

El día inicial del plazo de caducidad de la acción de despido, en actividades fijas discontinuas, es aquel en el que el trabajador conoce que, iniciada una campaña, no ha sido llamado

El TS revoca la sentencia que entendió que la acción de despido instada por un trabajador fijo discontinuo no estaba caducada y ordenó reponer las actuaciones al momento del dictado de la sentencia de primera instancia para que entrara a conocer del fondo del asunto. La Sala, tras examinar la evolución doctrinal sobre la caducidad de la acción de despido de trabajadores fijos discontinuos, declara que el día inicial del plazo de caducidad de la acción de despido, en actividades fijas discontinuas, es aquel en el que el trabajador conoce que, iniciada una campaña, no ha sido llamado, sin que esta regla general presente excepciones.

Señala que si bien es cierto que cuando el trabajador se encuentra en IT -como en este caso-, con el contrato suspendido y que en esa situación no son exigibles las obligaciones de las partes, en relación con la prestación de servicios y pago de salarios, ello no exonera a la empresa de retomar la relación laboral en la situación que se encuentre -ya de actividad, mediante la incorporación del trabajador, o de inactividad por estar en IT-. Siendo ello así, si la empresa no procede al llamamiento del trabajador, aunque se encuentre en IT, incurre en un incumplimiento a partir del cual el trabajador puede reclamar por despido, iniciándose el plazo de caducidad. Concluye el Tribunal que en el presente supuesto la acción de despido se formuló cuando se encontraba caducada.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 20/01/2022

Nº de Recurso: 2289/2019

Nº de Resolución: 53/2022

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Colegio Eiris SA representado por el letrado D. José Enrique Andujar Alba, contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 4002/2018, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de A Coruña, de fecha 4 de junio de 2018, recaída en autos núm. 213/2018, seguidos a

instancia de D.ª. Angustia frente al Colegio Eiris SA., con intervención del Ministerio Fiscal, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D.ª. Angustia, representada y asistida por el letrado D. José Miguel Orantes Canales.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de junio de 2018, el Juzgado de lo Social n.º 5 de A Coruña, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"Primero.- D.ª. Angustia, prestó sus servicios para la entidad Colegio Eiris, S.A., desde el 20 de marzo de 2.014, con la categoría de "servicio comedor limpieza", a tiempo completo, percibiendo un salario medio mensual a razón de 835,32 € brutos con inclusión de la parte proporcional de pagas extras y comisiones. A la relación laboral resulta de aplicación el IX Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de régimen general o de enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (B.O.E. 26/05/2011).-

Segundo.- D.ª. Angustia prestó servicios para Colegio Eiris, S.A., entre el 20 de marzo y el 30 de junio de 2.015, y posteriormente entre el 1 de septiembre de 2.014 y el 30 de junio de 2.015, mediante contrato de interinidad para suplir la baja por incapacidad temporal de la trabajadora D.ª. Bibiana. Entre el 2 de septiembre de 2.015 y el 30 de junio de 2.016, y entre el 1 de septiembre de 2.016, y el 30 de junio de 2.017, prestó servicios D.ª. Angustia para el Colegio Eiris, S.A., en virtud de contrato temporal por obra o servicio determinado "realizar trabajos propios de su categoría mientras dure el curso escolar", "2015/2016, 2016/2017", prestando servicios "servicio de comedor y limpieza".-

Tercero.- D.ª. Angustia, inició proceso de incapacidad temporal el 13 de septiembre de 2.016, por enfermedad común, situación en la que permaneció hasta el 20 de febrero de 2.018, que fue dado de alta por Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social. El 28 de junio de 2.017, D.ª. Angustia entregó el último parte de baja médica en las dependencias del Colegio Eiris, S.A., en el cual se fijaba una duración estimada de la baja a razón de 319 días, con la siguiente revisión el 28/07/2017.-

Cuarto.- El 30 de junio de 2.017, D.ª. Angustia firma documento de saldo y finiquito, donde figura "indemn. Term. Cto.", a razón de 251,71 €.-

Quinto.- El 1 de marzo de 2.018, D.ª. Angustia remite buro fax al Colegio Eiris, S.A., del siguiente tenor literal: "Como ya he puesto con anterioridad en conocimiento, el día 21 de febrero de 2018 recibí resolución del INSS (se acompaña copia de la misma) en la que se procedía a emitir alta médica con fecha 20.02.2018 - del proceso de incapacidad temporal en el que me encontraba desde 13.09.16-, y por medio de lo cual les interesaba la reincorporación en mi puesto de trabajo como "cocinera". Que a fecha de hoy sigo sin tener respuesta sobre tal extremo, por lo que por medio de la presente solicito mi incorporación de manera inmediata, estando a la espera de instrucciones por parte del centro..." El 6 de marzo de 2.018 el Colegio Eiris, S.A., contesta al anterior del siguiente modo: "... En contestación a su buro fax de 1 de marzo, recibido el 2 de marzo, procedemos a comunicarle, en primer lugar, que no nos consta haber recibido ningún escrito suyo con anterioridad al buro fax que ahora nos dirige. En segundo lugar, le recordamos que usted finalizó su relación laboral con esta empresa el 30 de junio de 2.017, recibiendo y firmando los documentos que así lo atestiguan, por lo que es obvio que no procede "la reincorporación "que nos solicita..."-"

Sexto.- El Colegio Eiris, S.A., concertó con la entidad Hixiene's S.L. (Grupo Faro Facility Services), servicios que incluían "limpieza y atención de baños y patios..., atender mesas comedor y limpieza y

recogida comedor, limpieza general de todos los edificios", que prestó desde 9 de enero de 2.017, hasta la actualidad.-

Séptimo.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa, ni representante sindical.

Octavo.- Con fecha 5 de abril de 2.018, se celebró acto de conciliación previa ante el SMAC, según papeleta presentada el 15 de marzo de 2.018, con el resultado de intentado sin avenencia".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda que en materia de DESPIDO ha sido interpuesta por D.ª. Angustia, contra la entidad Colegio Eiris, S.A., y en consecuencia debo absolver y absuelvo a la empresa demandada, de todos los pedimentos formulados en su contra, al concurrirla excepción de caducidad".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D.ª. Angustia, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 27 de febrero de 2019, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. José Miguel Orantes Canales actuando en nombre y representación de DÑA Angustia contra la sentencia de fecha cuatro de junio de dos mil dieciocho dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de A Coruña en autos 213/2018 seguidos a instancia de la recurrente contra el COLEGIO EIRIS SA declaramos la nulidad de la sentencia de instancia por lo que reponemos las actuaciones al momento previo al dictado de la sentencia para que la Juez que conoció del acto del juicio oral dicte nueva resolución desestimando la excepción de caducidad invocada y entrando a resolver sobre el fondo del asunto".

TERCERO.- Por la representación del Colegio Eiris SA., se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 28 de abril de 2014 (rec.656/2014).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2019, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

SEXTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de enero de 2022, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la acción de despido se encuentra caducada.

La parte demandada, Colegio Eiris, SA, 2, ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia, de 27 de febrero de 2019, en el recurso de suplicación núm. 4002/2018, que ha estimado el interpuesto por la parte actora y, declarando la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de A Coruña, de 4 de junio de 2018, en los autos 213/2018, por no encontrarse caducada la acción de despido, ordena

reponer las actuaciones al momento del dictado de la misma para que entre a conocer del fondo del asunto.

En dicho recurso de unificación de doctrina se formula el punto de contradicción antes indicado para el que se identifica como sentencia de contraste seleccionada la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 28 de abril de 2014, rec 656/2014.

2.- Impugnación del recurso.

La parte recurrida ha impugnado el recurso alegando la inexistencia de contradicción por cuanto la sentencia de contraste parte de que la trabajadora conocía la voluntad extintiva de la empresa de no llamarla para el nuevo curso escolar, lo que no ocurre en la sentencia recurrida. En otro caso, rechaza que las sentencias comparadas estén vinculando su resultado al hecho de haber suscrito contratos temporales que han sido finiquitados, a los efectos del día inicial del plazo de caducidad ya que ello no ha sido lo que ha determinado sus respectivos fallos. Además, insiste en que el recurso incurren en falta de contenido casacional al haber resuelto la sentencia recurrida conforme a la doctrina de la esta Sala, recogida en sentencia de 9 de junio de 1992 y, en todo caso, la sentencia recurrida ha aplicado su doctrina que es la que debe mantenerse.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso debe ser estimado. Previamente, pone de manifiesto una cuestionable contradicción entre las sentencias comparadas si bien podría entenderse que existen fallos contradictorios al plantearse en ambas resoluciones la posibilidad de conocimiento por el trabajador de la fecha en que habría de producirse necesariamente la convocatoria por parte de la empresa para fijar el día inicial del plazo, partiendo de que en la sentencia recurrida se considera irrelevante la firma del finiquito. No obstante, sería la sentencia referencial la que contiene la doctrina correcta al no ser determinante la calificación jurídica del vínculo contractual debiendo estarse a la manifestación de voluntad de la empresa de dar por extinguido el vínculo contractual.

SEGUNDO. -Sentencia recurrida y examen de la contradicción.

1.- Sentencia recurrida

Según los hechos probados, la parte actora ha venido prestando servicios para el centro escolar demandado entre el 20 de marzo de 2014 y el 30 de junio de 2015 y desde el 1 de septiembre de 2014 y el 30 de junio de 2015, mediante contrato de interinidad por sustitución, para suplir la baja por incapacidad temporal de una trabajadora. Entre el 2 de septiembre de 2015 y el 30 de junio de 2016, y entre el 1 de septiembre de 2016, y el 30 de junio de 2017, prestó servicios en virtud de contrato temporal por obra o servicio determinado "realizar trabajos propios de su categoría mientras dure el curso escolar", "2015/2016, 2016/2017", prestando servicios "servicio de comedor y limpieza". La actora inició proceso de incapacidad temporal (IT) el 13 de septiembre de 2016, por enfermedad común. El 28 de junio de 2017, la actora entregó al centro escolar el último parte de baja médica en el cual se fijaba una duración estimada de la baja a razón de 319 días, con la siguiente revisión el 28 de julio de 2017. El día 30 de junio de 2017, la actora firma documento de saldo y finiquito, donde figura "indemn. Term. Cto.", a razón de 251,71 €. El día 20 de febrero de 2018 fue dada el alta médica. El 1 de marzo de 2018, la actora remite buro fax a la empresa en el que le indicaba que el día 21 de febrero de 2018 recibió resolución del INSS en la que se procedía a emitir alta médica con fecha 20 de febrero de 2018 por lo que interesaba la reincorporación en su puesto de trabajo como "cocinera". El 6 de marzo de 2018 el Colegio Eiris, S.A., contesta recordándole "que usted finalizó su relación laboral con esta empresa el 30 de junio de 2017, recibiendo y firmando los documentos que así lo atestiguan, por lo que es obvio que no procede "la reincorporación "que nos solicita...". El Colegio Eiris, S.A., concertó con la entidad Hixiene's S.L. (Grupo Faro Facility Services), servicios que incluían "limpieza y

atención de baños y patios..., atender mesas comedor y limpieza y recogida comedor, limpieza general de todos los edificios", que prestó desde 9 de enero de 2.017, hasta la actualidad. Con fecha 5 de abril de 2.018, se celebró acto de conciliación previa ante el SMAC, según papeleta presentada el 15 de marzo de 2.018.

La trabajadora presentó demanda por despido, siendo dictada sentencia por el Juzgado de lo Social apreciando la excepción de caducidad de la acción.

La parte actora interpone recurso de suplicación en el que formula motivos de revisión fáctica y otros de infracción normativa y de jurisprudencia, El recurso es estimado por la Sala de lo Social del TSJ.

La Sala de lo Social, tras aceptar algún error mecanográfico de fecha y rechazar la revisión de hechos que se interesaba por la parte recurrente, entra a resolver el motivo referido a la caducidad de la acción, discrepando del criterio de instancia porque, partiendo de que la demandante es una trabajadora fija discontinua en situación de IT, acude a la doctrina recogida en la STS de 8 de junio de 1992, rcud 1016/1991, para entender que mientras dura la IT, en la que el contrato está suspendido, la empresa no podía a llamar a la trabajadora al inicio de la campaña sino tras el alta médica, siendo a partir de este momento cuando empieza el cómputo del plazo de caducidad, como instante en el que se manifiesta una voluntad clara de la empresa de no proceder a la reincorporación de la actora. Rechaza que ese día se ubique en el que tuvo que haber sido llamada, al inicio del curso escolar, porque considera que no basta con que la trabajadora supiera ese dato -lo que sería admisible respecto de un trabajador en activo- sino que, dado que la situación de IT persistía, aquélla debía tener constancia clara de esa voluntad extintiva de la relación indefinida no fija mediante la falta de llamamiento, sin que a tal efecto sirva las previsiones que sobre la IT se hubieran dado cuando se estaba ante un proceso extenso de duración de la misma, al haber superado 61 días.

2.- Examen de la contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 28 de abril de 2014, rec656/2014, resuelve una demanda por despido de una trabajadora que prestaba servicios como cocinera en dos centros escolar, mediante dos contratos para obra o servicio determinado, durante el respectivo curso escolar, de septiembre a junio del año siguiente. El último contrato, durante el cual, el día 27 de marzo de 2012, la demandante inició proceso de IT, se extinguió formalmente el 22 de junio de 2012. La actora recibió el alta médica el 12 de noviembre de 2012, con efectos del día 9 de noviembre, remitiendo a la empresa, el día 13 de noviembre, comunicación de dicha alta y solicitando la reincorporación, lo que fue contestado por la empresa de forma negativa al haberse extinguido el contrato al finalizar el curso escolar anterior.

La sentencia de contraste, con base en doctrina de esta Sala, confirma la caducidad de la acción de despido, apreciada en la sentencia de instancia, porque "lo determinante para la identificación del "dies ad quem" es el conocimiento de la voluntad extintiva con lo que si la Sala puede concluir que, independientemente de que se encontrase, o no, en situación de incapacidad temporal, la trabajadora conoció que era voluntad de la empresa no llamarla para el nuevo curso escolar y entonces no articuló

acción impugnando la omisión como constitutiva de despido luego cuando la articula, extinguido el proceso de incapacidad temporal, ya lo hace de forma inhábil.

Al fin y al cabo la incapacidad temporal es simple situación de suspensión del contrato de trabajo que bien puede ser extinguido de forma definitiva, de forma procedente o improcedente, por la empleadora y sin esperar al cese de aquella situación. Situación que, además, no releva a la empresa de reanudar el alta del trabajador cuando el momento del llamamiento ha llegado independientemente de que no haya lugar a la prestación de servicios por la interina situación de incapacidad, que permanece.... Independientemente de que se encontrase, o no, en situación de incapacidad temporal la trabajadora conoció que era voluntad de la empresa no llamar para el nuevo curso escolar en momento dilatado en el tiempo más allá de 20 días hábiles de aquél en que articuló la papeleta de conciliación, en 11/12/2012, con lo que cuando se ejercitó la acción esta ya había caducado".

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.

En efecto, en ambos casos se presenta demanda por despido por falta de reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo tras el alta médica. En los dos supuestos, las trabajadoras habían suscrito contratos para obra o servicio determinados con una duración coincidente con el curso escolar. Durante el curso escolar ambas trabajadoras inician un proceso de IT que concluye durante el siguiente curso. En ambos casos y tras el alta médica, las trabajadoras solicitan de la demandada la reincorporación a su trabajo siendo denegada dicha solicitud por la empresa al considerar que el contrato para obra o servicio determinado se había extinguido. Las dos sentencias se pronuncian sobre el día inicial del plazo de caducidad de la acción de despido que fue invocada por la parte demandada. Y respecto de esta cuestión, partiendo ambas sentencias de que la relación laboral debía ser calificada de fija discontinua, llegan a pronunciamientos contrarios respecto del momento inicial del plazo. Así, la sentencia recurrida considera que, estando ante una relación fija discontinua, con un trabajador en IT, la falta de llamamiento que permite iniciar el plazo de caducidad se debe establecer a partir del alta médica, salvo que el trabajador tuviera exacto conocimiento de que al inicio de la campaña no iba a ser llamado. Por el contrario, la sentencia de contraste, la existencia de una voluntad rupturista de la relación laboral por parte de la empresa la ubica en el momento en que, llegada la fecha del llamamiento, se producen los nuevos llamamientos y la empresa omite el del trabajador, sea cual sea la situación en la que se encuentre éste, cuando con la nueva temporada la empresa debe proceder a reanudar su alta.

TERCERO. - Motivos de infracción de norma

1. Preceptos legales denunciados y fundamentación de la infracción.

La parte recurrente ha denunciado como preceptos legales infringidos los arts. 16.2, 45.1 c) y 59.3 del ET.

Según dicha parte no es posible suspender el plazo de caducidad porque el trabajador esté en IT y no sea llamado para volverse a contratar, cuando el trabajador ha mantenido un contrato de duración determinada extinguido de forma que desde este momento es conocedor de la voluntad extintiva de la empresa.

2. Preceptos legales que considerar.

El art. 16.2 del ET dispone que "Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria".

El art. 45.1 del ET señala que " El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:....
C)Incapacidad temporal de los trabajadores"

El art. 59.3 del ET indica que " El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos.

El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente"

3. Doctrina de la Sala

Como recuerda la sentencia recurrida, el instituto de la caducidad, al estar vinculado al de seguridad jurídica de quien debe sufrir las consecuencias del éxito de la acción a la que se vincula, debe ser apreciada de forma razonable y no arbitraria de manera que se eludan excesivos formalismos que lleven a una desproporción entre los fines preservados y los intereses sacrificados, tal y como ha venido marcando esta Sala, al decir que " El instituto de la caducidad sirve al principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 de la Constitución Española, por lo que las normas que establecen determinados plazos para la caducidad de las acciones, transcurridos los cuales éstas desaparecen del tráfico jurídico, no pueden ser entendidas con un valor intrascendente, dada su repercusión en el tráfico jurídico" (SSTS de 10 de mayo de 2005, rcud 4596/2003 y 18 de diciembre de 2008, rcud 838/2008). Criterio que sigue la doctrina constitucional cuando ésta señala que "los órganos judiciales quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio pro actione, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, SSTC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 3/2004, de 14 de enero, FJ 3)", como recuerda la STS de 15 de marzo de 2005, rcud 1565/2004.

En esa línea, la Sala siempre ha venido expresando que para apreciar la caducidad es necesario que la empresa manifieste su voluntad extintiva "mediante conducta inequívoca, expresada mediante actos claros y concluyentes, sin que pueda atribuirse este efecto a actuaciones ambiguas, pues la caducidad es una medida excepcional del ordenamiento jurídico que protege el interés general derivado de la pronta certidumbre de determinadas situaciones de pendencia que, por su propia naturaleza, no pueden ser objeto de interpretaciones extensivas, no favorecer a quienes, con incumplimiento del principio de buena fe que debe presidir la relación entre las partes del contrato de trabajo, generan una situación de inseguridad de la que no pueden luego prevalerse" (STS de 22 de enero de 1987 y las que en ella se citan).

La caducidad de la acción de despido, tratándose de trabajadores fijos discontinuos, ha sido objeto de sentencia de esta Sala, tal y como se advierte en las sentencias aquí comparadas.

A.- La STS de 8 de junio de 1992, rcud 1016/1991, en la que se basa el pronunciamiento aquí recurrido y que la de contraste entiende que contiene doctrina que ha sido matizada por esta Sala. Pues bien, en esta sentencia, como claramente se dice en ella, lo que se estaba examinando es "es la determinación del "dies a quo" para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido en el caso de los trabajadores fijos discontinuos no llamados al comenzar la temporada cuando se hallan en la situación de incapacidad laboral transitoria" (ILT hoy IT). Y ello sobre una base fáctica en la que una trabajadora fija discontinua pidió a la empresa su reincorporación tras haber sido dada el alta médica, siendo denegada la misma porque, según la empresa, no se había reincorporado al inicio de la campaña y su puesto estaba ocupada por otro trabajador. Esta Sala, manteniendo que el plazo de

caducidad se inicia el día en que el trabajador tuviera conocimiento de la falta de convocatoria, como regla general y a tenor del mandato del art. 15.6 ET vigente, admite que puedan concurrir circunstancias que obliguen y permitan retrasar ese momento. En ese sentido, y respecto de la situación de la IT, entonces ILT, considera que siendo ésta causa de suspensión del contrato de trabajo, conocida además por el empresario, y que se mantiene hasta el alta médica, ni el empresario podía llamar a la trabajadora al inicio de la campaña ni esta estaba obligada a reaccionar frente a esa ausencia de llamamiento cuando su situación no le permitía trabajar. Concluye diciendo que "...como el alta médica se produce una vez comenzada la nueva temporada y al intentar incorporarse se le deniega su pretensión, sólo a partir de este momento puede entenderse producido el despido, constituyendo en consecuencia el "dies a quo" para el cómputo del plazo de caducidad de la acción correspondiente"

B.- La STS de 28 de julio de 1995, rcud 3443/1994, que la sentencia de contraste recoge, resuelve una demanda de despido en un supuesto en el que una trabajadora fija discontinua, que se encontraba en ILT cuando se inició la nueva campaña, no atendió el llamamiento de la empresa, si bien no se procedió a su alta en la Seguridad Social. La trabajadora presenta demanda de despido por entender que la falta de alta en la Seguridad Social el 10 de agosto de 1992, en que se inició la campaña, es constitutiva de un despido. Pues bien, en este caso, la Sala entendió que la falta de alta del trabajador en la Seguridad Social, que tendrá su responsabilidad en aquel ámbito, no puede calificarse de despido ya que la llamada al trabajador para reincorporarse revela su intención de mantener viva la relación laboral.

En esa sentencia no se analiza la existencia o no de caducidad sino, simplemente, si existe despido por el solo hecho de que la empresa, que ha llamado al trabajador fijo discontinuo para que se incorpore a la campaña, no ha dado de alta en la Seguridad Social al trabajador que se encontraba en ILT.

C.- La STS de 26 de octubre de 1999, rcud 818/1999, que también se cita en la sentencia de contraste, resuelve un supuesto de una trabajadora de un centro escolar que había suscrito diferentes contratos para obra o servicio determinado, con duración entre el 1 de septiembre y el 31 de agosto del año siguiente - objeto cursos escolares-. En ella tan solo se analiza si el contrato para obra o servicio determina lo es en fraude de ley, sin más referencia a lo que aquí se está cuestionando que es la existencia de caducidad y determinación del día inicial de su plazo. En igual sentido y análisis que en el anterior se pronunció la STS de 1 de octubre de 2001,rcud 3286/2000

D.- La STS de 27 de marzo de 2002, rcud 2267/2001, que es la base del pronunciamiento de la sentencia de contraste, también resuelve una demanda de por despido de unas trabajadoras que habían estado contratadas bajo la modalidad de contratos para obra o servicio determinado, para impartir clases durante cursos escolares, a cuya finalización se suscribían los correspondientes finiquitos. Al finalizar el último contrato y el mismo día en que cesaron, 30 de junio de 1999, la empresa les remitió una carta en la que les indicaba que se pondría en contacto con ellas con anterioridad al inicio del siguiente curso escolar para, caso de precisar sus servicios en razón al nuevo programa y estuvieran en posesión de la titulación exigible, comentar una nueva contratación. Las trabajadoras desde el 1 de julio de 1999 y hasta unos días de septiembre de 1999 estuvieron percibiendo prestación por desempleo. Las actoras no fueron llamadas al inicio del curso escolar 1999/2000. La cuestión que es objeto del recurso es el día inicial del plazo de caducidad que la sentencia allí recurrida ubicaba al momento de la extinción de la relación laboral que bajo las circunstancias allí concurrentes, cualquier que hubiera sido la naturaleza de la relación -continua o discontinua. o en el de la falta de llamamiento. Esta Sala considera que para dar respuesta a ese debate lo primero que debe resolver es la naturaleza de aquellas relaciones laborales, llegando a concluir que no son de carácter temporal -obra o servicio determinado- sino de fijas discontinuas, por lo que la empresa debió llamarlas al inicio del curso escolar 1999/2000 y como no lo hizo incurrió en un despido que debe computarse desde que no fueron llamadas y no al finalizar el curso anterior, sin

que la firma del finiquito ni la carta remitida por la empresa tengan relevancia para que el día inicial del plazo sea anterior.

En esa sentencia no se analiza en ningún momento el alcance de la situación de incapacidad temporal sobre el plazo de caducidad sino que se niega virtualidad alguna, de cara a entender la voluntad extintiva de la relación de trabajo, a la firma de un finiquito e incluso a las expectativas dadas de poder ser contratadas para el siguiente curso escolar, cuando la realidad fue que en el comienzo del nuevo curso no fueron llamadas, pudiendo y debiendo serlo, siendo en este instante en el que se considera manifestada la voluntad extintiva por parte de la empresa.

E.- Junto a esas sentencias, también debemos recordar la STS de 16 de octubre de 2013, rcud 3198/2012, que cita la parte recurrente en su escrito de interposición de recurso. Es cierto que en ella se está valorando la caducidad de la acción de despido en un supuesto en el que el trabajador había sido contratado para obra o servicio determinado y que vio extinguido el contrato presentado demanda de despido que la sentencia allí recurrida había desestimado por entender que no existía tal acto extintivo porque, siendo la relación fija discontinua, debía haber esperado al ulterior llamamiento. Esta Sala, partiendo de que la trabajadora tan solo estaba denunciando un fraude de ley en una contratación temporal que consideraba fija, a secas, considera que es clara la voluntad de la empresa de extinguir ese contrato temporal y, por ende, que se estaba ante la existencia de lo que la parte actora entendía como un despido que debía activar dentro del plazo de caducidad.

Tampoco esta sentencia vendría a tener incidencia en este caso en tanto que, al margen de que para nada se está valorando ninguna situación de IT, la Sala admite la existencia de despido atendiendo a lo que se planteó en demanda y en la instancia, entendiendo que la sentencia de suplicación dio un giro al debate, al introducir un carácter fijo discontinuo de la relación que nadie había suscitado y que, por consiguiente, no podría privar de acción a la demandante desde ese momento que se le extingue la relación laboral, declarando la existencia de un despido que calificó de improcedente.

F.- Aunque en la STS de 14 de julio de 2016, rcud 3254/2015, resuelve una demanda de conflicto colectivo, lo que de ella podemos destacar, en lo que ahora se está analizando, es la valoración que se realiza de la situación de los trabajadores fijos discontinuos en situación de IT que se mantiene cuando se inicia una nueva actividad con nuevos llamamientos, y en la que se dice que "aunque el trabajador se encontrara enfermo, ello no exime de la obligación de llamamiento a la empresa quien de realizarlo, deberá proceder a dar de alta al trabajador sin perjuicio de cursar seguidamente la baja por Incapacidad Temporal, pudiendo de esta manera proceder a contratar interinamente a otra persona para que desempeñe el puesto de trabajo del enfermo si por conveniente lo tuviere a través del oportuno contrato de interinidad. En definitiva, deben ser llamados los trabajadores en situación de incapacidad temporal, momento a partir del cual la empresa debe asumir la obligación de colaboración con la Seguridad Social, si bien la reincorporación efectiva al trabajo se producirá a partir del alta médica." Criterio doctrina que, como ya recuerda, está en línea con lo que dijera la sentencia de esta Sala, antes referida, 28 de julio de 1995, rcud 3443/1994, en orden a tener que diferenciar entre las responsabilidades en materia de seguridad social y las laborales.

G.- Por último, la STS de 19 de febrero de 2019, rcud 971/2017 se refiere a una calificación de relación laboral fija que hace ubicar el día inicial de plazo de caducidad en el momento en el que se dio por finalizado el último contrato fraudulento, entendiendo que en ese caso la acción estaba caducada. Traemos a colación esta sentencia porque, una de las cuestiones previas que llevaron a ese pronunciamiento fue la de analizar si se estaba ante un trabajo fijo discontinuo, llegando a la conclusión de que la actividad no tenía tal carácter sino fijo y por ello, el plazo de caducidad se fijó al finalizar el último contrato temporal, lo que claramente no sería el caso que nos ocupa.

4. Doctrina aplicable al caso

La evolución de nuestra doctrina, antes expuesta, nos lleva a entender que en este caso es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta. Esto es, el día inicial del plazo de caducidad de la acción de despido, cuando el trabajador fijo discontinuo está en situación de IT y la empresa no lo ha llamado al comienzo de la campaña se inicia en cuanto este tiene conocimiento de que no ha sido llamado y no cuando, tras el alta médica, el empresario no acepta la reincorporación al trabajo solicitada por el trabajador.

En efecto, esta Sala, y con base en el mandato legal, claramente ha señalado como día inicial del plazo de caducidad de la acción de despido, en actividades fijas discontinuas, aquel en el que el trabajador conoce que, iniciada una campaña, no ha sido llamado.

Y esta regla general no presenta excepciones que venga recogidas por norma alguna, ya imponiendo un día inicial del plazo diferente o una interrupción del plazo en circunstancias especiales o particulares.

Es cierto que el trabajador se encuentra en IT, con el contrato suspendido y que en esa situación no son exigibles las obligaciones de las partes, en relación con la prestación de servicios y pago del salarios, pero ello, como ya ha señalado esta Sala en las sentencias que hemos recogido anteriormente, no exonera a la empresa de retomar la relación laboral, en la situación que se encuentre -ya de actividad, mediante la incorporación del trabajador, o de inactividad por estar en IT, pero con obligaciones en materia de seguridad social, propias de dicha situación-.

Siendo ello así, es evidente que si la empresa no procede al llamamiento del trabajador, aunque se encuentre en IT, incurre en un incumplimiento a partir del cual el trabajador puede reclamar por despido, iniciándose el plazo de caducidad.

Esa falta de llamamiento, desde el momento en que, como ha dicho esta Sala, constituye una obligación empresarial, se entiende como manifestación de una voluntad extintiva de la relación laboral, habiendo establecido el legislador cual es el día inicial del plazo para demandar por despido, sin excepción o singularidad alguna por lo que no cabe interpretar que en situaciones de IT ese computo deba realizarse de forma diferente.

Esto es, a la vista de la previsión del art. 16 del ET, el trabajador en IT, si al inicio de la campaña no es llamado puede ya plantear demanda por despido sin necesidad de esperar al alta médica.

En consecuencia, la acción de despido que en este caso se formuló se encuentra caducada, no siendo necesario para obtener esa conclusión cuestionar el alcance de la extinción del contrato temporal que ha sido calificado de fraudulento para, con ello, hacer valer otro momento, incluso anterior, en el que se manifiesta la voluntad extintiva ya que, como ha recogido esta Sala, analizada la naturaleza real del vínculo laboral, y no cuestionándose en este momento su carácter fijo discontinuo, la firma de un finiquito, por el que se extinguiera ese contrato fraudulento, no va tener el alcance que la parte recurrente pretende. Solo se ha admitido por esta Sala que la extinción del contrato temporal que se califica de fraudulento tiene ese alcance, a efectos del plazo de caducidad, cuando lo que se está cuestionando es una relación fija pero no cuando estamos ante relación fija discontinua en donde existen periodos de inactividad que comienzan al finalizar la campaña perola relación laboral se mantiene. Por tanto, no se está calificando de suspensión del plazo de caducidad sino de que, en caso como el que nos ocupa, ese plazo se inicia en el momento en el que el trabajador, aunque se encuentre en IT, conoce que no ha sido llamado para el siguiente curso escolar.

CUARTO.- Lo anteriormente razonado, de conformidad con el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser estimado y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el demandante, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social. Todo ello sin imposición de costas, debiendo devolverse a la parte aquí recurrente el depósito, tal y como dispone el art. 228.2 y 235.1 de la LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Colegio Eiris SA representado por el letrado D. José Enrique Andujar Alba.
- 2.- Casar y anular la sentencia recurrida, dictada el 27 de febrero de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 4002/2018, y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la parte actora, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de A Coruña, de fecha 4 de junio de 2018, recaída en autos núm.213/2018, en proceso de despido.
- 3.- Sin imposición de costas a la parte recurrente, y con devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma