

## **LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS DE BAJA POR I.T. ¿DEBEN SER LLAMADOS POR LA EMPRESA?**

Martes, 11 de Septiembre de 2018 - 19:00 h.

Como sabemos, el contrato de trabajo fijo discontinuo regulado en el artículo 16 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET) es contemplado normativamente como una modalidad del genérico contrato a tiempo parcial, a pesar de que, laboralmente, se trata de una modalidad autónoma.

La mecánica de dicho tipo de contratos se produce con el llamamiento por la empresa a los trabajadores bajo dicho régimen contractual al inicio de cada nueva campaña, produciéndose la respectiva la baja al finalizar la misma. Así cíclicamente.

Dicho llamamiento a los trabajadores en plantilla debe realizarlo la empresa por orden de antigüedad del personal fijo-discontinuo. Ahora bien, la cuestión surge cuando un concreto trabajador está en situación de IT, pues no puede prestar sus servicios, surgiendo la duda de si debe ser llamado por la empresa al trabajo o no y, por tanto, si debe la misma dar de alta al trabajador, y cotizar por él.

Adelantamos ya desde este momento que la respuesta correcta es que corresponde a la empresa dar de el alta del trabajador, con asunción de la obligación de cotizar por el mismo, de acuerdo con las previsiones que las normas aplicables disponen al efecto (artículo 13.2 RD 2064/1995, de 22 de diciembre).

Recordemos que los contratos de trabajo fijos-discontinuos son contratos de duración indefinida. Existe un solo contrato y sucesivos llamamientos, de suerte que la ejecución del contrato se interrumpe a la conclusión de cada período de actividad, no trabajando y no cobrando salario alguno. Por ello, el hecho de que la relación laboral simplemente se interrumpa supone, no obstante, que durante el período de inactividad dicha relación subsiste, sin extinguirse ni suspenderse.

De esta forma, como pone de relieve la doctrina científica, el derecho de llamamiento instituye a favor de los trabajadores un derecho pleno, actual y no condicional para ser ocupados cada vez que los trabajos fijos y que forman parte del volumen normal de actividad de la empresa se lleven a cabo, aunque siguiendo un orden preestablecido para el caso de que no fuera

posible el llamamiento simultáneo, porque la actividad requiera una inicial fase de puesta en marcha.

Por la misma razón, del lado empresarial, el deber de llamamiento consiste en una obligación de hacer que materializa el deber de proporcionar ocupación efectiva a los trabajadores.

Fruto directo de esa obligación empresarial es la necesidad de incorporar al trabajador llamado cuando eso sea posible y, en todo caso, el deber de realizar los trámites oportunos en orden a su registro a los efectos de alta y cotización a la Seguridad Social.

Es por ello 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.

Además, la normativa sobre Seguridad Social contempla normativamente el contrato de trabajo fijo discontinuo regulado en el artículo 16 ET como una modalidad del genérico contrato a tiempo parcial, a pesar de que, laboralmente, se trata de una modalidad autónoma. Junto al contrato a tiempo parcial común u ordinario en el que el trabajo se realiza de forma constante y continuada ciertas horas al día o días a la semana o al mes e, incluso, al año, y al contrato de tiempo parcial del relevista en una jubilación, la normativa de Seguridad Social en algunos aspectos generales (Artículo 245 del vigente texto refundido LGSS) o concretos (desempleo) incluye entre este tipo de contratos a tiempo parcial, aquellos cuyo tiempo de trabajo se realiza de modo intermitente a lo largo del año, bien en fechas ciertas, bien en fechas inciertas cual es el supuesto que nos ocupa.

Por ello, la solución a la cuestión planteada debe hacerse teniendo en cuenta las normas que regulan los aspectos de afiliación, altas y bajas y cotización a la Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial.

Desde la expresada unidad del contrato, no pueden aplicarse mecánicamente los efectos de los arts. 100.1 y 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que supeditan la obligación

de cursar el alta y la cotización al comienzo de la prestación del trabajo, pues en rigor la prestación del trabajador en este tipo de contrato se inicia con la incorporación a la primera temporada, momento en que ya se debe entender cumplido aquel requisito; se suspende en los períodos de inactividad y renace al inicio de la nueva campaña, momento en el que inexorablemente y por expreso mandato legal el empresario ha de llamar a unos determinados trabajadores (los que ocupan el primer lugar en la lista o los que procede según convenio), inexorabilidad que, otra vez, sugiere que el contrato no era inexistente pues en tal caso ninguna obligación vincularía al empresario.

Parece claro, por tanto, que en el momento en que el contrato recobra todos sus efectos, que es el momento del llamamiento para iniciar la campaña, el empresario debe asumir todas las obligaciones de él derivadas, entre ellas, la de comunicar el alta y cotizar por sus trabajadores.

A la misma conclusión se llega con la interpretación de otros preceptos que abordan cuestiones conexas. Así, el artículo 4.1.a) párrafo segundo del RD 1331/2012 por el que se regula la Seguridad Social de los Trabajadores a Tiempo Parcial, así como la jubilación parcial, dispone, en relación a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación (trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo y contrato de trabajo fijo-discontinuo) y a la prestación económica de Incapacidad temporal, que: *"La prestación económica que corresponda se abonará durante los días contratados como de trabajo efectivo en los que el trabajador permanezca en situación de Incapacidad Temporal"*, previendo en el apartado b) que la entidad gestora o colaboradora se hará cargo del pago directo de la prestación cuando se interrumpa la actividad laboral.

Todo ello determina, por un lado, que la prestación de Incapacidad Temporal puede comenzar a percibirse en período de actividad y no antes (salvo que el hecho causante se hubiere producido en un período de actividad anterior); y, por otro, que la norma entiende que mientras se superpongan período de actividad e Incapacidad temporal, la prestación se efectuará, mediante pago delegado, por la empresa, mientras que en los períodos de inactividad en los que, excepcionalmente pueda haber prestación, el pago se efectuará de forma directa por la entidad gestora o colaboradora.

Por otra parte, la STS de 26 de mayo de 2003, rec. 2724/2002, a propósito de regulaciones anteriores, ya dijo que el objetivo es: *«que la cobertura de la incapacidad temporal se refiera a períodos de actividad laboral, en los que precisamente como consecuencia de esa incapacidad hay una imposibilidad de trabajo y la correlativa pérdida de salarios, que es lo que define la situación protegida... Los períodos de prestación de servicios no equivalen a la mera vigencia de un contrato de trabajo, que puede tener durante su existencia, períodos en los que no hay*

*prestación efectiva de trabajo ni percepción de salarios, como ocurre en los supuestos suspensivos del artículo 45 ET y en los períodos de inactividad dentro de un contrato fijo discontinuo. Y la finalidad de la norma se desconoce si se permite que, a través de la prestación de incapacidad temporal, se otorguen rentas que no cumplen la función de sustituir la pérdida de las retribuciones, porque la incapacidad no ha supuesto la pérdida de ningún trabajo, al haberse producido durante un período de inactividad».*

También la STS de 28 de julio de 1995, rec. 3443/1994 , ante una reclamación de despido contra la decisión de una empresa que no dio de alta a un trabajador fijo discontinuo que en el momento del llamamiento se encontraba en situación de incapacidad temporal, tras desestimar que tal actitud pudiera equivaler a un despido aclaró que ello se establecía «*sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder al trabajador por la falta de dación de alta del mismo en Seguridad Social, en mérito a la situación de Incapacidad Laboral Transitoria en que se hallaba al tiempo de su incorporación al trabajo como fijo discontinuo*». Ello, tras remarcar que «*la situación de Incapacidad Laboral Transitoria constituye causa de suspensión del contrato de trabajo, en este caso, de carácter fijo discontinuo y que, obviamente, de tal situación se derivan ciertas obligaciones para la empresa, en orden a la cobertura de la expresada contingencia de índole sanitaria*». De lo que se infiere que ya, entonces, la Sala de lo Social del TS entendía que constituía derecho del trabajador ser dado de alta en seguridad Social al inicio de la campaña, aun cuando se encontrase en situación de incapacidad temporal.

Consecuencia de todo ello, desde VINCIT Abogados recomendamos que, en caso de que la empresa no haya realizado el preceptivo llamamiento del trabajador fijo discontinuo de baja por IT, requiera a la misma para que procesa a realizarlo y, ante la ausencia de contestación o en caso de que la respuesta no sea clara y concluyente en la forma y justificación para realizarlo, el trabajador deberá reclamar para la declaración de su derecho a ser llamado, dado de alta y cotización, sin perjuicio de seguir permaneciendo de baja por IT hasta su recuperación médica.

Departamento Laboral.  
**VINCIT ABOGADOS.**