



Roj: **STSJ PV 2782/2003 - ECLI: ES:TSJPV:2003:2782**

Id Cendoj: **48020340012003104516**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2003**

Nº de Recurso: **1162/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JUAN CARLOS ITURRI GARATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: **1162/2003**

N.I.G. 00.01.4-03/000516

SENTENCIA Nº:

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO

En la Villa de Bilbao, a tres de junio de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. DON ISIDORO ALVAREZ SACRISTAN, Presidente en Funciones, DON JUAN CARLOS ITURRI GARATE y DON FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Magistrados, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente,

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA Amparo , contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Alava, de fecha 3 de Febrero de 2003, dictada en proceso sobre DESPIDO (DSP), y entablado por la recurrente, DOÑA Amparo , frente al Organismo "AYUNTAMIENTO DE GORDEXOLA", es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JUAN CARLOS ITURRI GARATE, quien expresa el criterio de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por Demanda y terminó por Sentencia, cuya relación de Hechos Probados es la siguiente:

1.-) "La actora ha impartido cursos de cestería y pintura decorativa organizados por el Ayuntamiento demandado desde Octubre de 1994, durante los meses y días que constan en autos y que se tienen por reproducidos.

2º.-) El día 15 de Octubre de 2002, el Secretario del Ayuntamiento comunicó a la actora que no la iban a contratar para el curso 2002-2003.

3º.-) Los cursos impartidos por la actora tuvieron lugar desde 1994 a 2002, ambos inclusiva, durante los meses de Octubre a Junio, ambos inclusive.

4º.-) Desde Diciembre de 1995 a Junio de 2002 el Ayuntamiento demandado ha abonado a la actora las cantidades que constan en autos y que se tienen por reproducidas.

5º.-) Actualmente el Aula de Cultura del Ayuntamiento imparte cursos de aerobio para adultos y para niños, estaño, manualidades, pintura y yoga.



6º.-) Conforme al Acuerdo Político regulador de las condiciones de empleo del personal al servicio de la Administración Local y Foral de Euskadi para los años 2002 y 2003, la jornada anual ordinaria es de 1.592 horas.

7º.-) El Ayuntamiento demandado anunció los cursos impartidos por la actora mediante bandos firmados por el Alcalde para la inscripción de los interesados y en 1997 y 1998 convocó una reunión para acordar días y horarios de los cursillos.

8º.-) Cada curso tiene estipulado el abono por el alumno de una cantidad mensual que en 1997 y 1998 fue de 1.400 pesetas.

9º.-) El Ayuntamiento no autorizaba los cambios de clases que se produjeran y no proporcionaba material.

10º.-) La actora tenía la llave del local donde impartía la clase.

11º.-) La actora cobraba una cantidad fija que incluía el kilometraje y que fue aceptada por el Ayuntamiento.

12º.-) La actora no ostenta ni ha ostentado el año anterior la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores.

13º.-) En tiempo y forma se presentó reclamación previa, que no consta contestada"

SEGUNDO.- La Parte Dispositiva de la Sentencia de Instancia dice:

"Que estimando parcialmente la demanda promovida por Doña Amparo contra AYUNTAMIENTO DE GORDEXOLA, debo declarar y declaro la improcedencia del despido, condenando a la demandada a que readmita a la trabajadora en su puesto de trabajo o le abone la cantidad de 652,16 euros en concepto de indemnización, opción que ésta deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta Sentencia, mediante escrito o comparecencia en el Juzgado, advirtiéndole a las partes que de no realizarla se entenderá que procede la primera, con abono, en caso de readmisión, de los salarios devengados desde la fecha de la extinción hasta la notificación de la Sentencia, a razón de un salario diario de 21,83 euros".

TERCERO.- Frente a dicha Resolución se interpuso el Recurso de Suplicación anteriormente reseñado, que fue impugnado por la letrada actuante en nombre y representación de la Entidad demandada, "AYUNTAMIENTO DE GORDEXOLA", elevándose posteriormente los autos a este Tribunal a los efectos de que resuelva sobre la cuestión suscitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Amparo formula recurso de suplicación contra la sentencia que parcialmente estima la demanda que, por razón de despido, en su día formuló contra la Corporación Municipal de Gordexola, siendo su único objeto económico el incremento del importe de la indemnización, para el caso de que se opte por ello, como consecuencia del despido improcedente.

Al efecto, se ha de destacar que es pacífico entre partes y se asume por el Juzgado que nos encontramos ante un contrato laboral a tiempo parcial de la clase de los denominados fijos discontinuos, en el que mediaba actividad laboral de octubre a junio de cada año desde 1.994 a 2.002 y que el número de horas mensuales trabajadas en cada año fue variando e incluso dependiendo de meses.

Lo que hace el Juzgado es considerar que, pese a que consta actividad laboral desde el año 1.994, no constan las horas realizadas sino desde diciembre de 1.996 y sumando todas desde tal fecha hasta el final del último llamamiento, hallar la proporción en relación a la jornada ordinaria de trabajo, para calcular la antigüedad y a la misma aplicar el salario abonado el último mes de actividad laboral por treinta horas mensuales que se trabajó.

Discrepa la parte demandante de tal forma de cálculo y al efecto, postula al final del escrito de formalización del recurso pide principalmente que se le fije el importe de la indemnización en 5.894,1 euros o subsidiariamente en 3.150,27 y no los 652,16 euros fijados en la decisión que se recurre.

Al efecto, plantea tres diversos motivos de impugnación: en el primero, se pretende la reforma del hecho probado cuarto de la decisión impugnada y por ello, se encauza por la vía del apartado b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. En el segundo se aduce la infracción del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 5/2.002, de 24 de mayo, aplicable al caso por razón de la fecha del despido, enfocándolo por la vía del apartado c del citado artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral y se formula al objeto de alegar a favor de la fórmula que considera procedente para sustentar la petición principal del recurso, mientras que en el tercero, encauzado por la misma vía que el anterior y con cita de similar precepto sustantivo, se plantea para mantener la petición subsidiaria.



La parte demandada e impugnante del recurso, se opone a éste y alega a favor de la confirmación de la decisión impugnada.

SEGUNDO.- El primer motivo de impugnación ha de ser rechazado, pues los datos que señala la recurrente para que se añadan a tal hecho probado (salario percibido en el último mes de actividad laboral y jornada entonces completada) ya se deducen de lo señalado en el hecho probado primero y cuarto de la decisión impugnada, en cuanto que se remite a los documentos que así lo señalan. En todo caso, tanto el salario de 654.9 euros es cierto y de hecho, del mismo se parte por la Magistrada autora de la sentencia, así como la jornada mensual de treinta horas que postula la recurrente en tal mes de junio de dos mil dos y así se deduce de la documental a la que se remite el hecho probado primero.

TERCERO.- Sin embargo, entendemos que si que se ha de asumir el cálculo que se hace en el segundo motivo de impugnación.

Consideramos que el cálculo por horas impugnado, aparte de que olvida que la antigüedad se remonta al año 1.994 y no a diciembre de 1.996, pues pese a reconocerse aquella antigüedad solo se computan horas desde diciembre del año 1.996, parte de un criterio que respetamos, como no podía ser menos, pero que no compartimos.

En efecto, entendemos que cuando la relación laboral que vincula al demandante con la empresa demandada es la de fijo discontinuo, al establecer el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores que la indemnización derivada del despido improcedente se abonará "por años de servicio", habrá de estarse no a la total antigüedad, sino al número de días efectivamente trabajados durante toda su relación laboral, como se señala en la sentencia recurrida invocando a la doctrina jurisprudencial. La cuestión está en que ello no puede equivaler a considerar como días efectivamente trabajados sólo las horas efectivamente trabajadas (se trata de una jornada a tiempo parcial todos los años), como se hace el cálculo, sino los días en que media relación laboral por virtud del llamamiento correspondiente y mientras dure éste; por tanto, con independencia de las horas trabajadas cada día o no trabajadas (caracterizadamente, domingos y festivos) y éstos, en cada año, eran todos menos los correspondientes a los meses de julio, agosto y noviembre de cada año, es decir, nueve meses al año (hecho probado tercero).

La aplicación de este criterio lleva a considerar que el importe de la indemnización ha de alcanzar el valor de doscientos setenta días de salario, que, partiendo de los indicados 654,9 euros al mes (salario correspondiente a la duración parcial de la jornada laboral en el último año de actividad) suponen la cantidad reclamada como principal en el recurso.

Por otra parte, este criterio no es aislado, sino que en casos similares de contrato parcial discontinuo en casos de impartición de cursos durante el periodo equivalente a un curso escolar ya se señala en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 2 de julio de dos mil uno y 17 de enero de dos mil, recursos 5.772/01 y 6.387/99. La recurrente en este punto cita sentencias mas genéricas, que aluden a que no cabe reducir la antigüedad en proporción a la reducción de la jornada en caso de contrato a tiempo parcial, pues ya se fija el salario proporcionado a tal reducción, como es el caso de la sentencia del mismo Tribunal Superior de fecha 19 de enero de dos mil uno, recurso 540/01 o de Madrid de 8 de abril de mil novecientos noventa y nueve, recurso 639/99. Efectivamente, lo asumimos y partimos de ello, pero la razón fundamental de nuestra decisión es que entendemos que en estos casos la expresión días efectivamente trabajados ha de incluir la suma de los periodos en que cada año ha habido llamamiento, desde el inicio de la actividad conforme el mismo y hasta su terminación en cada temporada o campaña.

Lo anterior hace innecesario el estudio del tercer motivo de impugnación, planteado de forma subsidiaria, en el que la recurrente entiende que, si la antigüedad ha de computarse de la forma dicha en la decisión recurrida, el salario habrá de considerarse en relación a jornada completa, para evitar duplicidades en el cálculo por el mismo concepto de contrato a tiempo parcial.

CUARTO.- Lo anterior supone que no se impongan las costas del recurso a ninguna de las partes, al interpretar el Tribunal Supremo, Sala Cuarta -entre otras 21 de enero de dos mil dos y 17 de julio de mil novecientos noventa y seis, recursos 176/01 y 98/96- el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral en el sentido de afirmar que, de su texto y finalidad, se deduce que no se han de imponer a la parte que obtuvo sentencia a su favor en el Juzgado en relación a la cuestión controvertida en el recurso, como es el caso.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS



Que estimamos en lo sustancial el recurso de suplicación formulado en nombre y representación de doña Amparo contra la sentencia de fecha tres de febrero de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Vitoria-Gasteiz en el proceso 630/02 seguido ante el mismo y en el que también es parte el Ayuntamiento de Gordexola y en su consecuencia, revocamos parcialmente la misma en el exclusivo aspecto de fijar en el fallo de tal resolución el importe de la indemnización allí prevista en 5.891,4 euros y no 652,16 euros, manteniendo el resto de pronunciamientos de la misma. Cada parte deberá abonar las costas de este recurso que hayan sido causadas a su instancia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes intervinientes en el proceso y al Ministerio Fiscal.

Una vez FIRME lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de procedencia del Recurso para dar cumplimiento al Fallo recaído.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito - Banco de Vitoria) cta. número 4699-000-66-**1162/2003**, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 euros en la entidad de crédito grupo Banesto (Banco Español de Crédito - Banco de Vitoria) c/c. 2410-000-66-**1162/2003** Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.