



Roj: **STSJ AND 10765/2013 - ECLI: ES:TSJAND:2013:10765**

Id Cendoj: **18087340022013100186**

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

Sede: **Granada**

Sección: **2**

Fecha: **10/10/2013**

Nº de Recurso: **1430/2013**

Nº de Resolución: **1788/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

5

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**CON SEDE EN GRANADA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**C.J**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SENT. NÚM.1788/13**

ILTMO.SR.D. JOSE MARIA CAPILLA RUIZ COELLO

ILTMO.SR.D RAFAEL PUYA JIMENEZ

ILTMO.SR.D. FERNANDO OLIET PALÁ

ILTMA.SRA.Dª.RAFAELA HORCAS BALLESTEROS

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada a Diez de Octubre de dos mil trece.

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

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

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

En el recurso de Suplicación núm. **1430/13**, interpuesto por **DON Juan Antonio** contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. DOS DE LOS DE JAEN en fecha 17 de Abril de 2013 en Autos núm. **826/12**, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE MARIA CAPILLA RUIZ COELLO.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por DON Juan Antonio en reclamación sobre DESPIDO contra AIDAHESA Y CLAZAMAR S.L y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 17 de Abril de 2013, por la que se desestimo la demanda.

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

**1º.-** D. Juan Antonio, mayor de edad, con DNI nº. NUM000, vecino de Linares (Jaén), ha venido prestando sus servicios para la empresa CLAZAMAR, S.L., dedicada a la actividad de elaboración de helados, con la categoría profesional de conductor, con una antigüedad de 13.03.1985 percibiendo una retribución diaria de 58,09 euros,



con carácter fijo discontinuo y a jornada completa. La relación laboral trae su causa de la subrogación de la demandada en los derechos y obligaciones de la empresa A.I.A.D.H.E.S.A. con fecha 3-11-2.010.

Rige entre las partes el convenio colectivo estatal para la fabricación de helados, para el periodo 2.007-2.008.

2º.- Con fecha 12 de septiembre de 2.012 la empresa CLAZAMAR, S.L., remitió burofax al demandado comunicándole que finalizaba el contrato de trabajo con efectos el 14 de septiembre de 2.012. El art. 57 del convenio colectivo regula la contratación de fijo discontinuo, no estableciendo el convenio una fecha fija para el llamamiento. El trabajador fue llamado el día 9-4-12 y dado de baja el día 14-9-12. El llamamiento en la presente temporada se ha producido el 8-4-13 hasta fin de campaña 2.013. La vida laboral del actor indica que no existe fecha fija de conclusión de la temporada, y lo mismo sucede con el trabajador Fabio .

3º .- La actora ha intentado la preceptiva conciliación ante el CMAC de Jaén el día 17.11.12, celebrándose el día 5.11.12, sin efecto.

4º .- La demanda ha sido presentada ante el Juzgado Decano de los de Jaén el 6.11.12.

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por DON Juan Antonio , 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 absolvía a la empresa demandada de la acción de despido contra la misma interpuesta por Don Juan Antonio se alza el trabajador en recurso en que pretende "se declare la nulidad de actuaciones y, subsidiariamente, la existencia de despido improcedente por su cese el día 12 de Septiembre del 2012 pero, como ha sido readmitido (dice haberse producido readmisión tácita), concreta el objeto de la condena postulada al pago de la suma por salarios no percibidos desde dicho cese hasta su nueva contratación. Es decir, reclama la cantidad de 1034 euros y, en aras del éxito de dicha pretensión, articula el recurso que, en un primer motivo y respondiendo a lo que es su petición principal, solicita la nulidad de la resolución judicial y, subsidiariamente, dicho pronunciamiento condenatorio. Es obligado pues conocer de la pretendida nulidad de actuaciones al ser presupuesto previo para conocer del fondo del proceso.

**SEGUNDO.-** Utiliza, en aras de la nulidad postulada, el cauce procesal de la letra a) del Art. 193 de la LRJS , denunciando la infracción del Art. 97.2 de la LRJS en concordancia con la doctrina retirada, sobre el Art. 24 de la CE , del TC. Este reproche lo divide en cuatro apartados sin que se alcance a comprender donde radica la infracción de las normas procesales que hayan provocado indefensión al actor. Es constante a doctrina, en cuanto a éste objeto, inciso a) del Art. 191 L.P.L .,reponer las actuaciones al estado que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, la abundante jurisprudencia del TC, TS, TCT y Salas de lo Social de los T.S.J.,viene insistiendo en que para que se produzca la prevención aquí contemplada es necesario: 1) Que se invoque el precepto procesal infringido (TS 23.11.88y 6.6.90) 2) Que se haya producido indefensión no existiendo indefensión si el recurrente ninguna observación hizo en el acto del juicio sobre la irregularidad que ahora denuncia (Valladolid 29.1.91) no pudiéndose alegar con éxito indefensión quien pudiendo efectuar sus intereses legítimos por medio de las distintas armas que le ofrece el ordenamiento jurídico no usa de ellas) 3) Que quien invoca la infracción no la haya propiciado, y por tanto, no podrá invocarla quien con su propia conducta motiva la situación que luego denuncia y 4) Que el recurrente haya formulado la oportuna protesta en tiempo y forma hábil a fin de que no pueda tenerse por consentida (TS 17.7.86 y 16.7.91). Pues bien, en éste caso dice que la Magistrado ha errado al especificar el salario, que la resolución judicial no contiene todos los elementos de hecho para que éste Tribunal resuelva e insiste en los conceptos que han de conformar el salario. Se equivoca el recurrente por cuanto, no existen normas procesales infringidas y, de no ser el salario especificado en la sentencia el que correspondía le es dable a quien recurre modificar por el cauce de la letra b) del Art. 193 de la LRJS . Luego ni existe defecto procesal en la plasmación del salario ni incongruencia en el razonamiento que funda la convicción de la Juzgadora. Este motivo estaba condenado al fracaso.

**TERCERO.-** Por el apartado de la letra b) del Art. 193 de la LRJS solicita la modificación del ordinal segundo de los hechos probados al que ofrece, adicionándole determinadas frases, la siguiente redacción: "**SEGUNDO.- Con fecha 12 de septiembre de 2012 la empresa CLAZAMAR, S.L remitió burofax al demandado comunicándole que se daba por finalizada su ruta con efectos el 14 de septiembre de 2012. El art. 57 del convenio colectivo regula la contratación de fijo discontinuo, no estableciendo el convenio una fecha fija para el llamamiento.**

**El trabajador a lo largo de las campañas 1985 a 2010, se incorporaba al puesto de trabajo a últimos del mes de febrero o primeros de marzo, como muy tarde el día 8 de este ultimo mes, cesando el ultimo día hábil de Septiembre o 1 de octubre de coincidir aquel con festivo.**



**En la campaña 2011 el trabajador se incorporo el día 21.3.2011, cesando el día 16 de septiembre de 2011, fecha en la que se encontraba en situación de I.T.**

**El trabajador fue llamado en la campaña de 2012 el día 9.4.12 y dado de baja el día 14.9.12, los otros trabajadores de la empresa, fueron cesados el día 30 de Septiembre a excepción del trabajador Fabio , que cesa en la campaña 2011 el día 30 de septiembre y en la campaña 2.012 el 14.9.2011.**

**El llamamiento en la presente temporada se ha producido el 8.4.13 hasta fin de campaña 2013".**

Con la curiosidad que deja inalterado el ordinal primero de los hechos probados en el que, precisamente, se contiene el importe del salario de quien acciona (es decir, lo conforma), no es menos cierto que, respecto de la modificación de los hechos declarados probados, debe señalarse que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

Y 5.º Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores. Sentado lo anterior debemos pasar a analizar las pretensiones concretas.

En el presente caso faltan los requisitos exigidos en los números 3 y 4 antes dichos por cuanto, ni la vida laboral, ni los TC ni los documentos que dice, folios 63,64, 132, 136,88 y 143 de los autos evidencian, por un lado el error de la juzgadora y, los últimos, son datos recogidos en la propia resolución combatida. Ha de rechazarse éste motivo.

**CUARTO.-** En un Tercer motivo, por el cauce procesal de la letra c) del Art. 193 realiza su reproche en varios subapartados:

1º) Primeramente denuncia la inaplicación de las modificaciones sufridas por el Convenio Estatal para la Fabricación de Helados así como los preceptos del CC 1254 y 1281 y Arts. 217.3 de la LEC . A la vista de lo que se dirá no se entiende ésta censura por cuanto, cual es la norma aplicable, lo dice la Magistrado en el primero de sus Hechos Probados y en realidad toda su argumentación gira en torno a la reclamación de una suma, aquella que dice debida entre el cese y la nueva contratación, partiendo de la existencia de un despido que, como se dirá, no ha existido pero, se insiste, conforma el salario que recoge la decisión judicial en el primero de sus antecedentes históricos lo que hace inoperante su reproche. Máxime, ha de tenerse en cuenta, que la reclamación de cantidad que acumula a la de despido, de no producirse dicha acumulación, no alcanzaría "per se" el umbral preciso para acceder a éste recurso.

2º) Con el mismo amparo, en éste extenso recurso, denuncia la infracción de los Arts 18.5 y 26 del ET , Convenio Estatal para la fabricación de helados así como los arts 1254 , 1281 y 1282 del CC y el Principio Indubio pro reo (se supone quiere decir "indubio pro operario"). Pero es que, no alterados los hechos probados y partiendo de la esencia del vinculo laboral que une a las partes no se entiende el reproche. y es que estamos ante un contrato de un trabajador a tiempo parcial, antes fijos discontinuos, en los que es su no llamamiento o el hecho de ser postergados lo que hace nacer la acción de despido. No es éste el caso como se dirá.

3º) En un tercer motivo, por el mismo cauce procesal (bajo la rubrica IV) denuncia la infracción, por no aplicación, de los Arts 56 del ET y 108 y ss de la LRJS -Argumenta que el principio de facilidad probatoria conllevaba que la empresa acreditase la terminación de campaña entendiendo que el demandante fue cesado



antes de finalizar ésta. Finalmente, en un punto segundo dentro de éste mismo motivo, explicita que, visto que en la campaña del 2013 se ha vuelto a producir el llamamiento de actor, esto conlleva una "tacita readmisión" por lo que, en consecuencia, corresponde al trabajador percibir los salarios de tramitación devengados desde el 4 de Septiembre hasta el 30 del mismo mes y año. Es decir, la cantidad de 1043,04 euros que reclama. Es evidente que no "existe esa readmisión tacita" de la que habla quien recurre, tal figura es inexistente en la forma que se plantea y menos en éste caso donde, tal y como se tiene como probado, lo que se produce es el devenir lógico del contrato de fijo discontinuo, a tiempo parcial en la nueva nomenclatura del ET, donde se cesa cuando no se precisa la actividad y se llama cuando ello es así.

Y es que ésta figura, fijo discontinuo, está impregnada en su regulación por las normas generales del ET pero con enorme incidencia de lo previsto en Convenios de aplicación y contratos de trabajo en particular ( Sentencia de ésta Sala de 30 de Mayo del 2007 ). Y en éste caso, ha de partirse de la base de que el contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos, tal y como se define en el Art. 15,8 ET , tiene por objeto la realización de trabajos que no se repiten en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, añadiendo el precepto que 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. Sigue disponiendo la norma que éste contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca y en él debe figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad pero distinguiéndose, en éste mismo numero, aquellos trabajadores que lo son a tiempo parcial, trabajadores en fechas ciertas o cíclicas, y aquellos otros en los que su llamamiento, fijos discontinuos, procede cuando la necesidad de trabajo no se repita en fechas ciertas dentro del volumen de actividad normal de la empresa. Es decir, en este contexto, se ha venido admitiendo tradicionalmente que la empresa puede proceder al progresivo llamamiento de aquellos trabajadores fijos discontinuos que necesite en cada momento, sin necesidad de llamar absolutamente a todos sus fijos discontinuos, y sin que esto suponga la definitiva extinción de la relación laboral, porque mantendría la obligación de llamarlos en la campaña o temporada siguiente. Naturalmente, con todas las matizaciones que pudieran desprenderse de la aplicación de lo previsto en convenio colectivo, y correspondiendo siempre a la empresa la carga de probar que la falta de llamamiento está justificada en cada caso, así como su manifiesta voluntad de seguir empleando al trabajador en la siguiente temporada, para lo cual tendrá que haber actuado correctamente y notificar con antelación al trabajador tales circunstancias. Es de hacer notar, en lo que ahora respecta, que la empresa no ha manifestado su voluntad rupturista sino que, lejos de ello, iniciada una nueva campaña (la del 2013) ha vuelto a llamar al trabajador. De entenderse se ha producido una "readmisión táctica" que sirve a quien recurre para solicitar, subsidiariamente al pronunciamiento de nulidad de actuaciones, se declare la improcedencia del despido con el efecto de abonar al trabajador lo que entiende son salarios de tramitación; Es decir, ella misma parece decir que "no se considere la existencia del despido ante ésa llamada readmisión tacita" limitando la reclamación objeto de condena al pago de una suma lo que parece conllevar que, de no admitirse la nulidad de actuaciones, lo que ejercita es una acción de reclamación de cantidad pues, como es sabido, el despido improcedente conlleva efectos distintos a esa mera solicitud contenida en el Suplico. Y es que, en suma como ha reiterado constante Jurisprudencia del TS, entre ellas baste citar la de 30 septiembre 2005, que dichos trabajadores *deb en ser llamados por orden de antigüedad, al comienzo de cada campaña, sin distinción del origen de adquisición de la condición de trabajador/a fijo discontinuo y lo que se reitera en la de 7 febrero 1992, que reafirma lo antes dicho analizando la obligatoriedad del llamamiento y la prohibición de postergar a quienes*, teniendo el carácter de **fijos discontinuos** de la empresa, no habían sido llamados a la prestación de servicios, convocando antes a otro con idéntica categoría y menos antigüedad que los reclamantes. Argumenta el TS, en el caso que se le plantea, que caso, tratándose de la campaña normal de la empresa, aquella en la que desarrollan sus funciones, puede entenderse ha existido despido si se le cesa en ella lo que, en otro caso, no sucede cuando se trata de periodos íter campañas o en momentos en los que aquellos no tenían derecho a "ser llamados". La ausencia del derecho de quien ahora acciona, no habiéndose justificado el cierre definitivo del puesto de trabajo al que debe ser llamado el actor, no habiendo sido postergado en el llamamiento, habiendo cesado al finalizar la campaña y llamado al comenzar la próxima coincide, como razona el Juzgador de Instancia, en que no se ha producido su cese por lo que, en consecuencia, no puede calificarse lo "inexistente" en el sentido y con los efectos que pretende quien recurre.

Por lo dicho, con desestimación de la demanda, ha de confirmarse la sentencia de instancia.

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por **DON Juan Antonio** contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. DOS DE LOS DE JAEN en fecha 17 de Abril de 2013 , en Autos seguidos a



instancia de DON Juan Antonio en reclamación sobre **DESPIDO** contra **AIDAHESA Y CLAZAMAR S.L.**, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

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.

Igualmente se advierte a las partes que para la formulación 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, de 20 de Noviembre.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ