación actual, tienen derecho a la prestación de desempleo por los períodos de inactividad, mientras que los trabajadores con contrato indefinido a tiempo parcial no tienen ese derecho, al tener garantizada la reanudación de su actividad periódicamente y en fechas ciertas y determinadas.

Análisis jurídico de las relaciones laborales objeto de estudio.

A la hora de discernir, a la vista de lo establecido en las vigentes disposiciones legales, qué trabajadores, de aquellos cuya prestación de servicios se interrumpe sistemáticamente durante un determinado periodo de tiempo todos los años, tienen derecho a percibir la correspondiente prestación por desempleo durante tales periodos de inactividad se habrían de hacer las siguientes consideraciones:

1. En el año 2001 se aprueba el Real Decreto-Ley 5/2001 de 2 de Marzo (BOE del 3 de Marzo) de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad que es el que introduce diversos apartados en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y, entre ellos, el apartado 8º según el cual

“El contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido. Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos Convenios Colectivos.....”

Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca, y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.”

Además da nueva redacción al artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores en la medida en que excluye (a la vez que se les incluye en el 15.8) a los contratos fijos-discontinuos pasando éste a regular exclusivamente los contratos a tiempo parcial y los contratos de relevo.

El citado Real Decreto-Ley fue derogado por la Ley 12/2001 de 9 de Julio (BOE del 10) pero mantiene la anterior redacción del artículo 15.8 así como la del artículo 12, ambos del Estatuto, con lo cual la distinción, entonces introducida, entre los trabajadores “fijos-discontinuos” y los “trabajadores indefinidos a tiempo parcial” permanece vigente.

2. A raíz de la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2002 de 24 de Mayo de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE del 25) y, en virtud del mismo, se da nueva redacción al artículo 208.1.4 de la Ley General de la Seguridad Social a efectos de determinar el colectivo de trabajadores que, prestando servicios de forma discontinua, tienen derecho a la protección por desempleo durante los periodos de inactividad.

Conforme a esa nueva redacción “ Se encuentran en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos: 4. Cuando los trabajadores fijos de carácter discontinuo a los que se refiere el apartado 8 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores carezcan de ocupación efectiva en los términos que se establezcan reglamentariamente. (fijos-discontinuos en sentido estricto)

Con arreglo a ello únicamente tendrían derecho a percibir la correspondiente prestación los trabajadores fijos-discontinuos y no los indefinidos a tiempo parcial.

3. Con posterioridad al mencionado Real Decreto-Ley 5/2002 fue aprobada la Ley 45/2002 de 12 de Diciembre (BOE del 13) de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad que lo deroga (Disposición Derogatoria Única apartado e) y modifica, a su vez, el número 4 del apartado 1 del artículo 208 de la LGSS , según el cual “ Igualmente se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos, de acuerdo con lo que se disponga en desarrollo de esta norma, en los periodos de inactividad productiva ”.

Además contiene, dicha Ley, una referencia expresa a la Protección por desempleo de trabajadores fijos de carácter discontinuo en su Disposición Adicional Cuarta según la cual “La protección por desempleo de los trabajadores fijos de carácter discontinuo derivada de lo dispuesto en el artículo 208.1.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LA LEY 2305/1994) será de aplicación tanto a los trabajadores con contratos de fijo-discontinuo concertados antes del 4 de Marzo de 2001 de conformidad con el artículo 12.3.a) (en el que expresamente se contiene la referencia a los fijos discontinuos en sentido estricto) del Estatuto de los Trabajadores en su redacción anterior al Real Decreto-Ley 5/2001 de 2 de marzo.como a los trabajadores con contratos de fijos discontinuos concertados con posterioridad a dicha fecha”.

La conclusión que cabe sacar de todo ello es que, a pesar de los cambios en la redacción que se introducen a partir de la Ley 45/2002 (que deroga el Real Decreto-Ley 5/2002 de 24 de Mayo, la situación a efectos de protección por desempleo de este colectivo de trabajadores es exactamente la misma que la que vino a establecer el Real Decreto-Ley derogado en la medida en que tratándose de trabajadores con contratos de fijos discontinuos celebrados con posterioridad al 4 de marzo de 2001, siendo a partir de dicha fecha cuando los contratos de trabajo de fijos-discontinuos, en sentido estricto, quedan fuera del ámbito del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores que, únicamente, regula el contrato a tiempo parcial y el contrato de relevo, y pasan a estar regulados en el 15.8.

Por todo ello, se ha de atender , a la hora de discernir si se tiene o no derecho a la protección por desempleo tratándose de un “trabajador fijo de carácter discontinuo” tal y como expresamente les llama la Disposición Adicional cuarta de la Ley 45/2002, a si es un trabajador que es contratado para trabajos fijos-discontinuos que, dentro del volumen normal de actividad de una empresa, no se repiten en fechas ciertas y que hacen necesario un llamamiento en la forma y orden que establezca el convenio colectivo aplicable ; únicamente en tales casos se tendría derecho a percibir la correspondiente prestación por desempleo durante los periodos de inactividad.

Examen concreto de las actividades auxiliares o complementarias a la enseñanza

De acuerdo con la conclusión del apartado anterior, y por lo que respecta a la naturaleza jurídica que habría de atribuirse a las actividades auxiliares o complementarias a las de la enseñanza tales como limpieza, cocina, auxiliares o ayudantes de cocina, cuidadores o vigilantes de comedor y/o de patio, habría que determinar si puede entenderse que este tipo de actividades se repiten en fechas ciertas en cuyo caso no haría falta un llamamiento expreso, y por tanto se trataría de trabajadores indefinidos a tiempo parcial sin derecho a prestación por desempleo durante los periodos de inactividad, o si, por el contrario, son trabajos que aún repitiéndose no se conoce su fecha cierta en cuyo caso el resultado final habría de ser el contrario tratándose de fijos-discontinuos, en el sentido literal del término, y teniendo, por tanto, derecho a percibir, durante esos periodos de falta de ocupación, la correspondiente prestación por desempleo.

En el caso concreto de tales actividades desarrolladas en el ámbito territorial de la C.A. del País Vasco, que motivó la consulta inicial del Instituto Nacional de Empleo, la Inspectora de Trabajo que emite el correspondiente informe ha examinado diversa documentación, concretamente:

- La normativa aplicable en materia de comedores escolares: Orden de 22 de Marzo de 2000 del Consejero de Educación, Universidades e Investigación por la que se regulan los comedores escolares de los centros docentes públicos no universitarios de la C.A.P.V. en los niveles de enseñanza obligatorios y educación Infantil (2º ciclo), según la cual cada centro tiene autonomía en lo que respecta a la fijación de las fechas de inicio y fin del funcionamiento del comedor escolar, aún cuando la gran mayoría de centros docentes se adoptan, en este punto, a lo dispuesto en el calendario escolar fijado anualmente.
- El artículo 24 del Convenio Colectivo de Enseñanza Privada de Euskadi según el cual el calendario laboral se establecerá por cada centro teniendo en cuenta, entre otros aspectos, las directrices del Departamento de Educación del Gobierno Vasco; establece, además, que el comienzo y terminación de las clases tendrá lugar de acuerdo con las disposiciones de dicho Departamento.
- Los Calendarios laborales establecidos desde el año 1998 al 2002 : anualmente el Departamento de Educación fija las normas que han de regular la elaboración del calendario escolar en los centros docentes de niveles no universitarios de la C.A. sostenidos con fondos públicos, concretamente para el curso 2002/2003 la Orden de 8 de Abril de 2002 y la Resolución de 6 de Mayo de 2002, normas en las que se fijan las fechas límite de comienzo y fin del curso escolar, siendo éstas, generalmente, el 1 de Septiembre y el 30 de Junio de cada año. Tratándose de centros que establezcan su propio calendario, éste habrá de ser aprobado por la Delegación Territorial de Educación; en el supuesto contrario se registrarán por el calendario establecido por aquella.

Teniendo esto en cuenta y tras revisar los citados calendarios laborales se ha constatado que la fecha de comienzo y fin de las clases en cada curso escolar varía de un año a otro y no solamente en función de las

exigencias anuales del calendario sino también dependiendo del nivel de enseñanzas impartidas en cada centro (ya que puede tratarse de educación infantil, primaria, secundaria...) circunstancia que, a su vez, incide en las fechas de comienzo y finalización del funcionamiento de los comedores escolares en cada curso.

Dependiendo de lo que cada centro escolar determine, la prestación del servicio de comedor puede comenzar a la par que el curso escolar o bien en el momento en que comienza la jornada partida tras finalizar la jornada intensiva la cual, según ha podido constatarse, ha variado en sus fechas de unos años a otros.

Así pues, es evidente que no existen fechas ciertas, en cuanto a su inicio y finalización, para la prestación de tales servicios o cuando menos existe una cierta dosis de incertidumbre. Por ello, y en la medida en que el periodo de prestación de servicios es relativamente incierto al depender de diversos factores (tales como la normativa anual relativa al curso escolar, el calendario escolar que aplique cada centro o la autonomía de cada uno de ellos para reiniciar el servicio de comedor) parece lógico que resulte necesario el proceder al llamamiento de los trabajadores al inicio de cada periodo de actividad con lo cual nos encontraríamos en el supuesto previsto en el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores en el que se regulan los contratos fijos-discontinuos.

De hecho, en la gran mayoría de los contratos analizados se observa que, en lo que respecta a la duración de la prestación de servicios, se utilizan fórmulas un tanto genéricas sin precisar fechas exactas para su comienzo, e incluso, en algunos de ellos se hace referencia expresa al llamamiento del trabajador al inicio del curso escolar con la debida antelación.

Esta tesis además viene avalada por la Jurisprudencia existente sobre esta materia, en la que tradicionalmente se ha admitido la figura de los fijos-discontinuos en este tipo de actividades durante los periodos lectivos.

Lo anteriormente dicho se ha de entender como regla general ya que a la vista de los contratos examinados se ha comprobado que en algunos casos la empresa, aún tratándose del mismo tipo de prestación de servicios, opta por determinar con toda exactitud el periodo durante el cual se contrata al trabajador y en tales casos, no habría incertidumbre alguna en cuanto a su inicio y finalización ni sería necesario proceder al llamamiento.

Conclusiones generales

Como primera conclusión hay que significar la variedad de los tipos de contrato suscritos para este tipo de actividades complementarias, pues si bien en una gran parte de ellos no se determina exactamente la fecha concreta de reinicio de la actividad en cada período (lo que determinaría que, en este tipo de relaciones laborales, estaríamos de forma prioritaria ante supuestos de contratos fijos-discontinuos), sin embargo en otros contratos sí se predetermina claramente la fecha del reinicio de la actividad en cada año, con lo que en estos supuestos existe un contrato indefinido a tiempo parcial.

Por todo lo anterior hay que entender que no es posible determinar a priori, y aún cuando así ocurre en la mayoría de los casos a la vista de los contratos examinados, y de forma general que en el caso de trabajadores contratados para la realización de actividades complementarias o auxiliares de la enseñanza nos encontremos

siempre y en todos los casos ante trabajadores fijos-discontinuos que, ante la incertidumbre de la duración de la correspondiente prestación de servicios, precisen ser llamados con antelación.

Es por ello que, al no ser posible establecer una regla general dada la casuística existente, será preciso analizar cada contrato en particular de manera que:

- En relación con aquellos trabajadores en cuyos contratos de trabajo, y por lo que respecta a su duración, no se recojan fechas concretas de inicio y finalización, tratándose de actividades que tienen un carácter cíclico o intermitente desempeñadas durante periodos que generalmente coinciden con el curso escolar, y siendo necesario proceder al llamamiento de cada trabajador al inicio, han de ser considerados trabajadores fijos-discontinuos con derecho a percibir la correspondiente prestación de desempleo durante los periodos de inactividad
- Por el contrario, y aún tratándose de las mismas actividades, aquellos trabajadores cuyos contratos establezcan unas fechas concretas y determinadas para el inicio y finalización de la correspondiente prestación de servicios habrán de ser considerados trabajadores indefinidos a tiempo parcial, sin derecho, por tanto, a tal prestación en periodos de inactividad.

EL DIRECTOR GENERAL

Fdo. F. Javier Minondo Sanz