



Roj: **STS 369/2019 - ECLI:ES:TS:2019:369**

Id Cendoj: **28079140012019100021**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2019**

Nº de Recurso: **3984/2016**

Nº de Resolución: **25/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3984/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 25/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 15 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Ocio y Parques Temáticos, S.L.U., representado y defendido por el letrado D. José Luis Navarro Llorca, contra la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 2798/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Benidorm, de fecha 31 de marzo de 2015, recaída en autos núm. 107/2012, seguidos a instancia de D. Juan Pedro, Dña. Teodora, Dña. Violeta, Dña. Zulima, D. Andrés, Dña. María Virtudes, Dña. Adoracion, Dña. Amanda, Dña. Angustia, Dña. Belen, Dña. Blanca, Dña. Carmela, Dña. Claudia y D. Emiliano frente a las mercantiles Ocio y Parques Temáticos, S.L.U., Terra Mítica, Parque Temático de Benidorm, S.A. y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre reclamación de cantidad.

Han sido partes recurridas D. Juan Pedro, Dña. Teodora, Dña. Violeta, Dña. Zulima, D. Andrés, Dña. María Virtudes, Dña. Adoracion, Dña. Amanda, Dña. Angustia, Dña. Belen, Dña. Blanca, Dña. Carmela, Dña. Claudia y D. Emiliano, representados y asistidos por el letrado D. Frank Van de Velde Moors.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de marzo de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



" 1º. - D. Juan Pedro , con DNI nº NUM000 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 20.07.2000, categoría profesional de técnico especialista y salario diario ascendente a 69,14 euros, incluida prorrata de pagas extras. Dña. Teodora , con DNI nº NUM001 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 20.07.2000, categoría profesional de técnico especialista en el departamento de contabilidad (caja central) y salario diario ascendente a 56`13 euros, incluida prorrata de pagas extras. Dña. Violeta , con DNI nº NUM002 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 20.07.2000, categoría profesional de jefe de equipo (encargada de tienda) y salario diario ascendente a 64`46 euros de media, incluida prorrata de pagas extras. Dña. Zulima , con DNI nº NUM003 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 27.04.2001, categoría profesional de técnica especialista (vendedora/dependienta) en el departamento de merchandising y salario diario ascendente a 58`99 euros, incluida prorrata de pagas extras. D. Andrés , con DNI nº NUM004 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 20.07.2000, categoría profesional de técnico especialista en el departamento de admisiones (parking) y salario diario ascendente a 65`80 euros de media, incluida prorrata de pagas extras. Dña. María Virtudes , con DNI nº NUM005 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 20.07.2000, categoría profesional de jefa de equipo en el departamento de merchandising (encargada de tienda) y salario diario ascendente a 65`23 euros incluida prorrata de pagas extras. Dña. Adoracion , con DNI nº NUM006 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 27.04.2001, categoría profesional de técnica especialista (dependienta-cajera) en el departamento de merchandising y salario diario ascendente a 58`96 euros, incluida prorrata de pagas extras. Dña. Amanda , con DNI nº NUM007 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 20.07.2000, categoría profesional de técnico especialista del departamento de admisiones (en taquillas) y salario diario ascendente a 39`66 euros, incluida prorrata de pagas extras. Dña. Angustia , con DNI nº NUM008 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 20.07.2000, categoría profesional de técnica especialista (dependienta/vendedora) en el departamento de merchandising y salario diario ascendente a 62`68 euros, incluida prorrata de pagas extras. Dña. Belen , con DNI nº NUM009 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 17.07.2000, con categoría profesional de operario en el departamento de guardarropía y salario diario ascendente a 45`87 euros de media, incluida prorrata de pagas extras. Dña. Blanca , con DNI nº NUM010 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 20.07.2000, categoría profesional de técnico especialista en el departamento de merchandising (vendedora) y salario diario ascendente a 58`29 euros, incluida prorrata de pagas extras. Dña. Carmela , con DNI nº NUM011 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 20.07.2000, categoría profesional de jefa de equipo en el departamento de merchandising (encargada de tienda) y salario diario ascendente a 63`33 euros, incluida prorrata de pagas extras. Dña. Claudia , con DNI nº NUM012 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 20.07.2000, categoría profesional de técnico especialista en el departamento de caja central y salario diario ascendente de media a 54`55 euros, incluida prorrata de pagas extras. D. Emiliano , con DNI nº NUM013 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA, con una antigüedad de 25.04.2001, categoría profesional de operario en el departamento de servicios generales y salario diario ascendente de media a 57`95 euros, incluida prorrata de pagas extras. (conforme sentencia firme en procedimiento 975-11 en materia de extinción).

2º.- Los trabajadores demandantes tienen contratos como fijos discontinuos de la empresa demandada con contratos de trabajo cuando menos de 1200 a 1600 horas al año (conforme contratos aportados como documental actora).

3º. - La empresa demandada Ocio y parques Temáticos SL firmo junto a la empresa Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA contrato de arrendamiento de industria referente al Parque Temático Terra Mítica de Benidorm, incluidos los trabajadores como elemento integrante del mismo, subrogándose como empleadora en la posición de la anterior en todos los aspectos laborales y de Seguridad Social.

4º. - En la campaña 2010 los trabajadores realizaron las siguientes horas (no controvertido): D. Juan Pedro , 1.070,44 horas. Dña. Teodora , 833,75 horas. Dña. Violeta , 919,74 h. Dña. Zulima , 852,48 h. D. Andrés , 874,50 h. Dña. María Virtudes , 934,76 h. Dña. Adoracion , 846,85 h. Dña. Amanda , 488,25 h. Dña. Angustia , 776 h. Dña. Belen , 580,50 h. Dña. Blanca , 781 h. Dña. Carmela , 840,57 h. Dña. Claudia , 852,04 h. D. Emiliano , 1.012,29 h.



5º. - La campaña de 2010 finalizó para los trabajadores el día 26 de septiembre de 2010, salvo para Juan Pedro , Teodora , Violeta y María Virtudes , que concluyó en 12 de octubre de 2010 (documental).

6º. - Los trabajadores interpusieron reclamación ante el SMAC en fecha 17 de junio de 2011, intentándose sin avenencia en fecha 7 de julio de 2011".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda planteada por D. Juan Pedro , Dña. Teodora , Dña. Violeta , Dña. Zulima , D. Andrés , Dña. María Virtudes , Dña. Adoracion , Dña. Amanda , Dña. Angustia , Dña. Belen , Dña. Blanca , Dña. Carmela , Dña. Claudia , D. Emiliano , debo condenar y condeno a OCIO Y PARQUES TEMÁTICOS DE BENIDORM S.L.U. A que abonen a los mismos las cantidades que se detallan a continuación, más los intereses moratorios del art. 29 ET , sin perjuicio de la responsabilidad del FOGASA: - D. Juan Pedro , 1.019,63 euros. - Dña. Teodora , 2.968,95 euros. - Dña. Violeta , 2.415,84 euros. - Dña. Zulima , 2.734,98 euros. - D. Andrés , 2.561,68 euros. - Dña. María Virtudes , 2.286,36 euros. - Dña. Adoracion , 2.779,29 euros. - Dña. Amanda , 5.601,47 euros. - Dña. Angustia , 3.336,88 euros. - Dña. Belen , 4.417,03 euros. - Dña. Blanca , 3.297,53 euros.- Dña. Carmela , 3098,20 euros.- Dña. Claudia , 2.738,44 euros.- D. Emiliano , 1.338,37 euros. Se desestima la demanda respecto de Terra Mítica Parque Temático de Benidorm SA".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de la empresa demandada ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 15 de septiembre de 2016 , en la que se modifica el hecho probado segundo y consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa Ocio y Parque Temático de Benidorm, SLU, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de Benidorm de fecha 31 de marzo de 2015 ; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Se acuerda la pérdida de las consignaciones, así como la necesidad de que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir. Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 600 euros".

TERCERO.- Por la representación letrada de Ocio y Parques Temáticos, S.L.U. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de la Comunidad Valenciana, de 22 de julio de 2014 (RSU 909/2014). El motivo se fundamenta en el art. 207 e) de la LRJS , por infracción de los artículos 15.8 del Estatuto de los Trabajadores y 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación y alegaciones, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar la improcedencia del recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. - La cuestión a unificar es la de determinar si el procedimiento de reclamación de cantidad es el adecuado para reclamar a la empresa el pago de las horas fijadas en un contrato de trabajo fijo discontinuo, que a criterio de los trabajadores se encuentran garantizadas por el convenio colectivo y no han llegado a realizarse en su totalidad durante la temporada correspondiente a una determinada anualidad, o debería de haberse formulado demanda de despido por cese anticipado de la campaña.

2.- La sentencia del juzgado de lo social rechazó la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por la empresa y estima en su totalidad la demanda de reclamación de cantidad, en la que los trabajadores demandantes solicitan el pago de una indemnización correspondiente a las horas de trabajo no realizadas en la temporada del año 2010, hasta la suma del mínimo de 1.200 horas garantizadas conforme a lo pactado en el contrato de trabajo fijo discontinuo y de acuerdo con lo previsto en el convenio colectivo de aplicación.

El recurso de suplicación de la empresa es desestimado en la sentencia de la Sala Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de septiembre de 2016, rec. 2798/2015 , que confirma la de instancia en todos sus extremos y concluye expresamente que el procedimiento de reclamación de cantidad es adecuado para el ejercicio de la acción en litigio, sin que debieren los trabajadores acudir al proceso de despido porque no se discute la falta de llamamiento o la alteración del orden previsto en el convenio, sino que lo reclamado es el abono a precio de salario de la diferencia entre las horas de trabajo efectivamente realizadas en la temporada



del año 2010 y las que debieron de haberse trabajado conforme al mínimo de 1.200 horas garantizadas por el convenio colectivo.

3 .- El recurso se construye en un único motivo que denuncia infracción del art. 423 LEC en relación con el art. 15.8 ET , para sostener que los trabajadores debieron de acudir al proceso de despido cuando consideraron que la temporada de 2010 había concluido sin que se hubiere llegado a trabajar aquel mínimo de 1.200 horas que consideran garantizado por el convenio colectivo.

Se invoca de contraste la sentencia dictada también por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de julio de 2014, rec. 909/2014 , en el caso de otra trabajadora de la misma empresa que ejerció idéntica acción de reclamación de cantidad por la campaña del año 2009.

Los demandantes niegan la existencia de contradicción en su escrito de impugnación, por entender que la sentencia de contraste habla de un cese anticipado de la trabajadora que obligaba a accionar por despido, sin que ese elemento se encuentre presente en el caso de autos.

El Ministerio Fiscal considera por el contrario que concurre la necesaria contradicción, y defiende la desestimación del recurso por considerar que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina conforme a derecho.

SEGUNDO . 1 .- Debemos resolver en primer lugar si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS , que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

2 .- Lo que sin duda merece una respuesta positiva, en tanto que en ambos casos se trata de trabajadores fijos discontinuos de la misma empresa demandada dedicada a la actividad de parque de atracciones, que ejercitan idéntica acción en reclamación del pago como daños y perjuicios del salario correspondiente a las horas no realizadas en una determinada temporada conforme a lo que consideran el mínimo garantizado en el convenio colectivo de empresa de 1.200 horas de trabajo anual.

3 .- Es verdad que en la sentencia recurrida se plantean además otras cuestiones diferentes al haberse calificado en la sentencia de instancia el contrato de trabajo como a tiempo parcial y no de fijo discontinuo, pero una vez soslayada esa cuestión con la acertada atribución al contrato de trabajo de la naturaleza fijo discontinuo que las partes ni siquiera discutieron, es lo cierto que la sentencia referencial concluye que la trabajadora debió de acudir al proceso de despido y accionar contra lo que viene a considerar un cese anticipado de la temporada del año 2009, y al no haberlo así efectuado no puede ejercitar la acción de reclamación de cantidad por daños y perjuicios derivados de la no realización del mínimo de horas garantizadas en aquella anualidad.

En este punto es donde se aprecia una manifiesta contradicción entre las sentencias en comparación, en la medida en que la recurrida estima adecuado el procedimiento de reclamación de cantidad para el ejercicio de la acción consistente en solicitar la condena de la empresa al pago de la cantidad correspondiente a los salarios por las horas garantizadas que no fueron efectivamente realizadas, mientras que la de contraste ha considerado que la trabajadora debió de accionar por despido contra lo que viene en calificar como un cese anticipado en la temporada de referencia.

Doctrinas contradictorias que deben ser unificadas.

TERCERO. 1.- Resulta indiscutido que la relación laboral que vincula a las partes es de naturaleza fija discontinua, con lo que la normativa de aplicación es la contenida en el art. 15.8 ET en la redacción vigente a los efectos de este litigio (actual art. 16.2 ET), conforme a la cual, y en lo que ahora interesa, "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".

Queda con ello claro que debe activarse el procedimiento de despido cuando el incumplimiento que se imputa a la empresa consista en la falta de llamamiento, en el orden y en la forma que determine el convenio colectivo, de manera que el proceso de despido queda reservado a los supuestos en los que el trabajador sostenga que la actuación del empleador supone una extinción del vínculo contractual y comporta la definitiva finalización de la relación laboral.

Pero cuando lo que se reclama en la demanda no es una falta de llamamiento o la vulneración de las normas del convenio colectivo en esta materia, sino cualquier otro tipo de incumplimiento empresarial que no está



vinculado al llamamiento, la acción que ejercite el trabajador deberá vehicularse a través de la modalidad procesal que corresponda a la cuestión que constituya el objeto litigioso.

Como recuerda la STS 24/4/2012, rcud. 3340/2011, respecto a los trabajadores fijos discontinuos - en un supuesto en el que la empresa les notifica la imposibilidad de ofrecerles trabajo en una determinada campaña anual-, el despido supone la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario y no puede estimarse existente cuando de su actuación no se deduce una voluntad resolutoria del contrato de trabajo fijo discontinuo.

Hay por lo tanto despido, y los trabajadores deben actuar en consecuencia mediante el ejercicio de la acción de despido desde el momento en que tuvieren conocimiento de la falta de convocatoria, cuando la actuación de la empresa pone de manifiesto su voluntad expresa o tácita de dar por extinguida de manera definitiva la relación laboral fija discontinua al eludir las normas legales o convencionales previstas para el llamamiento de los trabajadores al inicio de cada campaña anual.

2. - Lo que nada tiene que ver con la situación jurídica que se produce cuando los trabajadores ni tan siquiera sostienen que se hubiere producido una falta de llamamiento, ni discuten que se mantenga vigente la relación laboral, sino que lo que reclaman es el pago de una indemnización conforme al salario que a su juicio debieron de percibir durante una determinada temporada ya finalizada y en razón al número de horas de trabajo que debieron de realizar esa anualidad conforme al mínimo garantizado en el convenio colectivo.

Tendrán o no razón en la cuestión de fondo, pero no estamos en estos casos ante un despido frente al que debieron de haber accionado en el plazo legal de caducidad a través de dicha modalidad procesal, sino ante una reclamación de cantidad frente a la empresa que debe articularse a través del procedimiento ordinario que es el cauce procesal adecuado para el ejercicio de dicha pretensión.

3. - Conforme a lo razonado, y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, es la sentencia recurrida la que contiene la buena doctrina, lo que obliga a la íntegra desestimación del recurso con imposición a la empresa recurrente de las costas y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Ocio y Parques Temáticos, S.L.U., contra la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 2798/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Benidorm, de fecha 31 de marzo de 2015, recaída en autos núm. 107/2012, seguidos a instancia de D. Juan Pedro, Dña. Teodora, Dña. Violeta, Dña. Zulima, D. Andrés, Dña. María Virtudes, Dña. Adoracion, Dña. Amanda, Dña. Angustia, Dña. Belen, Dña. Blanca, Dña. Carmela, Dña. Claudia y D. Emiliano frente a las mercantiles Ocio y Parques Temáticos, S.L.U., Terra Mítica, Parque Temático de Benidorm, S.A. y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre reclamación de cantidad. Con imposición a la recurrente de las costas del recurso y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.