



Roj: **STSJ AND 16043/2002 - ECLI: ES:TSJAND:2002:16043**

Id Cendoj: **18087340012002101201**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2002**

Nº de Recurso: **2037/2002**

Nº de Resolución: **3367/2002**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MARIA CAPILLA RUIZ-COELLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

9

9

M.E.

SENTENCIA NÚM. 3367/02

Autos nº 166/02

Social Uno de Motril

ILTMO. SR. D. ANTONIO ANGULO MARTIN

PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. ANTONIO LÓPEZ DELGADO

ILTMO. SR. D. EMILIO LEÓN SOLÁ

ILTMO. SR. D. JOSÉ M^a CAPILLA RUIZ COELLO

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada a DIECINUEVE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DOS

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Iltmos. 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.2037/02, interpuesto por AZUCARERA DEL GUADALFEO S.A. contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm.UNO DE MOTRIL en fecha 16 de mayo de 2002 autos nº 166/02 ha sido ponente el Iltmo. Sr. D.JOSÉ M^a CAPILLA RUIZ COELLO

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Enrique en reclamación sobre DESPIDO contra AZUCARERA DEL GUADALFEO S.A. y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 16 DE MAYO DE 2002 , por la que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Enrique contra Azucarera del Guadalfeo S.A., declaro despido Improcedente la falta de llamamiento del actor al trabajo con fecha 1-3-02 condenando a la empresa demandada a que abone al actor el salario dejado de percibir desde dicha fecha hasta el 16-4-02 en la cuantía de 352.97 euros.

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



1.- Que D. Enrique , mayor de edad y con domicilio a efectos de notificaciones en c/ DIRECCION000 nº NUM000 de Motril, con D.N.I nº NUM001 , viene prestando servicios para la empresa demandada dedicada a la actividad de fábrica de azúcar y en centro de trabajo en Salobreña, La caleta nº 1, con la categoría profesional actual de obrero industrial encargo 1ª, teniendo la consideración de trabajador fijo-discontinuo. La antigüedad del trabajador en la empresa es de 26-05-80, primero por contratos eventuales temporales y desde el 15-03-91 por contrato como fijo-discontinuo con jornada de 40 horas semanales, como obrero industrial y categoría peón y salario según Convenio y siendo contratado para trabajos fijos o periódicos de carácter discontinuo, el trabajador será llamado cada vez que deban realizarse los trabajos consistentes en campañas de cañas.

SEGUNDO.- Consta en la vida laboral del actor, que obra en autos a los folios 22 y 23 y que se da por reproducida a efectos probatorios en este acto, que el mismo ha prestado sus servicios a la empresa durante 2.880 días.

TERCERO.- La empresa procedió al llamamiento y alta en el año 2002 de los siguientes trabajadores:

Industria azucarera:

8-10-02: Rogelio , Oficial 1ª, con contrato de fijo discontinuo de fecha 3-01-00, cuyo objeto era reparación fábrica.

8-01-02: Luis María , Encargado 1ª, con contrato de fijo discontinuo de fecha 8-01-91, cuyo objeto era reparación y campañas de cañas.

8-01-02: Jesús , Peón, con contrato de fijo discontinuo de fecha 8-01-91, cuyo objeto era campaña de cañas.

4-02-02: Diego , Peón con contrato de fijo discontinuo de fecha 8-01-91, cuyo objeto era reparación y campaña de cañas.

4-02-02: Juan , Peón con contrato para obra o servicio determinado para reparación y molturación de la caña de azúcar campaña 2001/02, de fecha 4-02-02.

4-02-02: Vicente , Peón, con contrato para obra o servicio determinado para reparación y molturación de la caña de azúcar campaña 2001/02, de fecha 4-02-02.

Asimismo se suscribieron los 4 contratos de formación en la industria azucarera como cargadores de almacén siguientes:

El 28-01-02 con Jesús Carlos , peón

El 4-02-02 con Augusto , Peón

El 4-02-02 con Gabino , Peón

El 5-02-02 con Pablo , peón.

En la sección de acuicultura y para la formación de la misma se suscribieron 4 contratos en enero y febrero.

Los trabajos en la industria azucarera que ha venido desempeñando los dados de alta y contratados en enero y febrero-02 son los propios de reparación de las instalaciones previo a la campaña de azúcar.

CUARTO: El trabajador tuvo conocimiento del llamamiento de otros fijos discontinuos y nuevos contratados el 1-02-02 para tareas de reparación previa a la campaña a las que otros años había sido llamado el actor en la fabrica, como reparación y limpieza de hornos y otras. El actor normalmente ha venido trabajando en durante la campaña en molturación y previamente y después de la misma ha venido realizando labores de reparación no cualificada, sin puesto fijo. Así en el año 2000 fue llamado el 6-03-00 y en el 2001 el 12-02-01 para reparaciones previas a la campaña la actividad de la empresa demandada presenta diversos periodos de mayor y menor actividad, siendo la duración ordinaria de la campaña de carácter incierto, existiendo previamente y después la reparación.

Los peones y encargados no ocupan en la empresa un puesto fijo, sino que son destinados a diferentes puestos según las necesidades de la empresa, manteniendo sus puestos los Oficiales.

CUARTO: El convenio Colectivo de la Industria Azucarera, en su artículo 14 establece que el personal fijo-discontinuo será llamado paulatinamente y en la cuantía que demandantes las necesidades de la empresa cuando se inicie cada campaña de molturación, elaboración de jarabes y producción alcoholera por el siguiente orden: sección, especialidad y dentro de éstas la antigüedad que tuvieran en cada actividad. Durante el periodo de reparación de la fábrica y en el caso de que la misma no requiera conocimientos o servicios especiales, si la empresa necesitase más personal que el de su plantilla fija lo contratará de entre el personal profesional o de oficio especializado, y en su defecto, peones que hayan trabajador en campaña dando preferencia a los que hayan ostentando superior categoría y antigüedad siempre que reúnan las condiciones de idoneidad y aptitud profesional. Si se necesitan empleados, también serán de los que trabajen en campaña, siguiendo las mismas



normas. El salario hora para el año 2002 para el nivel salarial 7, que corresponde al actor se establece en el convenio en 7 euros, más el bienio de antigüedad de 19.23 euros/paga.

QUINTO: Que la parte actora no ostenta durante el último año la condición de representante legal de los trabajadores.

SEXTO: Que el día 27-03-02 tuvo lugar ante el C.M.A.C: el preceptivo acto de conciliación en virtud de demanda presentada el 12-03-2002, contra la demandada, en el que compareció el demandado que alegó que la nueva campaña para fijos discontinuos no ha comenzado y será en la primera semana de abril y se llamará al actor, insistiendo el actor en su demanda, teniéndose por intentado sin avenencia.

SEPTIMO.- Que la demanda se presentó el día 3 de abril de 2002.

OCTAVO; El actor desde el día 17-04-02, en que comenzó propiamente la campaña de azúcar est trabajando par la demandada en la referida campaña.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por AZUCARERA DEL GUADALFEO S.A. 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

1º) Contra la sentencia que, con estimación parcial de la demanda, declaraba como despido improcedente la falta de llamamiento del actor con anterioridad a la campaña condenando, a la empresa que retrasó su llamamiento al pago del salario durante dicho tiempo, se alza la empresa en recurso que articula en cuatro motivos. En el primero, por el cauce procesal de la letra a) del Art. 191 de la L.P.L., pide retrotraer las actuaciones al momento de la presentación de la demanda a fin de que se subsane el defecto de no constar en ella los nuevos trabajadores contratados por la empresa y los fijos discontinuos que, pese a su menor antigüedad, han sido llamados con preferencia sobre quien acciona.

Cita, en aras de lo que postula, la infracción del Art. 80.1 c) en relación con el Art. 104 de la L.P.L. Pues bien, en el acto del juicio opuso la excepción procesal del defecto en el modo de proponer la demanda la que, en el Fundamento Jurídico primero, es contestada. No se ha producido indefensión y la resolución judicial responde a la excepción procesal debiendo concluir la Sala en lo acertado de su tesis y en el rechazo de la nulidad interesada.

No se ha infringido norma procesal alguna, la demanda contiene los elementos objetivos y subjetivos precisos y es, en los restantes motivos del recurso, donde la demandada debe introducir las premisas que justificarían lo que pretende. Este motivo no puede alcanzar éxito.

2º) Se postula, por el cauce de la letra b) del Art. 191 de la L.P.L., se revise el ordinal cuarto de los hechos probados a la vista de las pruebas documentales practicadas. No puede alcanzar éxito por cuanto el contenido del Convenio Colectivo no es algo diferente a la norma pacionada que rige las relaciones inter partes. Un Bloque Normativo no es el documento preciso para rectificar el relato histórico y, si bien es cierto que la Magistrado plasma una determinada norma en el inadecuado lugar de los hechos probados, el error que se contiene en el se rectifica en aclaración de sentencia. La realidad es que la norma ha de ser aplicada sin precisarse conste en la resultancia fáctica. Esto se traduce en la innecesariedad de la modificación histórica que, por otra parte, solo se refiere al orden de llamamientos y salario lo que, por demás, tiene la naturaleza de generalidad propia de la norma y adolece del "dato" concreto que es preciso hacer constar para resolver la controversia concreta en los términos en que se plantea.

3º) Se denuncia, en cuanto al Derecho aplicado, la infracción del Art. 217.2 y 3 de la LEC. Aduce que la resolución judicial ha alterado indebidamente el "onus probandi" lo que, es claro, no es de recibo. El amparo procesal que se utiliza lo es para el reproche sustantivo, normas o doctrina Jurisprudencial aplicables al fondo del proceso. Se ha reiterado que los preceptos procesales no son hábiles para elaborar el reproche jurídico y el reproche que se examina se refiere, como se ha dicho, a la carga de la prueba lo que conduce, sin mas razonamientos, a su desestimación.

4º) En el cuarto de los motivos, con el mismo amparo que el anterior, se aduce la infracción del Art. 56.1 b) del E.T. en relación con los Acuerdos 21.5 y 23.2 del Convenio Colectivo de la Industria Azucarera del 2000-2002. Pues bien, aún cuando se parte de los mismos hechos probados de la resolución judicial, la Sala ha de diferir de la solución de la Juzgadora. Se produce el llamamiento del trabajador que acciona y ello sucede al inicio de la campaña siendo cosa distinta, por lo que se refiere a los trabajos precampaña, su no contratación. En éste orden de cosas el actor es fijo discontinuo para la temporada de la caña y es incorporado coincidiendo



con ella. Aun entendiendo que debió ser llamado con anterioridad, o para los trabajos de precampaña, se estaría, en cualquier caso, en un llamamiento tardío lo que, por otra parte, no constituye despido. Buena prueba de ello es la decisión judicial en la que no se posibilitan las soluciones del Art. 56 del Estatuto y refrenda lo anterior la STS 4ª, de 08-06-2000, rec. 780/2000 en la que, al enfrentarse a problema semejante al que se enjuicia, concluye en que no se produce acto extintivo. Y es la decisión unilateral de romper la relación laboral, el no llamamiento del fijo discontinuo, el que constituye el acto por el que se acciona. En tal sentido dice la resolución judicial de nuestro Alto Tribunal que " La cuestión planteada consiste en determinar que ha existido despido de los trabajadores demandantes -fijos discontinuos- aunque fueran reincorporados al trabajo para la temporada-99 días más tarde (finales de marzo) al del inicio de temporadas anteriores (Primeros de febrero)" y, hecho tal planteamiento, concluye en la confirmación de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de enero de 2000 que desestima las demandas por despido rectoras de autos porque no ha existido tal acto extintivo. En cualquier caso, se trataría de un llamamiento tardío y sus consecuencias pueden tener su repercusión mediante el ejercicio de la acción de reclamación de perjuicios si a ello entiende tener derecho. Dicho lo anterior, al faltar la extinción de la relación laboral que es presupuesto del despido, la sentencia ha de ser revocada.

FALLAMOS

Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por Azucarera del Guadalfeo S.A.contra la sentencia de fecha 16 de mayo de dos mil dos del Juzgado de lo Social Num Uno de Motril_en autos de despido iniciados por Enrique contra aquella debemos, revocando dicha resolución, absolver a la demandada de la demanda contra ella deducida. Procede la devolución de los depósitos y consignaciones efectuados por la recurrente para interponer el presente recurso.

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. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los DIEZ DIAS siguientes al de su notificación, debiendo el recurrente que no ostente la condición de trabajador causahabiente suyo o tenga reconocido el beneficio de Justicia gratuita efectuar el depósito de 300,51 en la cuenta del BBVA que al efecto tiene el Tribunal Supremo, y así mismo deberá consignar la cantidad objeto de condena si no estuviera ya constituida en la instancia, en la Cuenta de "Depósitos y Consignaciones" de esta Sala abierta con el núm. 1.758.0000.65. 2037/02en el Banco Bilbao Vizcaya, plaza de Isabel la Católica, 1 de esta capital y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario con responsabilidad solidaria del avalista, sin cuyo requisito se tendrá por no preparado el Recurso.

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