

## LLAMAMIENTO TARDÍO DE UN TRABAJADOR FIJO DISCONTINUO POR PARTE DE LA EMPRESA: POSIBLES EFECTOS

(Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo,  
Sala de lo Social, de 19 de enero de 2016, RCU 1777/2014](#))

**Pilar Palomino Saurina**

*Profesora Contratada Doctora. Universidad de Extremadura*

### 1. MARCO LEGAL

La regulación actual del trabajo fijo discontinuo tiene su origen en el artículo uno.d) de la [Ley 20/2014, de 29 de octubre](#), por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española, que autorizó al Gobierno para aprobar un texto refundido en el que se integrasen el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y todas las disposiciones legales relacionadas que se enumeran en ese apartado, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado, lo que dio origen al [Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre](#), que como novedad dedica su [artículo 16](#) al contrato fijo discontinuo. Y es que, si bien la regulación anterior encuadraba esta modalidad contractual en el artículo 15.8 junto a los contratos temporales, el nuevo texto legal le da una nueva ubicación y la regula por separado, dándoles, por tanto, mayor relevancia.

### 2. SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

El actor prestó servicios para la Comunidad de Madrid en las campañas de incendios forestales de las siguientes anualidades: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011, durante diferentes periodos temporales que solían empezar a finales de mayo o principios de junio para terminar a finales de septiembre o principios de octubre. Su categoría profesional era auxiliar de control e información.

Mediante sentencia del Juzgado de lo Social n.º 24 de Madrid se reconoció al actor que la relación que le vinculaba con la Comunidad de Madrid era fija discontinua desde su inicio.

Al actor le resultaba de aplicación el convenio para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, cuya Comisión Paritaria, en ausencia de criterio convencional, pactó el orden de llamamiento de los trabajadores que debían participar en las campañas de incendios forestales, estableciendo un sistema de prelación en el llamamiento consistente en llamar en primer lugar a los trabajadores de campañas anteriores que hubiesen obtenido mediante resolución judicial firme el reconocimiento de la condición de trabajadores con relación indefinida (no fija) de fijos discontinuos.

En el año 2012, en cumplimiento del acuerdo de la Comisión Paritaria, comenzó el llamamiento de los trabajadores que habían obtenido, por sentencia, el reconocimiento de la condición de indefinidos no fijos señalándose como día de comienzo de la prestación el 13 de junio de 2012. Pero el actor no fue incluido en dicho llamamiento por lo que formuló reclamación previa por despido el 14 de junio de 2012.

La empresa demandada efectuó llamamiento al actor para que se incorporase el día 9 de julio de 2012 aunque el trabajador no se presentó a tal llamamiento.

El Juzgado de lo Social entendió que estaba en presencia de una dimisión tácita del trabajador ante la inexistencia de voluntad rescisoria por parte de la demandada cuya conducta, que no contó con la diligencia debida, no podía calificarse como despido, teniendo derecho el actor a los salarios correspondientes a los días transcurridos desde que debió hacerse el primer llamamiento. Recurrida en suplicación la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la de instancia y declaró la improcedencia del despido.

Ante esta resolución, la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, como empresa demandada, formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina que se analiza a continuación.

### 3. RAZONES DE LA DOCTRINA JUDICIAL SENTADA EN EL CASO

La sentencia desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina porque considera que ante la ausencia de criterios convencionales de llamamiento la decisión concreta de efectuarlo no pertenece al ámbito de la libre decisión del empresario como expresión de su poder de dirección, sino que la ley pretende la existencia de criterios objetivos que regulen los conflictos de intereses que pueden darse entre los trabajadores y entre estos y el empresario en orden a la fijación del periodo de trabajo de los trabajadores fijos discontinuos. En este caso en concreto deben seguirse los criterios establecidos por la Comisión Paritaria ya que este es el instrumento negocial aplicable en la empresa.

Indica también el Alto Tribunal que como señala el [artículo 16.2 del ET](#) los trabajadores fijos discontinuos serán llamados en el orden y forma que determinen los respectivos convenios colectivos y en caso de incumplimiento podrán reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria. En consecuencia, la posterior subsanación de la omisión

producida mediante un llamamiento tardío efectuado cuando ya el trabajador ha reaccionado e impugnado su despido no es más que un intento de recomponer una relación laboral rota por decisión empresarial manifestada a través de la omisión del deber de llamada.

#### 4. TRASCENDENCIA DEL FALLO

La [STS de 19 de enero de 2016](#) es un pronunciamiento de incuestionable relevancia, pues produce efectos directos sobre la resolución impugnada y sobre el objeto de su regulación; esto es, el llamamiento tardío de los trabajadores fijos discontinuos. Y es que, con esta sentencia el Tribunal Supremo cambia el criterio que había mantenido hasta este momento de no considerar el llamamiento tardío de los trabajadores fijos discontinuos como un despido improcedente ([AATS de 14 de diciembre de 2010, rec. núm. 1447/2010](#); [5 de abril de 2011, rec. núm. 2350/2010](#); [28 de marzo de 2012, rec. núm. 2127/2011](#), y [STS de 27 de mayo de 2015, RCU 1623/2014](#)), una postura que también seguía la mayoría de la doctrina judicial de suplicación como recogen las SSTSJ de Navarra de 23 de junio de 2009 (rec. núm. 88/2009), de Canarias de 30 de junio de 2010 (rec. núm. 585/2010), 10 de febrero de 2011 (rec. núm. 1551/2010), 31 de mayo de 2012 (rec. núm. 370/2012) y de Andalucía de 13 de abril de 2011 (rec. núm. 367/2011), e impone el criterio contrario.

En la [Sentencia de 19 de enero de 2016](#) se debate si tiene lugar el despido de un trabajador por no haber sido llamado a prestar servicios en el primero de los turnos, tal y como dispone el acuerdo de la Comisión Paritaria del convenio; o si, por el contrario, tal falta de llamamiento no supuso despido puesto que fue llamado tiempo después, cuando el trabajador había interpuesto reclamación previa, lo que podría considerarse una dimisión o desistimiento tácito del trabajador.

Y lo que determina el Alto Tribunal es que el llamamiento tardío desatendiendo el orden establecido por la Comisión Paritaria, producido cuando el trabajador ya ha formulado reclamación previa por falta de llamamiento inicial, no tiene efectos subsanadores de una relación laboral ya rota, no pudiendo hablarse, por tanto, de dimisión tácita del trabajador, puesto que dado el carácter constitutivo que el despido tiene en nuestro ordenamiento jurídico impide al empresario, por su propia y exclusiva voluntad, dar marcha atrás y dejar sin efecto una decisión unilateral extintiva del contrato que produjo su extinción de manera efectiva. Y es que, para el empresario el llamamiento constituye una obligación de hacer que tiene como correlato el derecho del trabajador a ser llamado cada vez que se reanude la actividad empresarial. Por tanto, su incumplimiento, además de ser calificado como despido, puede considerarse una falta empresarial al deber de ocupación efectiva que, como establece el [artículo 50.1 c\) del ET](#), justifica la extinción indemnizada del contrato por parte del trabajador.

Una postura que constituye un cambio claro de criterio del Tribunal Supremo con respecto a su posición anterior y con respecto a la doctrina judicial imperante hasta este momento por lo que se trata de una sentencia que tendrá una gran repercusión posterior en esta materia.