



Roj: **STS 4075/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4075**

Id Cendoj: **28079140012016100669**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2016**

Nº de Recurso: **3254/2015**

Nº de Resolución: **669/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 14 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por AMC Spain Fresh and Natural Foods, SL representado y asistido por el letrado D. Mariano Zaballos Bertomeu, contra la sentencia dictada el 16 de junio de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 1290/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia, de fecha 20 de enero de 2015, recaída en autos núm. 1287/2014, seguidos a instancia de la Confederación Sindical de CCOO del País Valenciano, contra la empresa AMC Spain Fresh and Natural Foods, SL, sobre Conflicto Colectivo. Ha sido parte recurrida la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano representado y asistido por la letrada D<sup>a</sup>. Ana María García Mateu.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de enero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 13 de Valencia dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- La empresa AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, SL, se dedica al manipulado y envasado de cítricos, siendo de aplicación el Convenio Colectivo de Manipulado y Envasado de Cítricos, Frutas y Hortalizas para la Comunitat Valenciana. (DOCV de 4 de octubre de 2013).

2º.- El presente conflicto colectivo afecta al personal fijo discontinuo que presta servicios para la empresa demandada en sus dos centros de trabajo sitios en Cárcer y en La Pobra Llarga en Valencia. La plantilla de la empresa asciende a 750 trabajadores.

3º.- La empresa demandada procede al llamamiento por orden de antigüedad del personal fijo-discontinuo, si bien cuando el llamado está en situación de IT y, por tanto, no puede incorporarse al trabajo, ni les da de alta ni cotiza por ellos; alta y cotización que sí se produce en el momento de su incorporación, tras emitirse el alta médica.

4º.- En la campaña 2013-2014 han sido llamados por la empresa demandada 15 trabajadores fijos-discontinuos en el almacén de la empresa en Cárcer y otros 6 en el de La Pobra Llarga, quienes se encontraban en situación de IT al inicio de campaña y no pudieron incorporarse al trabajo y a los que la empresa no dio de alta en Seguridad Social ni cotizó por ellos mientras duró tal situación. Dicha relación de trabajadores se encuentra recogida en el documento 1 del ramo de prueba de la empresa y que se da por reproducida en aras de la economía procesal.

5º.- Se dan por reproducidas, el Acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social practicada por la Inspección de Trabajo en relación con otra empresa distinta de la demandada pero del mismo sector e informe de la Inspección de Trabajo de fecha 11/07/2011, aportados por la parte actora como documentos 27 y 38 de su ramo de prueba.



6º.- El día 07/11/2014 se presentó papeleta de conciliación ante el Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunidad Valenciana, celebrándose el día 19/11/2014, con el resultado de sin acuerdo. El día 3 de diciembre siguiente se presentó demanda en el Decanato de los Juzgados de Valencia, que correspondió por reparto a este Juzgado de lo Social».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Desestimando las excepciones formuladas por la empresa demandada, y estimando la demanda de conflicto colectivo formulada por la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO DEL PAÍS VALENCIANO, frente a la empresa AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, SL, declaro el derecho de los trabajadores fijos-discontinuos que se encuentran de baja por IT cuando se inicia la campaña o se interrumpe durante la misma y se reanuda posteriormente a ser llamados por orden de antigüedad, ser dados de alta y cotizar los días en que les hubiera correspondido trabajar, condenando a AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS SL a estar y pasar por esta declaración».

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, SL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 16 de junio de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Valencia, de fecha 20 de enero de 2015, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Se acuerda, en su caso, la pérdida de las consignaciones, así como la necesidad de que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir. Se condena a la parte empresarial recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 300 euros».

**TERCERO.-** Por la representación de AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el día 15 de septiembre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en fecha 22 de septiembre de 2011.

**CUARTO.-** Con fecha 4 de febrero de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

**QUINTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de julio de 2016, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión a resolver en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si procede el alta y subsiguiente cotización de los trabajadores fijos discontinuos que en el momento de su llamamiento, por inicio de campaña o reanudación de la vigente, se encuentran en situación de incapacidad temporal.

La entidad AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, S.L. recurre en casación la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2015, recaída en el recurso de suplicación 1290/2015, que confirmó la del Juzgado de lo Social nº 13 de Valencia. En su día, la Confederación Sindical de CC.OO. del país valenciano formuló demanda de conflicto colectivo contra la mercantil hoy recurrente en la que se solicitaba que se declarase el derecho de los trabajadores fijos discontinuos que se encuentran de baja por incapacidad temporal cuando se inicia la campaña o se interrumpe y se reanuda posteriormente a ser llamados por orden de antigüedad, ser dados de alta y cotizar los días en los que les hubiese correspondido trabajar. La sentencia de instancia estimó íntegramente la demanda, decisión que fue confirmada por la sentencia hoy recurrida. La Sala valenciana, tras considerar adecuado el proceso de conflicto colectivo por estar en presencia de una controversia sobre la aplicación de una norma estatal que ha generado un conflicto real en la empresa que niega el alta a los trabajadores que en el momento del llamamiento se encuentran en situación de incapacidad temporal, fundamentó su decisión en el carácter único del contrato para fijos discontinuos, sin que pueda hablarse de un contrato distinto para cada período de actividad y en el momento del llamamiento, en el que el contrato recobra sus plenos efectos, el empresario



debe asumir todas las obligaciones que se derivan del mismo, entre ellas, comunicar el alta y cotizar por sus trabajadores.

Como sentencia de contraste ofrece el recurrente la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Granada- de 22 de septiembre de 2011, recaída en el recurso 2137/2011 que, confirmando la de instancia, desestimó la petición de un trabajador fijo discontinuo de que se le considerase como cotizado unos determinados períodos temporales coincidentes con los transcurridos desde la fecha del llamamiento hasta la efectiva incorporación en la empresa, cotización que no se produjo por encontrarse el trabajador en situación de incapacidad temporal. La sentencia referencial entiende que el alta no procede cuando el trabajador llamado a prestar servicios no se reincorpora por hallarse en situación de incapacidad temporal y que sólo procede cuando los trabajadores prestan servicios puesto que es la actividad lo que justifica la obligación de cotizar consecuencia del alta.

Ni el Ministerio Fiscal ni el sindicato impugnante del recurso niegan la existencia de contradicción tal vez porque las doctrinas confrontadas son radicalmente diferentes. La Sala entiende que concurre la contradicción exigida por el artículo 219 LRJS puesto que puede apreciarse, sin dificultad, una razonable identidad fáctica, de pretensiones y fundamentos, con respuestas judiciales contradictorias, habida cuenta que en ambas resoluciones se formula una pretensión idéntica consistente en que se declare que los trabajadores fijos discontinuos que, en el momento del llamamiento se encuentren en situación de incapacidad temporal, tienen derecho a ser dados de alta y a que se produzca la correspondiente cotización por parte de la empresa. No altera la identidad el hecho de que en la sentencia recurrida se plantee una pretensión colectiva y en la referencial sea individual pues, en este caso concreto, la pretensión no se ve alterada por tal circunstancia.

**SEGUNDO.-** Con una poco depurada técnica procesal, la entidad recurrente, sin cita de motivo casacional, parece denunciar infracción por inaplicación o errónea aplicación de los artículos 15 y 106 de la Ley General de la Seguridad Social, vigente en el momento del planteamiento del conflicto en la instancia. Alega, sustancialmente que en los períodos de inactividad los trabajadores fijos discontinuos están en una situación asimilada al alta según el artículo 36.1.7 del RD 84/1996, de 26 de enero, aunque su contrato este suspendido a causa de la IT, y en aquella situación deben mantenerse mientras persista la indicada situación suspensiva. En todo caso, añade que la obligación de cotización nace con el comienzo de la actividad lo que implica que no puede surgir hasta que no se produzca el fin de la IT.

El Ministerio Fiscal, por su parte, informa en el sentido de considerar procedente el recurso y, en consecuencia, considera que la obligación de alta y cotización surge cuando se prestan servicios efectivos y no antes. En apoyo de su informe cita varias sentencias de esta Sala que, a su parecer, han resuelto la cuestión debatida. En concreto las SSTs de 3 de octubre de 2005, rec. 2233/2004, de 6 de junio de 2007, recurso 568/2006, de 13 de abril de 2009, rec. 84/2008 y de 16 de julio de 2013, rec. 2522/2012. Sin embargo, ninguna de dichas resoluciones de la Sala aborda directamente la cuestión que aquí se plantea. En tales sentencias, respecto del régimen especial agrario de la Seguridad Social, la cuestión que se plantea versa sobre el derecho a la prestación de incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y el concreto punto a decidir se refiere a la interpretación del requisito de estar "prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se iniciara la enfermedad común o se produjera el accidente no laboral". Y nuestra jurisprudencia plasmada en las reiteradas sentencias resolvió que la doctrina correcta es exigir que el trabajador esté desarrollando actividad laboral cuando sobreviene la incapacidad de trabajo a efectos de lucrar la prestación de IT. Consecuentemente se trata de un asunto radicalmente distinto al que hay que resolver aquí, con independencia de la influencia que tal doctrina pudiera tener para resolver el problema aquí debatido.

**TERCERO.-** La Sala entiende que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida y que, por tanto, cuando un trabajador fijo discontinuo es objeto de llamamiento (ya sea por inicio de la actividad o por reanudación de una actividad suspendida) y se encuentra en ese momento en situación de incapacidad temporal corresponde su alta en la empresa que asume la obligación de cotizar de conformidad con las previsiones que las normas aplicables disponen al efecto ( artículo 13.2 RD 2064/1995, de 22 de diciembre ).

A los efectos que aquí interesan relativos a la aplicación de la normativa sobre Seguridad Social, no cabe duda de que el contrato de trabajo fijo discontinuo regulado en el artículo 15.8 ET ( en la actualidad en el artículo 16 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores ) es contemplado normativamente 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 al supuesto que se plantea en este recurso 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.

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. En efecto, 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.

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.

**CUARTO.-** 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, nuestra 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 nuestra 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 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.

Procede por tanto, oído el Ministerio fiscal, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida que contiene la buena doctrina.

## FALLO

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

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por AMC Spain Fresh and Natural Foods, SL representado y asistido por el letrado D. Mariano Zaballos Bertomeu. 2) Confirmar la sentencia dictada el 16 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 1290/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia, de fecha 20 de enero de 2015, recaída en autos núm. 1287/2014, seguidos a instancia de la Confederación Sindical de CCOO del País Valenciano, contra la empresa AMC Spain Fresh and Natural Foods, SL, sobre Conflicto Colectivo. 3) Imponer las costas a la recurrente y decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.