



Roj: **STSJ CAT 12210/2012 - ECLI: ES:TSJCAT:2012:12210**

Id Cendoj: **08019340012012107806**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2012**

Nº de Recurso: **5281/2012**

Nº de Resolución: **8016/2012**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 43148 - 44 - 4 - 2011 - 8031382

EL

ILMO. SR. JACOBO QUINTANS GARCIA

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 26 de noviembre de 2012

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 8016/2012

En el recurso de suplicación interpuesto por Arturo frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Tarragona de fecha 16 de septiembre de 2011, dictada en el procedimiento Demandas nº 549/2011 y siendo recurrido/a a Fons de Garantia Salarial y Barenys Canaldas, S.A.. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de julio de 2011, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 16 de septiembre de 2011, que contenía el siguiente Fallo:

"Que **DESESTIMANDO** la demanda interpuesta por D. Arturo, con N.I.E. nº NUM000, contra la Empresa BARENYS CANALDAS, S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos de la parte actora."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** El demandante D. Arturo, inició prestación de servicios para la empresa demandada BARENYS CANALDAS, SA, dedicada a la actividad de panadería-pastelería, mediante un contrato de duración determinada en fecha 01-06-2007, que es prorrogado hasta el 31-03-2008. En fecha 01-06-2008 las partes



suscriben un nuevo contrato de laboral fijo discontinuo, ostentando la categoría de Ayudante de panadería, percibiendo un salario mensual con inclusión de prorrata de pagas extras de 1.162,58 euros. En dicho contrato de fijo discontinuo en su cláusula segunda, se estipula que "la duración estimada de la actividad será de la apertura al cierre de los hoteles y otros establecimientos de la Costa Dorada por temporada turística".

El actor ha prestado servicios para dicha empresa, como fijo discontinuo, un total de 794 días.

(Hecho no controvertido. Bloques de documentos nº 1 a 3 de la parte actora. Documento nº 1 de la demandada)

SEGUNDO.- La empresa demandada BARENYS CANALDAS, SA, a través de la Jefe Administrativa, Sra. Natalia , comunicó al actor, en diversas ocasiones, durante los meses de mayo y junio que la reincorporación se atrasaría hasta finales de junio aproximadamente.

(Testifical de Doña. Natalia . Testifical del Sr. Germán)

TERCERO.- El demandante remitió burofax, de fecha 14-06-2011, a la empresa demandada BARENYS CANALDAS, SA, quién lo recibió en fecha 17-06-2011, en el que le indicaba que no había recibido comunicación de inicio de la prestación de servicio y que en caso de no recibir dicha comunicación, entendería que la demandada rescindía de forma unilateral el contrato de trabajo.

El actor interpuso en la misma fecha del envío de burofax, 14-06-2011, papeleta de conciliación en reclamación por despido, celebrándose la oportuna conciliación en fecha 04-07-2011, en la que la empresa comunicó al actor su llamamiento para el 05- 07-2011, oponiéndose la parte actora al citado llamamiento al poner de manifiesto que no aceptaba la readmisión por haber presentado demanda ante el Juzgado de lo Social por despido, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo.

La empresa demandada BARENYS CANALDAS, SA., remitió posteriormente un escrito al actor, de fecha 14-07-2011, en el que realizaba un nuevo llamamiento indicando a la parte actora que debía acudir a su puesto de trabajo en fecha 18-07-2011.

(Bloques de documentos 9 a 12 de la parte actora. Acta de conciliación obrante en Autos)

CUARTO.- Durante la presente temporada 2011, y hasta que no le fue comunicada al actor su reincorporación en el acto de conciliación, y posteriormente mediante escrito de fecha 14-07-2011, sólo se ha efectuado por la empresa el llamamiento del único trabajador fijo discontinuo en posesión de carnet de conducir, para la prestación de servicios de reparto. No se ha realizado el llamamiento de ningún trabajador para realizar labores de ayudante de panadero. El actor no dispone de carnet de conducir.

(Testifical de Doña. Natalia . Interrogatorio del actor)

QUINTO.- En el presente ejercicio la empresa demandada ha experimentado un incremento global de trabajo a partir de finales de junio, correspondiente al 6%, debido a que la mayoría de las ventas se realizan entre finales de junio, julio y agosto.

(Pericial del Sr. Paulino . Documento nº 7 de la empresa demandada)

SEXTO.- El convenio colectivo aplicable a las partes es el Convenio colectivo de trabajo de la empresa Barenys-Canaldas, SA, para los años 2010 a 2012 (BOP de Tarragona nº 84 de 13 de abril), en el cual no se fija obligación de realizar el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos por escrito o con una determinada forma o prelación.

SÉPTIMO.- La parte actora no ocupa, ni consta que haya ocupado en el último año, cargo representativo o sindical."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora , que formalizó dentro de plazo, y que la parte demandada BARENYS CANALDAS, S.A., a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora, D. Arturo ; interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 425/2011 dictada el día 16/09/11 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarragona en los autos nº 59/2011 .

La resolución recurrida desestima la demanda interpuesta por la parte actora en materia de despido frente a la demandada, BARENYS CANALDAS SA. El actor solicitaba en su escrito de demanda la declaración de improcedencia de su despido, con condena a la demandada a las consecuencias legales derivadas de tal declaración.



El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de la demandada.

SEGUNDO.- El recurrente solicita la nulidad de la sentencia recurrida, acogiéndose por ello al art.191a) LPL , y aduce la falta de motivación, falta de claridad y falta de precisión de la misma, denunciando la infracción del art. 97.2 LPL , 248.3 LOPJ y 209 LEC , en relación con el art. 24 CE .

Afirma la recurrente que de los documentos obrantes a los folios 419-420 y 425 a 432 se acredita la malintencionada actuación de la empresa en el no llamamiento del trabajador al inicio de la temporada de verano, cuando consta en la facturación del año 2011 que en el mes de abril y mayo todos los hoteles han iniciado la temporada.

La impugnante se opone por considerar que no concurren las infracciones que se denuncian.

El derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución , puesto en relación con el art. 120.3 CE , exige que las sentencias ofrezcan una motivación suficiente que justifique la solución adoptada por el juzgador, y que la falta o insuficiencia de la misma implicaría una vulneración del principio de tutela judicial efectiva, que incluye el de obtener una sentencia fundada en derecho SSTC 61/1983 (RTC 1983\61); 25/1990 [RTC 1990\25] y 122/1991 [RTC 1991\122] entre otras). Suficiencia de motivación que ha de entenderse en el sentido de que en las sentencias consten, de forma que puedan ser conocidos como tales, los fundamentos en que se basa la Resolución judicial, esto es, al menos, los hechos probados de que se parte y la calificación jurídica que se les atribuye.

Sin embargo, como señala asimismo el Tribunal Constitucional (entre otras, SS. 150/1988 [RTC 1988\150], 25/1990 y 14/1991 [RTC 1991\14]), a los efectos de determinar si ha habido infracción del artículo 24 CE no cabe exigir que esa fundamentación sea absolutamente exhaustiva, ni debe expresar el completo proceso lógico que condujo al Juez a su decisión, ni es imprescindible una descripción exhaustiva de lo que consideró probado, aunque ello fuera deseable desde la más pura técnica procesal." Es decir, la obligación de motivar no conlleva una exigencia de extensión, elegancia retórica, rigor lógico o apoyos científicos, que van en función del autor y de las cuestiones controvertidas (STS 159/92)

Por otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un derecho al acierto judicial en el caso concreto : STS 126/86 y 163/93 o a que la motivación de la sentencia coincida con las pretensiones del recurrente. Por ello, ya podemos avanzar el fracaso de este primer motivo de recurso al no ser aceptable la confusión de que adolece el escrito de recurso entre falta de motivación y la motivación discordante con las pretensiones de la parte, ya que sólo la primera es generadora de nulidad.

En el presente caso, la Sentencia recurrida cumple holgadamente con el estándar de motivación razonable (STC 159/92), sin embargo la recurrente no comparte la misma, y pretende elevar sus parciales conclusiones valorativas de la prueba, en concreto de la documental, a la categoría de motivación mínima insoslayable. Ocurre, sin embargo, que la documental que cita, es valorada por la resolución recurrida y que de la declaración del segundo trimestre de IVA de 2011 (f.420) y de las declaraciones de los tercer y cuarto trimestre de 2010 (f.430,432), así como de la declaración resumen anual de 2010 (f.424-429), no puede acreditarse unívoca e inequívocamente la supuesta actuación "maliciosa" de la empresa por el no llamamiento del trabajador, cuando existen otros datos que contradicen dicha afirmación y que constan en medios de prueba igualmente valorados por la sentencia recurrida, cuales son los propios documentos 2 a 9 de la actora, en que constan las altas en 01/06/07, 01/06/08, 02/07/09 y 16/07/10, (vid. f.30), circunstancia ésta correctamente valorada en el folio 6/11 y primero del folio 7/11 de la sentencia recurrida.

La recurrente aduce falta de claridad, arbitrariedad y falta de lógica en la sentencia; sin embargo, el discurso lógico de la misma es claro, aunque no se comparta por la recurrente, y consiste, en síntesis, en que, con apoyo en las fechas de alta antes dicha, se concluye que la fecha de incorporación no es fija, sino incierta, como consta en el contrato de trabajo, por lo que no existe falta de incorporación y despido, sino que las necesidades de la actividad productiva determinan que la fecha de incorporación sea variable en el tiempo aunque cierta en su producción, de ahí la naturaleza de fijo discontinuo y no de contrato a tiempo parcial (vid. arts.15.8 y 12 ET

Por tanto, no se aprecia indefensión material alguna respecto de la recurrente, requisito indispensable para acordar el excepcional remedio de la nulidad del art.191a) LPL , y, por otro lado, la sentencia no adolece del vicio de falta de motivación, claridad o lógica que se le achacaba-

TERCERO.- Como primer motivo solicita el recurrente, al amparo del art.191b) LPL , la **modificación de los hechos probados y segundo** .

Para examinar la procedencia del motivo invocado, hay que partir de la premisa de que existe una constante doctrina, expresada entre otras en SSTS 19 de febrero de 1998 , 17 de septiembre de 2004 y 25 de enero de 2005, así como de esta propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sentencia núm.



7100/2005 de 21 septiembre ; 5.387/2002 , 5.643/2002 , 6.894/2002 , 6.945/2002 , 7.290/2002 Y 7.774/2002, de 22 de julio , 5 de septiembre, 29 y 30 de octubre, 13 de noviembre y 4 de diciembre (Rollos 8924/2001 ; 1087/2002 ; 7605/2001 ; 1802/2002 ; 3557/2002 y 3858/2002)-, la de que «sólo de excepcional manera han de hacer uso los Tribunales Superiores de la facultad de modificar, fiscalizándola, la valoración de la prueba hecha por el Juzgador de instancia, facultad que les está atribuida para el supuesto de que los elementos señalados como revisorios, ofrezcan tan alta fuerza de convicción que, a juicio de la Sala, delaten claro error de hecho sufrido por el Juzgador en la apreciación de la prueba»; Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, ... Sentencia núm. 7736/2005 de 13 octubre).

Por ello, se entiende que para que prospere la revisión del hecho probado deben concurrir los siguientes requisitos:

-Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis

-Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999 , pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia -

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación. Valgan por todas las Sentencias de esta Sala números 7.421/93 de 29 de diciembre ; 4.193/94, de 13 de julio y 964/95, de 11 de febrero

Partiendo de tales premisas, en relación a la modificación del **hecho probado primero** , la misma ha de ser desestimada puesto que se propone la modificación del hecho para hacer constar algunos extremos del contrato de interés para la actora pero que resultan intrascendentes y de los que no se evidencia error alguno en la valoración, puesto que el recurso parte de la confusión entre la actividad de la empresa y la duración del contrato, cuando lo cierto y verdad es que el propio contrato habla de duración estimada de la actividad y que el contrato fijo discontinuo tiene por esencia configuradora trabajos que no se repiten en fechas ciertas, por lo que el inicio de la temporada turística no tiene por qué coincidir con el inicio del ciclo contractual cuando, como en el caso de autos, consta que en los dos años anteriores nunca se inició el contrato antes de junio y en el actual se pretende que el mismo se inicie en junio. En conclusión no hay error valorativo que justifique la modificación que se pretende.

En relación al hecho probado segundo (en realidad tercero), el actor pretende que conste la postura de la empresa y del trabajador en el acto de conciliación, con el fin de acreditar que aquélla va contra sus propios actos, apoyándose para ello en el documento 13 (acto de conciliación). El motivo ha de ser rechazado, primeramente porque el acta de conciliación, que expresa la postura de las partes no es documento hábil para la revisión fáctica en sede suplicacional, como ya ha dicho con reiteración la doctrina (Vid SSTSJ Catalunya núm. 1707/2003 de 12 marzo AS 2003\1676, SSTSJ Catalunya 15 de junio (AS 1993, 2981) y 19 de julio de 1993 (AS 1993, 3581) y 25 de noviembre de 1995 (AS 1995, 4487); además, en segundo lugar, porque lo manifestado en conciliación, de no existir acuerdo y terminar sin efecto, no puede vincular a las partes en sus posturas procesales, pues de ser así se impediría el buen fin de toda conciliación y haría, a la postre, ineficaz dicho trámite pues, conscientes de ello, las partes se abstendrían de realizar ofertas o contraofertas por el temor a que las mismas les perjudicaran en el acto de la vista. Lo propio ocurre con las posturas de las partes en las medicaciones (vid art.9 Ley 5/2012 de 6 de julio) . Por todo lo expuesto, este motivo ha de ser desestimado

CUARTO.- Al amparo del art.191c) LPL la recurrente aduce la vulneración del art.7.1 CC y de la jurisprudencia contenida en las SSTC 67/84 , 73/88 y 98/88, así como de la Sala I de 28/01/00

La recurrente entiende quebrantado el principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, por cuanto existiría un acto previo válido, eficaz, indubitado y concluyente, emitido por la empresa en el acto de conciliación, donde ofrece la readmisión del trabajador demandante en su puesto de trabajo, por lo que luego no puede manifestar que se ha producido una baja voluntaria.

La impugnante entiende, en síntesis, que al no concluir la conciliación con avenencia, lo manifestado por las partes en la misma carece de efectos vinculantes.



El motivo no puede prosperar, el TS ha manifestado en STS 18 diciembre 2009 RJ 2010\445 que " *El efecto normal de la falta de aceptación del trabajador será que no hay acuerdo transaccional y que, por tanto, no se ha evitado el pleito ni se ha puesto término al que pudiera considerarse iniciado (artículo 1809 del Código Civil). De los tratos preliminares que se han producido para llegar a la transacción no surgirán obligaciones para las partes que han participado en ellos, salvo, en su caso, los propios de la denominada responsabilidad precontractual por los gastos ocasionados por esos tratos "*

De esta forma, en el caso de autos, una declaración como la que consta en la papeleta de conciliación en que la empresa readmite al trabajador para que se presente el día 05/07/11 en su puesto habitual y horario y se le ofrecen los salarios dejados de percibir, que no es aceptada por el trabajador, no vincula a la empresa ,que puede luego discutir válidamente la procedencia del despido o la existencia de baja voluntaria. Por otro lado, en efecto, el trabajador no está obligado a aceptar dicha oferta, pero tampoco puede valerse de la misma como medio de prueba incontrovertible que le releve de la carga de la prueba propia de la pretensión de improcedencia.

Como ha dicho el TS, en la sentencia ya citada, no es una declaración de esta clase -constitutiva, en sí misma-, sino una oferta en el marco de una negociación orientada a evitar un pleito; ..., y este tipo de declaraciones responde en cuanto a su eficacia a las reglas generales de la contratación (artículos 1258 y 1262 del), por lo que su carácter vinculante depende de que la oferta sea aceptada y de que esta aceptación llegue a conocimiento del oferente. Si no es así, la oferta no se convierte en acuerdo vinculante en orden a la calificación del despido

En cuanto a la doctrina de los actos propios, como se decía en la sentencia del Tribunal Supremo de 24/02/05 (RJ 2005, 2914) , dicho principio se caracteriza por remitir a una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho o a esclarecer, sin ninguna duda, una determinada situación jurídica de manera que debe poder detectarse una clara incompatibilidad, como señala la Sala 1ª de lo Civil [STS 15/06/89 (RJ 1989 , 4688) , 22/01/97 (RJ 1997, 17) y 16/02/98 (RJ 1998, 868) entre otras] entre la conducta anterior y la pretensión actual o una contradicción, según el sentido, que de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior. Lo que, dirá el Alto Tribunal, tiene su razón de ser en razones de seguridad jurídica, y la obtención de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la CE . En este punto no podemos sino indicar, que de las manifestaciones vertidas por la empresa en el acto de conciliación de referencia y de su comparación con la actuación en el procedimiento actual, no podemos deducir la violación del referido principio general de derecho, sino una oferta transaccional no aceptada y una defensa legítima de la postura procesal de cada parte.

Del mismo modo, si en un proceso de despido el trabajador pide una sanción menos elevada en el trámite de conciliación y ésta termina sin acuerdo, ello no comportará un reconocimiento de hechos o prueba de los mismos en sede del proceso de despido, pues de ser ello así, se privaría a las partes de la libertad precisa para permitir cumplir a la conciliación su legítimo objeto: evitar el pleito. (Vid SSTs 17/02/99 , 04/02/94 y STC 217/91)

Por todo lo expuesto, este motivo ha de ser desestimado

QUINTO . - Al amparo del art. 191 c) LPL , la recurrente invoca la infracción de los arts .15.8 en relación con los arts .55.5 , 56 y 47 ETy de los arts 103 a SS LPL , así como la jurisprudencia que cita. De todo ello hay que empezar por descartar los arts.103 y ss LPL , que no son normas sustantivas, como exige el art.191c) LPL así como la jurisprudencia que no sea de la Sala IV del TS.

La recurrente entiende que, partiendo de que el trabajador estaba vinculado a la empresa por un contrato fijo-discontinuo, su falta de llamamiento en abril-mayo, fecha de inicio de la temporada turística en la Costa Dorada, es un verdadero despido, que no puede justificarse a posteriores ni con el ofrecimiento de una incorporación tardía ni en atención a necesidades organizativas o de bajada de pedidos. La recurrente, que reconoce que la empresa le comunicó a los trabajadores que no se efectuaría su llamamiento hasta finales de junio de 2011, entiende que tal manifestación se llevó con el propósito de que les caducaran las acciones de despido.

La impugnante , al contrario, considera que se trata de un fijo-discontinuo sin que exista obligación de llamar en fecha cierta, sino cuando se produce la necesidad de trabajo, que es discontinua. Por otro lado, entiende que no corresponde al trabajador fijar la fecha del llamamiento, sino a la empresa, en la forma prevista en el Convenio, que no la impone por escrita o con determinada forma o prelación.

Para resolver el motivo de censura jurídica hay que partir de los siguientes hechos de relevancia:

1) La empresa, que se dedica a la panadería pastelería y suministra a hoteles, y otros establecimientos de la Costa Dorada, manifestó en diversas ocasiones en los meses de mayo y junio de 2011 que la reincorporación se atrasaría hasta finales de junio, aproximadamente



El trabajador está contratado como fijo discontinuo y en los últimos años se ha cursado el alta en: 01/06/07, 01/06/08, 02/07/09 y 16/07/10

2) El trabajador remitió burofax el 14/06/11 en la que indicaba que de no recibir la comunicación entendería que la demandada rescindía de forma unilateral el contrato y en la misma fecha interpuso papeleta de conciliación en reclamación por despido.

3) Durante la temporada 2011, hasta que le fue comunicada al actor su reincorporación en el acto de conciliación y después en el escrito de fecha 14/06/11 sólo se ha efectuado por la empresa el llamamiento del único trabajador fijo discontinuo en posesión de carnet de conducir, para efectuar tareas de reparto, sin que se haya efectuado el llamamiento de ningún trabajador para realizar labores de ayudante de panadero.

4) La empresa ha experimentado un incremento global de trabajo a partir de finales de junio debido a que la mayoría de las ventas se realizan entre finales de junio, julio y agosto.

Partiendo de tales hechos, el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores establece que "El contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos 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... 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 competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria".

La Sala IV del TS, en su sentencia de STS de 24 abril 2012 (RJ 2012\8954) reitera su invertebrada doctrina sobre el contrato fijo- discontinuo en el sentido que pasamos a reproducir: "... La Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples sentencias acerca de la interpretación de este precepto (art.15.8 ET) y lo ha hecho, entre otras, en sentencia de 22 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2975) , recurso 2498/10 , en el que ha señalado lo siguiente: " 2.- Esta Sala, entre otras, en su STS/IV 1-octubre-2001 (RJ 2001, 8488) (rcud 2332/2000) , como recuerda la ulterior STS/IV 12-diciembre-2008 (RJ 2008, 7687) (rcud 775/2007) , establece en que la diferencia entre un trabajador eventual un indefinido discontinuo radica precisamente en que, mientras el trabajo eventual está justificado cuando " la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular " , la de indefinido discontinuo se produce " cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad " . Argumenta, en el caso por aquélla enjuiciado, que " El contrato de la actora no está amparado por la causa b) del art. 15.1 del y ello es así por dos razones. La primera consiste en que no se ha acreditado la concurrencia de ninguna necesidad extraordinaria de trabajo que pueda justificar la contratación realizada, que sólo de manera genérica se menciona por remisión al tipo legal en los contratos celebrados ... La segunda razón viene dada por la reiteración de la contratación realizada. En este sentido hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, existe un contrato fijo de carácter discontinuo «cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad», mientras que el contrato de eventualidad sólo está justificado cuando «la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular» (sentencias de 27-septiembre-1988 , 26-mayo-1997 , 25-febrero-1998) . Esto es lo que sucede en el presente caso, pues el examen de la larga serie de contratos muestra la persistencia de la necesidad de trabajo en períodos de seis meses anuales " .

3.- Igualmente esta Sala en STS/IV 30-mayo-2007 (RJ 2007, 6113) (recurso 5315/2005) , siguiendo una consolidada doctrina, parte de que la condición de

trabajador fijo discontinuo responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, reiterándose esa necesidad en el tiempo aunque lo sea por períodos limitados. Razonando que " La sentencia de 5-julio-1999 (RJ 1999, 6443) (rcud 2958/1998) al resolver acerca de la verdadera naturaleza de la contratación de quienes fueron dedicados a la cíclica tarea encuestadora, se pronuncia en los siguientes términos: " 2. Los criterios de delimitación entre el trabajo eventual y el fijo discontinuo han sido ya concretados por esta Sala. 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 ". Añadiendo que " 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 ET 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 la jornada anual ".

Como novedad de la sentencia que acabamos de reproducir, hay que destacar que parte de unos hechos en que consta que se comunica a los trabajadores su no llamamiento en un año por caída del consumo, siendo suficiente para atender las necesidades de la campaña el personal fijo de la empresa, advirtiéndoles que las previsiones para el año siguiente suponían su llamamiento para dicha campaña, considerando el TS que tal comunicación de la empresa no constituye un despido, sino que los actos de la misma dejan clara su evidente voluntad de no extinguir los contratos y continuar con la relación laboral mantenida hasta entonces con los actores-

Pues bien, en el caso de autos, la empresa -ha quedado probado- manifiesta que habrá un retraso en el llamamiento por un descenso de ventas .Por otro lado, no existe en el contrato fijo-discontinuo una fecha cierta de llamamiento, sino que el mismo se produce de forma estimada en el contrato desde la apertura al cierre de los establecimientos turísticos de la Costa Dorada por temporada turística (f. 45) y , qué duda cabe, que ha quedado probado que la empresa ha experimentado un incremento global de trabajo a partir de finales de junio debido a que la mayoría de las ventas se realizan entre finales de junio, julio y agosto, lo cuál coincide y justifica la advertencia del retraso en el llamamiento, por lo que no puede apreciarse, como pretende la recurrente, una voluntad extintiva y sin que le corresponda al trabajador, decidir el momento en que dicho llamamiento ha de producirse. Además, los llamamientos en los últimos ejercicios se habían producido en las siguientes fechas: 01/06/07, 01/06/08, 02/07/09 y 16/07/10, por lo que en los dos últimos años es evidente que se le llama en el mes de julio como es propio de la variabilidad

intrínseca a la fecha de llamamiento que comporta la esencia del contrato fijo-discontinuo

Todo lo expuesto comporta la desestimación de este motivo de recurso, por no apreciarse las infracciones denunciadas, y, por tanto, de la totalidad del recurso, sin que proceda la imposición de cotas, conforme al art.233. LPL :

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D. Arturo frente a la sentencia nº 425/2011 dictada el día 16/09/11 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Tarragona en los autos nº 59/2011 (549/11 Social nº 3), que confirmamos en su totalidad.

Sin costas

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley de Procedimiento Laboral , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.



Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ