



Roj: **STSJ AND 11768/2013 - ECLI: ES:TSJAND:2013:11768**

Id Cendoj: **18087340012013101953**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2013**

Nº de Recurso: **2088/2013**

Nº de Resolución: **2341/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**CON SEDE EN GRANADA**

**SALA DE LO SOCIAL**

M.H.

**SENTENCIA NÚM. 2341/13**

ILTMO.SR.D. JOSE MANUEL GONZÁLEZ VIÑAS

PRESIDENTE

ILTMO.SR.D. JUAN CARLOS TERRÓN MONTERO

ILTMO.SR.D. JORGE LUIS FERRER GONZÁLEZ

ILTMO.SR.D. FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada a once de diciembre de dos mil trece

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los lltmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de Suplicación núm. 2088/13, interpuesto por LADRILLOS VIRGEN DE LAS NIEVES DE BAILEN S.L. contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 DE JAÉN en fecha 30 de agosto de 2013 y en autos nº 385/13 ha sido **ponente el lltmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Jose Carlos en reclamación sobre DESPIDO contra LADRILLOS VIRGEN DE LAS NIEVES DE BAILEN S.L. Y FOGASA y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 30 de agosto de 2013, por la que se estimó la demanda interpuesta, en reclamación por despido, en su pretensión principal, reconociendo la nulidad del despido del que ha sido objeto el actor, y debo condenar a la empresa demandada a la inmediata readmisión del trabajador en las mismas condiciones laborales que tenía con anterioridad a su despido, ello con abono de los salarios dejados



de percibir desde la fecha del despido, 15.04.2013, hasta la fecha de readmisión, a razón de 42,54 euros diarios. Con absolución del FOGASA en la presente instancia y sin perjuicio de sus responsabilidades legales.

**Segundo.-** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

**PRIMERO.-** Don Jose Carlos , mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000 , vecino de Bailén (Jaén), ha venido prestando sus servicios para la empresa Ladrillos Virgen de Las Nieves de Bailén, S.L., dedicada a la actividad de fábrica de tejas y ladrillos, como trabajador fijo discontinuo, con la categoría profesional de oficial de tercera, maquinista de galletera, percibiendo un salario de 42,54 euros/día, incluida prorrateo de pagas extraordinarias.

Rige entre las partes el Convenio Colectivo estatal del sector de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, BOE de 19.12.06.

**SEGUNDO.-** El actor inició su relación laboral con la demandada el 1.04.1990.

Los periodos en que el actor ha estado en alta en la empresa demandada han sido:

-1.04.1990 a 30.09.1990

-10.04.1991 a 9.10.1991

-27.04.1992 a 26.10.1992

-4.08.1995 a 15.11.1995

-10.04.1996 a 10.07.1996

-19.08.1996 a 2.11.1996

-2.05.1997 a 11.07.1997

-15.09.1997 a 30.11.1997

-15.04.1998 a 13.05.1998.

-15.05.1998 a 20.10.1998

-3.05.1999 a 31.12.1999

-20.03.2000 a 15.11.2000

-15.03.2001 a 15.11.2001

-4.02.2002 a 8.03.2002

-15.03.2002 a 19.06.2002

-21.06.2002 a 15.11.2002

-15.03.2003 a 15.11.2003

-15.03.2004 a 15.11.2004

-2.03.2005 a 11.03.2005

-15.03.2005 a 15.11.2005

-15.03.2006 a 15.11.2006

-23.11.2006 a 18.12.2006

-6.02.2007 a 8.03.2007

-15.03.2007 a 15.11.2007

-3.12.2007 a 12.12.2007

-17.03.2008 a 15.11.2008

-18.03.2009 a 26.03.2009

-30.03.2009 a 18.11.2009

-22.03.2010 a 15.11.2010

-31.03.2011 a 15.11.2011

-9.04.2012 a 15.11.2012



El actor, a efectos de despido, tiene una antigüedad en la empresa demandada de 1.04.1990 y ha permanecido un total de 4.644 días de alta en la misma, de los cuales 221 tuvieron lugar el último periodo de servicios prestados a partir del 9.04.2012.

**TERCERO** .- En una reunión celebrada el día once de marzo de 2013 entre la empresa y los cinco trabajadores fijos discontinuos de ésta, actor incluido, la empresa comunicó a los trabajadores que no se iniciaría dicho mes la actividad, alegando causas económicas (que los patios estaban llenos de ladrillos sin vender) y meteorológicas (intensidad de lluvias registradas) y propuso a los trabajadores un retraso en la fecha de inicio de la presente campaña, retraso que al no ser aceptado por tres de los citados trabajadores motivó que se procediera a su despido por causas objetivas. El citado retraso sí fue aceptado por el actor y otro trabajador, don Pedro Enrique , quienes solicitaron de la empresa se lo comunicara por escrito, a fin de garantizar sus derechos como trabajadores fijos discontinuos.

A tal fin la empresa remitió al actor, el día 13.03.13, comunicación escrita con el siguiente tenor: " *Muy Sr. Mío. De conformidad con la legislación vigente actual y como continuación a la región mantenida con ud y sus 4 compañeros el pasado 11 de Marzo en las oficinas de esta entidad, le confirmo los aspectos tratado en la misma, significándole que la temporada 2013, se iniciará a partir del día 15 de Abril, y todo ello por motivos climatológicos, económicos y de mercado.*

*Como es costumbre en nuestra entidad, días antes de su incorporación al puesto de trabajo, se le avisará debidamente, una vez la fábrica haya terminado su proceso de organización "*.

**CUARTO**.- El actor no recibió comunicación alguna de la empresa en los días previos al 15.04.2013.

El día 15.04.2013 el actor, acompañado del trabajador don Pedro Enrique , se personó en las instalaciones de la empresa con la intención de incorporarse a trabajar en la campaña de este año, sin que a los mismos se les diera ocupación efectiva.

En dicha fecha la citada campaña no había comenzado, ni había trabajador alguno prestando servicios en la fabricación de ladrillos.

No consta circunstancia alguna que justifique la falta de inicio de la presente campaña en la fecha de 15.04.2013. Se desconoce la situación económica de la empresa, así como causas organizativas o de producción que hubieran impedido el citado inicio en la fecha señalada.

**QUINTO** .- El actor ha intentado la preceptiva conciliación ante el CMAC de Jaén el día 30.04.13, celebrándose el acto de conciliación el día 16.05.2013 sin avenencia.

El acta recoge: "La empresa manifiesta que no ha existido despido (...), y comunica al trabajador que deberá incorporarse a su puesto de trabajo con fecha 10/06/2013, fecha que se comunica a efectos de llamamiento.

En réplica, manifiesta el trabajador que el inicio de la campaña debió producirse, según comunicación de la Empresa el día 15/04/2013, y que en esa fecha no fue llamado a la incorporación al trabajo, (...)"

**SEXTO**.- La demanda ha sido presentada ante el Juzgado Decano de los de Jaén el 21.05.13.

**SÉPTIMO** .- El actor no es representante legal de los trabajadores, ni delegado sindical.

**OCTAVO** .- El día 12.06.13 la empresa remitió burofax al actor requiriéndole para que en el plazo de 24 horas se presentara en su puesto de trabajo.

El actor contestó, mediante escrito, aludiendo a la demanda que ha originado los presentes autos e insistiendo en que su "pretensión no es otra que la empresa me readmita en mi puesto de trabajo con efectos del citado día 15 de Abril de 2013, así como el abono de los salarios dejados de percibir desde entonces hasta mi efectiva ocupación".

La empresa notificó al actor el día 20.06.2013 su despido disciplinario por inasistencia al trabajo desde el día 10.06.2013, fecha en la que la empresa inició la actividad de producción de ladrillos.

La empresa había dado de alta al actor con fecha de 10.06.2013.

**Tercero**.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por LADRILLOS VIRGEN DE LAS NIEVES DE BAILEN S.L., recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS



**PRIMERO** .- Contra la sentencia que estima la demanda del actor, trabajador fijo discontinuo y declara nulo ex art 18, 8º del Convenio colectivo del sector su despido por falta de llamamiento el día 15/4/2013, fecha en que la empresa se había comprometido a iniciar la campaña, condenado a la empresa a estar y pasar por esta declaración, a readmitirle y abonarle los salarios dejados de percibir, se alza la demandada, con amparo en letra c del art 193 de la LRJS , postulando que se revoque la sentencia y se la absuelva de las pretensiones deducidas en demanda, pues no existía una voluntad de extinguir el contrato, sino una imposibilidad de que la duración de la campaña sea la querida, pero para reclamar la oportuna compensación, para garantizar al duración mínima de la campaña, debe acudir a otro procedimiento. Censura que la Magistrada ha infringido los arts 15, 8º, 49,1º K y 55,5º del ET , en relación a los arts 108 y 113 de la LRJS , el art 18, 4º y 5º del Convenio estatal del sector de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, publicado en el BOE de 19/12/2006 y al doctrina consagrada en la STS de 24/4/2012 , pues la campaña no comenzó hasta el 10/6/2013, pese a un primer aviso de previsible comienzo para abril de 2013, cuando la organización empresarial preveía que se iba a iniciar aquella, confundiendo la juzgadora la no exoneración convencional de la acreditación de probar las causas climatológicas que determinan el retraso de su inicio, con la fecha de inicio real en junio, que se comunicó fehacientemente al actor por dos veces, comunicación que aquel no atendió, entendiéndose aquella sentencia del alto Tribunal que la falta de llamamiento de un trabajador no constituye despido, si no existe voluntad resolutoria, incluso cuando se incumple un compromiso de actividad temporal mínima. La relación se ha mantenido pues viva, y ello con independencia de que no se haya seguido el proceso o trámite oportuno para suspender el contrato si no se respetaba la duración mínima de la campaña, que puede ser motivo de reclamación independiente pero por modalidad procesal diferente, pues no estamos ante un despido.

**SEGUNDO**.- Las razones que motivan la estimación de la demanda por la juzgadora son las siguientes, partiendo de la narración de los siguientes hechos probados: **PRIMERO**.- Don Jose Carlos , mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000 , vecino de Bailén (Jaén), ha venido prestando sus servicios para la empresa Ladrillos Virgen de Las Nieves de Bailén, S.L., dedicada a la actividad de fábrica de tejas y ladrillos, como trabajador fijo discontinuo, con la categoría profesional de oficial de tercera, maquinista de galletera, percibiendo un salario de 42,54 euros/día, incluida prorrata de pagas extraordinarias.

Rige entre las partes el Convenio Colectivo estatal del sector de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, BOE de 19.12.06.

**SEGUNDO**.- El actor inició su relación laboral con la demandada el 1.04.1990.

Los periodos en que el actor ha estado en alta en la empresa demandada han sido:

- 1.04.1990 a 30.09.1990
- 10.04.1991 a 9.10.1991
- 27.04.1992 a 26.10.1992
- 4.08.1995 a 15.11.1995
- 10.04.1996 a 10.07.1996
- 19.08.1996 a 2.11.1996
- 2.05.1997 a 11.07.1997
- 15.09.1997 a 30.11.1997
- 15.04.1998 a 13.05.1998.
- 15.05.1998 a 20.10.1998
- 3.05.1999 a 31.12.1999
- 20.03.2000 a 15.11.2000
- 15.03.2001 a 15.11.2001
- 4.02.2002 a 8.03.2002
- 15.03.2002 a 19.06.2002
- 21.06.2002 a 15.11.2002
- 15.03.2003 a 15.11.2003
- 15.03.2004 a 15.11.2004
- 2.03.2005 a 11.03.2005



- 15.03.2005 a 15.11.2005
- 15.03.2006 a 15.11.2006
- 23.11.2006 a 18.12.2006
- 6.02.2007 a 8.03.2007
- 15.03.2007 a 15.11.2007
- 3.12.2007 a 12.12.2007
- 17.03.2008 a 15.11.2008
- 18.03.2009 a 26.03.2009
- 30.03.2009 a 18.11.2009
- 22.03.2010 a 15.11.2010
- 31.03.2011 a 15.11.2011
- 9.04.2012 a 15.11.2012

El actor, a efectos de despido, tiene una antigüedad en la empresa demandada de 1.04.1990 y ha permanecido un total de 4.644 días de alta en la misma, de los cuales 221 tuvieron lugar el último periodo de servicios prestados a partir del 9.04.2012.

**TERCERO** .- En una reunión celebrada el día once de marzo de 2013 entre la empresa y los cinco trabajadores fijos discontinuos de ésta, actor incluido, la empresa comunicó a los trabajadores que no se iniciaría dicho mes la actividad, alegando causas económicas (que los patios estaban llenos de ladrillos sin vender) y meteorológicas (intensidad de lluvias registradas) y propuso a los trabajadores un retraso en la fecha de inicio de la presente campaña, retraso que al no ser aceptado por tres de los citados trabajadores motivó que se procediera a su despido por causas objetivas. El citado retraso sí fue aceptado por el actor y otro trabajador, don Pedro Enrique , quienes solicitaron de la empresa se lo comunicara por escrito, a fin de garantizar sus derechos como trabajadores fijos discontinuos.

A tal fin la empresa remitió al actor, el día 13.03.13, comunicación escrita con el siguiente tenor: " *Muy Sr. Mío. De conformidad con la legislación vigente actual y como continuación a la región mantenida con ud y sus 4 compañeros el pasado 11 de Marzo en las oficinas de esta entidad, le confirmo los aspectos tratado en la misma, significándole que la temporada 2013, se iniciará a partir del día 15 de Abril, y todo ello por motivos climatológicos, económicos y de mercado.*

*Como es costumbre en nuestra entidad, días antes de su incorporación al puesto de trabajo, se le avisará debidamente, una vez la fábrica haya terminado su proceso de organización "*

**CUARTO**.- El actor no recibió comunicación alguna de la empresa en los días previos al 15.04.2013.

El día 15.04.2013 el actor, acompañado del trabajador don Pedro Enrique , se personó en las instalaciones de la empresa con la intención de incorporarse a trabajar en la campaña de este año, sin que a los mismos se les diera ocupación efectiva.

En dicha fecha la citada campaña no había comenzado, ni había trabajador alguno prestando servicios en la fabricación de ladrillos.

No consta circunstancia alguna que justifique la falta de inicio de la presente campaña en la fecha de 15.04.2013. Se desconoce la situación económica de la empresa, así como causas organizativas o de producción que hubieran impedido el citado inicio en la fecha señalada.

**QUINTO** .- El actor ha intentado la preceptiva conciliación ante el CMAC de Jaén el día 30.04.13, celebrándose el acto de conciliación el día 16.05.2013 sin avenencia.

El acta recoge: "La empresa manifiesta que no ha existido despido (...), y comunica al trabajador que deberá incorporarse a su puesto de trabajo con fecha 10/06/2013, fecha que se comunica a efectos de llamamiento.

En réplica, manifiesta el trabajador que el inicio de la campaña debió producirse, según comunicación de la Empresa el día 15/04/2013, y que en esa fecha no fue llamado a la incorporación al trabajo, (...)"

**SEXTO**.- La demanda ha sido presentada ante el Juzgado Decano de los de Jaén el 21.05.13.

**SÉPTIMO** .- El actor no es representante legal de los trabajadores, ni delegado sindical.



**OCTAVO** .- El día 12.06.13 la empresa remitió burofax al actor requiriéndole para que en el plazo de 24 horas se presentara en su puesto de trabajo.

El actor contestó, mediante escrito, aludiendo a la demanda que ha originado los presentes autos e insistiendo en que su "pretensión no es otra que la empresa me readmita en mi puesto de trabajo con efectos del citado día 15 de Abril de 2013, así como el abono de los salarios dejados de percibir desde entonces hasta mi efectiva ocupación".

La empresa notificó al actor el día 20.06.2013 su despido disciplinario por inasistencia al trabajo desde el día 10.06.2013, fecha en la que la empresa inició la actividad de producción de ladrillos.

La empresa había dado de alta al actor con fecha de 10.06.2013".

Prosigue la magistrada argumentando en la fundamentación jurídica de la sentencia que "... Los anteriores hechos han resultado acreditados en virtud de la valoración conjunta de todos los medios de prueba practicados, en concreto, documental aportada, testifical practicada y propias posiciones de las partes; la categoría profesional, antigüedad, salario y condición del actor de trabajador fijo discontinuo se fija en demanda y aceptada por la demandada; la fecha de inicio de la presente campaña, 15.04.13, fijada por la empresa, se obtiene de la reunión celebrada en marzo y de la propia comunicación remitida por la empresa al actor; la personación del actor el 15.04.2013 en las instalaciones de la empresa con la intención de incorporarse a trabajar en la campaña de este año, y el hecho de que la empresa no le dio ocupación efectiva, es aceptado por ambas partes; la fecha en la que finalmente la empresa ha iniciado la actividad de producción de ladrillos, 10.06.13, se obtiene de la documental aportada. El hecho de que no consta circunstancia alguna que justifique la falta de inicio de la presente campaña en la fecha de 15.04.2013, así como que se desconoce la situación económica de la empresa, así como causas organizativas o de producción que hubieran impedido el citado inicio en la fecha señalada, de la total falta de prueba imputable a la empresa.

Siguiendo la doctrina señalada por el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de julio de 1999 la relación laboral del actor ha sido fija discontinua pues no ha sido contratado por razón de una actividad con autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa, sino que lo ha sido para la actividad ordinaria de la empleadora y, en todos los casos, su contratación ha tenido por finalidad cubrir una necesidad de trabajo de carácter cíclico o reiterado en el tiempo, dotado de plena homogeneidad y totalmente previsible.

En este sentido, la sentencia de 26-5-97 , entre otras, señala que "cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados". Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando esta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir "cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular". Por el contrario "existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad". Y la de 25-3-98 ha recordado que "la condición de trabajador fijo discontinuo configurada hoy como modalidad de contratación a tiempo parcial, a tenor de lo dispuesto en el art. 12.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995 -responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa- de ahí la condición de fijeza - que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, y que no alcanzan la totalidad de lo jornada anual".

Por tanto, el actor, desde su contratación, el día 2.04.1990, ha tenido la condición de trabajador fijo discontinuo de la cerámica demandada, cuestión no controvertida para las partes.

Plantea el actor, como objeto de autos, que su falta de llamamiento para comenzar a prestar servicios el día 15.04.2013 equivale a su despido, a lo que la empresa se opone negando que la campaña hubiera comenzado dicho día.

Es doctrina jurisprudencial, con fundamento en el art. 1.214 del Código Civil , que en los juicios de despido incumbe al actor la prueba de la relación laboral y la del hecho del despido.

Partiendo del Convenio Colectivo de aplicación, art.18.4 , se evidencia que la imposibilidad de la prestación laboral durante todos los días del año por motivos climáticos se limita al periodo 15 de noviembre de cada año y el 15 de marzo del siguiente. Y que, por tanto, la fecha de inicio de la campaña es el 15 de marzo, así como que, en todo caso, en cada campaña, el contrato de trabajo para trabajadores fijos y periódicos de carácter discontinuo a que se refiere este artículo, tendrá una duración mínima de dos terceras partes del año natural.

Esa fecha, 15 de marzo, como fecha de inicio de la campaña es plenamente asumida por la empresa, no sólo porque es dicha fecha, o muy próxima a ella, en la que cada campaña ha comenzado a prestar servicios el



actor, hecho probado segundo, sino como claramente se desprende del hecho de que en reunión celebrada el día once de marzo de 2013 entre la empresa y los cinco trabajadores fijos discontinuos de ésta, actor incluido, la empresa comunicó a los trabajadores que no se iniciaría dicho mes la actividad, esto es, la empresa conoce que es en marzo cuando arranca la campaña.

En el seno de dicha reunión la empresa propuso a los trabajadores un retraso en la fecha de inicio de la presente campaña, retraso que al no ser aceptado por tres de los citados trabajadores motivó que se procediera a su despido por causas objetivas. El citado retraso sí fue aceptado por el actor y otro trabajador, don Pedro Enrique , quienes solicitaron de la empresa se lo comunicara por escrito, a fin de garantizar sus derechos como trabajadores fijos discontinuos.

**A esta nueva fecha pactada entre la empresa y el actor como fecha de inicio de la presente campaña se ha de estar, dada la fuerza vinculante de los pactos alcanzados entre las partes, y en especial, ante los claros términos del escrito remitido por la empresa remitió al actor, el día 13.03.13, con el siguiente tenor: " Muy Sr. Mío. De conformidad con la legislación vigente actual y como continuación a la región mantenida con ud y sus 4 compañeros el pasado 11 de Marzo en las oficinas de esta entidad, le confirmo los aspectos tratado en la misma, significándole que la temporada 2013, se iniciará a partir del día 15 de Abril , y todo ello por motivos climatológicos, económicos y de mercado."**

Por tanto, la fecha de inicio de la presente campaña, 15.04.13, fue fijada por la empresa, y aceptado dicho retraso por el actor y resulta que, hecho probado cuarto, "El día 15.04.2013 el actor, acompañado del trabajador don Pedro Enrique , se personó en las instalaciones de la empresa con la intención de incorporarse a trabajar en la campaña de este año, sin que a los mismos se les diera ocupación efectiva. En dicha fecha la citada campaña no había comenzado, ni había trabajador alguno prestando servicios en la fabricación de ladrillos. No consta circunstancia alguna que justifique la falta de inicio de la presente campaña en la fecha de 15.04.2013. Se desconoce la situación económica de la empresa, así como causas organizativas o de producción que hubieran impedido el citado inicio en la fecha señalada."

Y como acertadamente sostiene el Letrado actor, el trabajador ya tiene adquirida la condición de trabajador fijo discontinuo de la empresa demandada, luego ésta tenía la obligación de llamarlo al inicio de la campaña de este año, 15.04.13, y en el supuesto de que se hubieran producido circunstancias que legalmente justificaran la extinción de la relación laboral vigente de fijo discontinuo debió la empresa usar los medios legales para ello, lo que no ha ocurrido en autos donde sólo ha realizado una actuación negativa, no llamar al actor, prescindiendo tácitamente de sus servicios.

No es admisible el argumento que da la empresa para intentar justificar su falta de llamamiento el 15.04.13, de un lado, ya se había superado en esta fecha la fijada en el Convenio Colectivo como fecha de inicio de la campaña, 15.03.13, sin que la empresa hubiera acordado cualquier otra suspensión o paralización de la actividad productiva por causas climatológicas fuera del período mencionado (15 de noviembre de cada año y el 15 de marzo del siguiente), de acuerdo con la legislación laboral, como exige el artículo del convenio señalado. El día 15.04.13 fue el señalado por la empresa y aceptado por el actor como fecha de inicio de la campaña, así claramente lo indica la propia comunicación escrita remitida. Finalmente, en nada afecta el hecho de que el día 12.06.13 la empresa remitió burofax al actor requiriéndole para que en el plazo de 24 horas se presentara en su puesto de trabajo, pues ya se había producido el despido tácito del actor y ya éste había reclamado frente al mismo, y carece la empresa de la facultad de fijar, a su libre albedrío, la fecha de inicio de la campaña, pues debe estar a lo establecido en el convenio, tanto a la fecha de inicio, como a las excepciones fijadas.

Dispone el art.18.8. del convenio Colectivo de aplicación que "En caso de que el trabajador no fuera llamado al inicio de la campaña siguiente, según lo preceptuado en el número anterior, podrá reclamar en procedimiento por despido, que será nulo a todos los efectos."

Los efectos legales inherentes a tal declaración de nulidad, art.55.5 del ET son la condena a la empresa demandada a la inmediata readmisión del trabajador en las mismas condiciones laborales que tenía con anterioridad a su despido, ello con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 15.04.2013, hasta la fecha de readmisión, a razón de 42,54 euros diarios.

Y con absolución del FOGASA en la presente instancia y sin perjuicio de sus responsabilidades legales".

**TERCERO.-** Pues bien, aunque es carga de la prueba del actor como hecho constitutivo de su pretensión el hecho mismo del despido, lo que reviste especial dificultad en caso de omisiones o conductas elusivas o ambiguas del empresario calificables como despido tácito, debemos apreciar en su conjunto la circunstancias fácticas del caso concreto para resolver la cuestión planteada. Partiendo de tal premisa la censura jurídica no ha de ser acogida, puesto que la fecha que determina la concurrencia o no de los hechos que permiten



apreciar si existe o no el despido tácito impugnado y calendarado en 15/4/2013 no es la fecha de interposición de la demanda en 21 de mayo de 2013, como pretende la demandada, conjugando los hechos y conducta ulterior de las partes, porque tras presentarse en la empresa el actor en compañía de otro trabajador no se le dio ocupación efectiva, pese al primer compromiso asumido por escrito de iniciar la campaña en 15 de abril de 2013, ni se le explicaron ni acreditaron las razones organizativas o climáticas de tal demora, creando para el trabajador una convicción psicológica e indiciaria de que se le iba a despedir de facto, lo que unido al despido de otros compañeros también fijos discontinuos, originó la legítima creencia de que había sido cesado tácitamente y sin causa y propició la ulterior presentación de papeleta de conciliación; aunque en acto de conciliación celebrado el 16/5/2013 la empleadora manifestó que no tenía intención de extinguir el contrato, sino que tan sólo se retrasaba el inicio de la campaña a 10 de junio de 2013, fijando esa fecha de llamamiento, y requiriendo al trabajador que se reincorporase, llamamiento que no fue atendido por el actor, la readmisión no era ya posible, pues sin su consentimiento coincidente no se puede rehabilitar un contrato de trabajo que ya antes estaba razonablemente extinguido injustificadamente por parte de la empresa, interponiendo luego la demanda de despido y pese a los ulteriores requerimientos de readmisión.

El ejercicio de los derechos, la validez y el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el contrato de trabajo, sinalagmático y de tracto sucesivo, no puede quedar al arbitrio de la voluntad de una de las partes ( art 1256 del C Civil ), y deben de ejercitarse conforme los parámetros de la buena fe ( art 7, 1º del C civil ) y carece de justificación razonable la conducta empresarial que durante largos días dejó de explicar al actor las razones del retraso en el inicio de la campaña, incumpliendo su primer compromiso plasmado por escrito, dejándolo en incertidumbre, conducta que ahora debe asumir. En su consecuencia, desestimamos el recurso y confirmamos la sentencia, y condenamos a la empresa a la pérdida del depósito especial para recurrir y al abono de los honorarios del letrado del actor que ha impugnado el recurso en cuantía de 300 euros y acordamos que se de a las cantidades consignadas el destino legal.

## FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de **suplicación** interpuesto por LADRILLOS VIRGEN DE LAS NIEVES DE BAILEN S.L. contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 DE JAÉN en fecha 30 de agosto de 2013 , en Autos 385/13 seguidos a instancia de Jose Carlos en reclamación sobre DESPIDO contra LADRILLOS VIRGEN DE LAS NIEVES DE BAILEN S.L. Y FOGASA, debemos confirmar y **confirmamos la sentencia** recurrida, y condenamos a la empresa a la pérdida del depósito especial para recurrir y al abono de los honorarios del letrado del actor que ha impugnado el recurso en cuantía de 300 euros y acordamos que se de a las cantidades consignadas el destino legal.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de su notificación, debiendo el recurrente que no ostente la condición de trabajador, causa-habiente suyo o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita efectuar el depósito de 600 €, en impreso individualizado en la cuenta corriente que más abajo se indica, así como que deberá consignar la cantidad objeto de condena, o de manera solidaria, si no estuviera ya constituida en la instancia, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" de esta Sala abierta con el núm. 1758.0000.80.2088.13 Grupo Banesto, en el Banco Español de Crédito S.A., Oficina Principal (Código 4052), c/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

Igualmente se advierte a las partes que para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina deberán presentar con la interposición del mismo debidamente cumplimentado y validado el modelo oficial que corresponda de los indicados en la Orden HAP/2662/12, de conformidad con lo establecido en la Ley 10/12.

Así por esta nuestra Sentencia la pronunciamos, mandamos y firmamos.