

La lista abierta ('numerus apertus') de incumplimientos empresariales que justifican la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador [artículo 50.1.c) ET].

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: *El trabajador puede instar la extinción indemnizada del contrato de trabajo por incumplimiento contractual grave del empresario; por ejemplo, cuando el empresario adopta una modificación sustancial de condiciones de trabajo sin cumplir lo dispuesto en el artículo 41 del ET y con menoscabo de su dignidad [artículo 50.1.a) ET]. El artículo 50.1 del ET conforma un numerus apertus (lista abierta) de incumplimientos empresariales graves que justifican la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.*

Palabras clave: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Menoscabo de la dignidad del trabajador. Extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Lista abierta.*

Abstract: *Le salarié peut demander la résiliation judiciaire du contrat de travail lorsque l'employeur commet une faute qui est considérée comme grave. Par exemple, quand l'employeur a modifié un élément essentiel du contrat de travail sans satisfaire aux exigences de l'article 41 du texte refondu de la Loi espagnole sur le Statut des Travailleurs (ET), en attentant à sa dignité. Il est important de souligner que l'article 50.1 du ET prévoit un numerus apertus des manquements graves de l'employeur à ses obligations contractuelles et légales.*

Keywords: *La modification d'un élément essentiel du contrat de travail. L'atteinte à la dignité du salarié. La résiliation judiciaire du contrat de travail. Nombre ouvert.*

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la sentencia núm. 8/2021, de 18 de enero, de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, que resuelve el recurso de suplicación núm. 647/2020. El referido recurso se interpone frente a la sentencia del JS único de Huesca, de 15 de octubre de 2020, dictada en materia de despido y extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 8/2021, de 18 de enero.

Tipo y número de recurso: recurso de suplicación núm.647/2020.

ECLI:ES:TSJAR:2021:13.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. César Arturo Tomas Fanjul.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en dilucidar si la modificación de la jornada laboral adoptada por la empresa inobservando lo dispuesto en el artículo 41 del ET justifica la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, ex artículo 50.1.a) del ET. El trabajador, que tiene un contrato de trabajo fijo discontinuo, también acciona por despido ante la falta de llamamiento en la fecha habitual; acción que finalmente queda sin efecto tras el llamamiento tardío y posterior incorporación del trabajador.

La cronología de los hechos que resultan acreditados y relevantes para la resolución del caso es la siguiente:

Desde el 1 de agosto de 2014, el trabajador ha venido prestando servicios para una empresa dedicada a la actividad de panadería-repostería a través de los siguientes contratos de trabajo temporales:

- Contrato de trabajo para obra o servicio determinado desde el 1 de agosto de 2014 hasta el 31 de octubre de 2014.
- Contrato de trabajo para obra o servicio determinado desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el 5 de mayo de 2015.

El 1 de junio de 2015, el trabajador suscribe con la empresa un contrato de trabajo fijo discontinuo para las temporadas de invierno y verano, con categoría de ayudante, jornada a tiempo parcial de 20 horas semanales y distribución horaria de lunes a domingo. Durante el periodo 2015 a 2018, el llamamiento para la temporada de invierno se ha venido realizando el 1 de diciembre de cada año e incluso con anterioridad.

El 10 de diciembre de 2019, el trabajador presenta papeleta de conciliación ante el Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje (SAMA) por despido improcedente al no ser llamado por la empresa el 1 de diciembre de 2019 para la temporada de invierno de 2019.

El 18 de diciembre de 2019 se celebra el acto de conciliación extrajudicial ante el SAMA, con resultado de intentado sin avenencia. El trabajador interpone posteriormente demanda de despido. En el acto de conciliación extrajudicial ante el SAMA, la empresa realiza llamamiento al trabajador para su incorporación a partir del 27 de diciembre de 2019. Inicialmente, el trabajador rechaza el ofrecimiento, pero finalmente lo acepta.

El 27 de diciembre de 2019, el trabajador se incorpora para trabajar dos horas diarias con horario de 14:30 a 16:30, de lunes a domingo. Así, el trabajador ve modificado su horario y reducida su jornada semanal de 20 a 14 horas, sin que dicha modificación haya sido comunicada previamente por la empresa.

El 14 de enero de 2020, la empresa notifica al trabajador la suspensión del contrato de trabajo, con efectos a partir del 17 de enero de 2020, aduciendo la disminución de la actividad productiva.

El 12 de febrero de 2020:

- El trabajador presenta papeleta de conciliación extrajudicial ante el SAMA sobre despido improcedente (artículo 56 ET) y extinción del contrato de trabajo [artículos 50.1.a) y 50.1.b) ET].
- La empresa realiza llamamiento al trabajador para su incorporación a partir del 14 de febrero de 2020, con jornada de tres horas diarias y horario de 19:00 a 22:00, de viernes a domingo. Así, el horario varía y la jornada semanal se reduce de 14 a 9 horas. El trabajador notifica por escrito a la empresa su intención de no incorporarse al estar señalada ya la fecha para el acto de conciliación extrajudicial.

El **20 de febrero de 2020** se celebra el acto de conciliación extrajudicial ante el SAMA con resultado de intentado sin avenencia. El trabajador interpone posteriormente demanda de despido y extinción del contrato de trabajo.

El **15 de octubre de 2020**, el JS único de Huesca dicta sentencia en la que desestima las demandas por despido, previa acumulación. Una demanda es la interpuesta tras el acto de conciliación sin avenencia celebrado el 10 de diciembre de 2019, y la otra es la interpuesta tras el acto de conciliación sin avenencia que tuvo lugar el 20 de febrero de 2020.

El trabajador anuncia y formaliza en plazo recurso de suplicación frente a la referida sentencia del JS único de Huesca, que viene a resolver la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón que ahora se comenta.

IV. Posición de las partes

El trabajador recurrente invoca tres motivos en su recurso de suplicación:

- Primer motivo: con amparo en el artículo 193.b) de la LRJS se solicita la revisión de hechos probados. El motivo se desestima por no citarse la prueba documental o pericial practicada de la que de resulte de forma clara, patente y directa la existencia de error.
- Segundo motivo: con amparo en el artículo 193.c) de la LRJS se denuncia la infracción de las normas sustantivas (artículos 16.1 y 16.2 ET) y de la jurisprudencia [SSTS, Sala Social, de 19 de enero de 2016 (RCUD núm. 1777/2014) y 23 de noviembre de 2016 (RCUD núm. 526/2015)]. El motivo se desestima por considerar que la sentencia recurrida en suplicación no infringe los preceptos estatutarios ni la jurisprudencia invocados.
- Tercer motivo: con amparo en el artículo 193.c) de la LRJS se denuncia la infracción de las normas sustantivas [artículos 50.1.a) y 50.1.c) ET]. El motivo se desestima por considerar que la sentencia recurrida en suplicación no infringe los preceptos estatutarios invocados.

El escrito de interposición del recurso de suplicación ha sido impugnado por la empresa.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala de lo Social del TSJ de Aragón fundamenta la resolución del recurso de suplicación en los artículos 16 y 50 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 16. Contrato fijo discontinuo

1. *El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo 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.

2. *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.*

3. *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.*

4. *Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos.*

Artículo 50. Extinción por voluntad del trabajador

1. *Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:*

a) *Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.*

b) *La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.*

c) *Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.*

2. *En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.*

VI. Doctrina básica

La doctrina judicial recogida en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón puede ordenarse en cuatro aspectos:

Primer aspecto: llamamiento tardío del trabajador fijo discontinuo. El llamamiento tardío no constituye despido improcedente si el trabajador fijo discontinuo acepta el ofrecimiento y se incorpora. En tal caso se produce el restablecimiento del vínculo contractual y la consiguiente inexistencia de despido.

Segundo aspecto: modificación de la jornada laboral del trabajador fijo discontinuo. El llamamiento del trabajador fijo discontinuo con jornada laboral diferente a la de campañas anteriores supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo. En tal caso, si el empresario no cumple los requisitos del artículo 41 del ET, el trabajador puede instar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo por la vía del artículo 41.3 del ET, salvo que la modificación sustancial menoscabe su dignidad, en cuyo caso puede solicitar la extinción indemnizada por la

vía del artículo 50.1.a) del ET, con percibo de la indemnización prevista para el despido improcedente.

En caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, el trabajador puede instar la extinción indemnizada del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1.a) del ET cuando concurren dos requisitos; a saber:

- La empresa adopta una modificación sustancial de condiciones de trabajo sin observar lo dispuesto en el artículo 41 del ET.
- La modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada por la empresa menoscaba la dignidad del trabajador. El menoscabo de la dignidad del trabajador se aprecia cuando existe, por ejemplo: 1) trato vejatorio, 2) ataque ante los compañeros, 3) degradación jerárquica, 4) vaciamiento de funciones, 5) aislamiento y minusvaloración.

Tercer aspecto: modificación sustancial de condiciones de trabajo y extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. La modificación sustancial de condiciones de trabajo justifica la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador a través de dos vías:

- Por la vía del artículo 50.1.a) del ET, cuando el empresario adopta la modificación sustancial de condiciones de trabajo sin cumplir los requisitos del artículo 41 del ET y con menoscabo de la dignidad del trabajador.
- Por la vía del artículo 50.1.c) del ET, cuando la modificación sustancial de condiciones de trabajo ha sido declarada judicialmente como injustificada y el empresario se niega a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo.

Cuarto aspecto: lista *numerus apertus* del artículo 50.1 del ET. El artículo 50.1 del ET contiene una lista abierta de incumplimientos empresariales graves que justifican la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.

VII. Parte dispositiva

A la vista de los preceptos legales citados más arriba, la Sala de lo Social del TSJ de Aragón falla en los términos siguientes:

- Desestima el recurso de suplicación núm. 647/2020, interpuesto frente a la sentencia del JS único de Huesca, de 15 de octubre de 2020 (autos 21/2020).
- Confirma la sentencia del JS único de Huesca, de 15 de octubre de 2020 (autos 21/2020).
- Sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

El 18 de diciembre de 2019, la empresa realiza llamamiento tardío en el acto de conciliación extrajudicial celebrado sin avenencia ante el SAMA, previa presentación por el trabajador de papeleta de conciliación extrajudicial por despido. El 27 de diciembre de 2019, el trabajador fijo discontinuo se reincorpora tras el llamamiento tardío en condiciones de jornada y horario diferentes a las anteriores. Así, la jornada laboral se reduce de 20 a 14 horas semanales, con horario de 14:30 a 16:30, de lunes a domingo. Esta modificación sustancial de jornada y horario no ha sido comunicada previamente por la empresa. A la vista de los hechos descritos, la Sala de lo Social del TSJ de Aragón declara que:

- El llamamiento tardío del trabajador fijo discontinuo no constituye un despido improcedente porque el trabajador se reincorpora al trabajo,

aceptando el ofrecimiento efectuado por la empresa, lo que produjo el restablecimiento del vínculo contractual y la consiguiente inexistencia de despido.

- *Es cierto que la reincorporación se efectuó en condiciones de jornada diferentes a las anteriores, lo que podía suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pero no un despido.*
- *Ante dicha modificación sustancial de condiciones de trabajo, el trabajador podía accionar bien impugnando la decisión empresarial, bien solicitando la extinción indemnizada de su contrato, al amparo de lo dispuesto en el art. 41.3 del ET.*

El 14 de enero de 2020, la empresa comunica al trabajador fijo discontinuo la suspensión de su actividad por disminución de la productividad, con efectos a partir del 17 de enero de 2020. El 10 de febrero de 2020, el trabajador presenta papeleta de conciliación extrajudicial por despido (artículo 56 ET) y extinción del contrato [artículos 50.1.a) y 50.1.c) ET]. El 12 de febrero de 2020, la empresa realiza llamamiento para trabajar el 14 de febrero de 2020, en condiciones de jornada y de horario diferentes. Así, la jornada laboral se reduce de 14 a 9 horas semanales, con horario de 19:00 a 22:00, de viernes a domingo. El trabajador rechaza el ofrecimiento de la empresa y no se reincorpora. A la vista de los hechos descritos, la Sala de lo Social del TSJ de Aragón recuerda la doctrina del TS, al señalar que:

- *El artículo 50 del ET, referido a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y fundamentada en incumplimientos graves del empresario, enumera una lista abierta de tales supuestos pues a las modificaciones sustanciales anómalas y a las irregularidades en el pago de los salarios, desde la promulgación de la Ley 11/1994 de 19 de mayo, añade "cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor [...]".*
- *El art. 50.1.a) del ET dispone que son justas causas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el art. 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador, es decir que han de concurrir los dos requisitos. En el caso ahora examinado, la Sala de lo Social del TSJ de Aragón considera que se ha procedido a la reducción de jornada, sin cumplir los requisitos del art. 41 del ET, pero el actor ha desempeñado las mismas funciones que venía desempeñando, sin que haya quedado acreditado, como ha valorado la sentencia recurrida, que dicha modificación haya menoscabo la dignidad del trabajador. [...] puede estimarse que ha existido un incumplimiento empresarial que pudo dar lugar a la extinción del contrato al amparo del art. 41, pero que no tiene encaje en el supuesto del art. 50.1.a) del ET, ni puede incardinarse en el supuesto del apartado c), que en cuanto modificación de condiciones de trabajo se circunscribe al supuesto de negativa al reintegro en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos de los arts. 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.*

IX. Comentario: la lista *numerus apertus* del artículo 50.1 del ET

El artículo 49.1.j) del ET permite que el contrato de trabajo se extinga *por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario*. A tal efecto, el artículo 50.1 del ET recoge una lista abierta de incumplimientos del empresario porque, junto a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo anómalas [artículo 50.1.a) ET] y a la falta de pago o retrasos continuados en el abono

del salario pactado [artículo 50.1.b) ET], añade *cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor* [artículo 50.1.c) ET]. La Sala de lo Social del TS ha destacado esta idea^[1], y la Sala de lo Social del TSJ de Aragón la incorpora ahora en la sentencia objeto de comentario.

La posibilidad que tiene el trabajador de instar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo por cualquier incumplimiento grave (o muy grave) del empresario más allá de los explicitados por la norma se incorporó en el artículo 50.1.c) del ET de 1980, y desde entonces se ha mantenido hasta la actualidad:

- **El texto original del artículo 50.1.c) del ET** disponía que serán justas causas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato *cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor*.
- **Tras la reforma operada por el artículo quinto.ocho de la Ley 11/1994, el artículo 50.1.c) del ET de 1980** dispuso que serán causas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato *cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados*. Esta redacción pasó al **artículo 50.1.c) del ET de 1995** y se mantiene en el vigente **artículo 50.1.c) del ET de 2015**.

Por tanto, el legislador ha utilizado desde un principio la técnica jurídica del *numerus apertus* para configurar la lista de incumplimientos graves del empresario que posibilitan la extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador, y así se ha mantenido hasta la actualidad. Nótese que el artículo 50.1.c) del ET ordena, en realidad, dos aspectos:

- **Primer aspecto:** incorpora expresamente (desde la reforma de la Ley 11/1994) un tercer incumplimiento empresarial, que se suma a los dos recogidos en las letras a) y b) del artículo 50.1 del ET; a saber: la negativa de la empresa a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo cuando una sentencia ha declarado que la modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 ET) o la movilidad geográfica (artículo 40 ET) adoptadas son injustificadas.
- **Segundo aspecto:** recoge la cláusula abierta que permite añadir cualesquiera otros incumplimientos graves del empresario más allá de los tres expresamente señalados, y salvo los supuestos de fuerza mayor.

El artículo 49.1.j) del ET:

- Hace referencia a incumplimiento contractual del empresario. Nótese que el adjetivo “contractual” no queda circunscrito únicamente al incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo, sino que se extiende a las que derivan del convenio colectivo y de cualesquiera otras disposiciones normativas. Así, el adjetivo “contractual” ha de ser interpretado en un sentido amplio, como equivalente a “laboral”; es decir: incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del empresario.
- No llega a calificar el alcance de los incumplimientos empresariales (leve, grave, muy grave) que justifican la extinción del contrato de trabajo; aspecto que clarifica el artículo 50.1.c) del ET, señalando que han de ser graves (o muy graves).

En conclusión, los incumplimientos graves del empresario no se limitan a las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo, sino que se extienden a todas

aquellas que el empresario haya asumido en beneficio del trabajador, cualquiera que sea su origen, siempre que reúnan las notas de gravedad y culpabilidad^[2].

Llegados este punto merece la pena identificar, siquiera sea brevemente, los incumplimientos del empresario que tienen la consideración de graves (y muy graves) a efectos del artículo 50.1.c) del ET y, por tanto, que justifican la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador afectado. La doctrina judicial y la jurisprudencia los han ido delimitando, caso por caso; destacan, entre otros, los siguientes:

- El impago de la mejora voluntaria del subsidio de incapacidad temporal, prevista en convenio colectivo^[3].
- El incumplimiento prolongado del deber de dar ocupación efectiva al trabajador^[4].
- El acoso laboral continuado con vulneración de las normas de prevención de riesgos laborales^[5].
- El abono del salario que la empresa hace fuera de nómina y con infracotización a la Seguridad Social^[6].

X. Apunte final: el llamamiento tardío del trabajador fijo discontinuo no siempre constituye despido improcedente

A modo de apunte final merece la pena abordar la cuestión relativa a las consecuencias jurídicas que lleva aparejado el llamamiento tardío de los trabajadores fijos discontinuos.

La relevante STS, Sala Social, de 19 de enero de 2016 (RCUD núm. 1777/2014. [ECLI:ES:TS:2016:553](#)), señaló que el llamamiento tardío de los trabajadores fijos discontinuos constituye despido improcedente. En el caso ahora examinado, la empresa ha venido realizando el llamamiento para la temporada de invierno el 1 de diciembre de cada año, e incluso con anterioridad. Sin embargo, para la temporada de invierno de 2019, la empresa no efectúa el llamamiento en tal fecha, y el 10 de diciembre de 2019, el trabajador presenta la papeleta de conciliación extrajudicial por despido. El asunto tiene algunas particularidades que llevan a examinar si procede aplicar la doctrina jurisprudencial, según la cual, el llamamiento tardío constituye despido improcedente; a saber:

Primera particularidad. El convenio colectivo aplicable en la empresa no establece la forma ni el orden en el que deben ser llamados los trabajadores fijos discontinuos; tampoco recoge previsión alguna sobre la duración de cada campaña ni sobre la fecha del llamamiento. No consta que la comisión paritaria haya adoptado criterio alguno que cubra tal vacío normativo. A falta de previsión convencional sobre el inicio y fin de cada campaña y sobre la fecha de llamamiento, parece harto complicado determinar cuándo este ha de considerarse tardío. Por otra parte, si la práctica seguida por la empresa en los últimos cuatro años (2015-2018) ha sido realizar el llamamiento el 1 de diciembre o incluso en días previos, cabe examinar hasta qué punto la empresa debe mantener tal práctica y no retrasarse para no incurrir en llamamiento tardío.

Segunda particularidad. El 18 de diciembre de 2019 tiene lugar el acto de conciliación extrajudicial por despido, que finaliza sin avenencia. En dicho acto, la empresa realiza el llamamiento del trabajador para su incorporación a partir del 27 de diciembre de 2019, ofrecimiento que es aceptado por el trabajador. La Sala de lo Social del TSJ de Aragón considera que la aceptación del ofrecimiento realizado por la empresa produce *el restablecimiento del vínculo contractual y la consiguiente inexistencia de despido*; dicho de otro modo: el llamamiento tardío no constituye despido improcedente si el trabajador fijo discontinuo acepta el ofrecimiento y se

incorpora. Todo parece indicar que el TSJ de Aragón examina el asunto como una simple demora en la incorporación del trabajador fijo discontinuo por causa imputable al empresario, y no como una retractación del despido.

El llamamiento es tardío cuando se efectúa después de la fecha establecida, pero ¿hasta qué momento puede afirmarse que hay llamamiento tardío y no ausencia de llamamiento? No es lo mismo que se retrase unos pocos días que unas semanas e incluso meses, especialmente cuando no hay causa que justifique el retraso. La doctrina que la Sala de lo Social del TSJ de Aragón adopta en la sentencia ahora comentada debe ir necesariamente acompañada de un criterio que permita clarificar hasta qué momento puede reconocerse la existencia de llamamiento tardío y, por tanto, admitirse el consiguiente restablecimiento del vínculo contractual si el trabajador acepta el ofrecimiento y se incorpora. Razones de seguridad jurídica aconsejan concretar un momento a partir del cual poder afirmar la ausencia de llamamiento y, por tanto, la definitiva extinción del contrato de trabajo por despido^[7]. El llamamiento que la empresa realice a partir de ese momento no tendrá la consideración de tardío, con posibilidad de restablecer el vínculo contractual, quedando inserto en el marco de un nuevo contrato de trabajo fijo discontinuo.

Tercera particularidad. Haya o no despido, surge una cuestión jurídica conexas, que es la relativa a la reclamación de daños y perjuicios que el trabajador fijo discontinuo pueda instar por el llamamiento tardío; todo ello sin ignorar sus consecuencias jurídicas a efectos de Seguridad Social.

Referencias:

1. ^ STS-SOC núm. 480/2020, de 18 de junio (RCUD núm. 893/2018). [ECLI:ES:TS:2020:2168](#).
2. ^ Por todas, vid., STSJ de Cataluña-SOC núm. 4995/2020, de 13 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 1978/2020). [ECLI:ES:TSJCAT:2020:9696](#).
3. ^ STS, Sala Social, de 18 de febrero de 2013 (RCUD núm. 886/2012). [ECLI:ES:TS:2013:843](#).
4. ^ STS, Sala Social, de 28 de abril de 2010 (RCUD núm. 238/2008). [ECLI:ES:TS:2010:2492](#).
5. ^ STSJ de Asturias-SOC núm. 1815/2020, de 20 de octubre (Recurso de suplicación núm. 1167/2020. [ECLI:ES:TSJAS:2020:2420](#)). STSJ de Madrid-SOC núm. 410/2020, de 16 de junio (Recurso de suplicación núm. 124/2020. [ECLI:ES:TSJM:2020:7217](#)); STSJ de Madrid-SOC núm. 7070/2020, de 29 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 329/2020. [ECLI:ES:TSJM:2020:9732](#)); STSJ de Madrid-SOC núm. 832/2020, de 27 de octubre (Recurso de suplicación núm. 386/2020. [ECLI:ES:TSJM:2020:12473](#)); y STSJ de Madrid-SOC núm. 890/2020, de 9 de diciembre (Recurso de suplicación núm. 411/2020. [ECLI:ES:TSJM:2020:14097](#)).
6. ^ STS-SOC núm. 480/2020, de 18 de junio (RCUD núm. 893/2018). [ECLI:ES:TS:2020:2168](#).
7. ^ La STS-SOC núm. 978/2018, de 27 de noviembre (RCUD núm. 2/2017. [ECLI:ES:TS:2018:4363](#)), no llegó a analizar esta cuestión de fondo al apreciar falta de contradicción.