



Roj: **STS 3541/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3541**

Id Cendoj: **28079140012014100479**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2014**

Nº de Recurso: **2876/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 1573/2012,**
STS 3541/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de MULTISERVICIOS AEROPORTUARIOS, S.A., contra sentencia de fecha 28 de diciembre de 2012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, sede en Palma de Mallorca, en el recurso nº 442/12, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Doña Bibiana, aclarada por Auto de fecha 10 de mayo de 2013, contra la sentencia de fecha 19 de enero de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza, en autos nº 635/11 seguidos por DOÑA Bibiana frente a MULTISERVICIOS AEROPORTUARIOS, S.A., y EMPLEO A TIEMPO ETT, S.A., sobre reclamación por despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de enero de 2012 el Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimando la demanda interpuesta por D^a Bibiana contra Empleo a Tiempo ETT SA y Multiservicios Aeroportuarios, SA. debo absolver y absuelvo a éstas de los pedimentos formulados en su contra".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1.- D^a Bibiana, con D.N.I nº NUM000 ha prestado sus servicios a tiempo parcial para la empresa MULTISERVICIOS AEROPORTUARIOS SA con la categoría profesional de limpiadora y un salario mensual de 460,64 euros al mes los siguientes periodos que coinciden con los de mayor incremento de actividad:

-del 8.6.07 al 15.9.07

-11.6.08 al 15.9.08

-1.7.09 al 13.9.09

-19.5.10 al 12.9.10

Los dos últimos periodos a través de un contrato de puesta a disposición a través de la codemandada EMPLEO A TIEMPO ETT SA.



- 2.- En el último periodo indicado en el anterior hecho probado la actora simultaneó la prestación de sus servicios en las empresas codemandadas y la empresa RANDSTAD EMPLEO A TIEMPO ETT SA entre el 1.9.10 y el 31.10.10, en esta última con un coeficiente de jornada del 87% y en aquellas con un coeficiente del 30%.
- 3.- Tras su cese en Randstad, el 31 de octubre de 2011, la actora causó situación legal de desempleo ante el SPEE.
- 4.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo alguno de representación colectiva o sindical.
- 5.- La actora ha intentado la preceptiva conciliación ante la Delegación de Ibiza del TAMIB".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D^a Bibiana ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, la cual dictó sentencia en fecha 28 de diciembre de 2012, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "PRIMERO.- SE ESTIMA el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a Bibiana contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada - Juez Sustituta del Juzgado de lo Social num. Uno de EIVISSA, de fecha 19 de enero 2012, en demanda por despido formulada por dicha parte recurrente contra la empresa Multiservicios Aeroportuarios S.A. y, en su consecuencia, SE REVOCA la sentencia recurrida y se deja sin efectos. SEGUNDO.- SE ESTIMA la demanda de despido formulada por D^a Bibiana y se declara la improcedencia del despido, a la empresa a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión en su mismo puesto de trabajo o lo indemnice en 506 euros y, en todo caso a que le abone en concepto de salarios de tramitación correspondientes a las temporadas de 2011 y 2012, por importe de 2764 euros (3 meses + 3 meses)".

En fecha 10 de mayo se dictó Auto de Aclaración de la referida sentencia, cuya parte dispositiva literalmente dice: "LA SALA ACUERDA: ESTIMAR la aclaración interesada por el Letrado Sr. D. Jorge Puente Fernández, en nombre y representación de Multiservicios Aeroportuarios S.A., lo que se efectúa en el sentido de rectificar la omisión padecida en el fallo de la sentencia núm. 715 de 28-12-2012, el cual queda redactado de la siguiente forma: "FALLAMOS: PRIMERO.- Se estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a Bibiana contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez Sustituta del Juzgado de lo Social núm. Uno de Eivissa, de fecha 19 de enero de 2012, en demanda por despido formulada por dicha parte recurrente contra la empresa Multiservicios Aeroportuarios, S.A. y EMPLEO A TIEMPO ETT, S.A., en su consecuencia, SE REVOCA la sentencia recurrida y se deja sin efectos. SEGUNDO.- SE ESTIMA la demanda de despido formulada por D^a Bibiana y se declara la improcedencia del despido, condenando a la empresa Multiservicios Aeroportuarios S.A a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión en su mismo puesto de trabajo o la indemnice en 506 euros y, en todo caso a que le abone en concepto de salarios de tramitación correspondientes a las temporadas de 2011 y 2012, por importe de 2764 euros (tres meses + 3 meses). Todo ello, con absolución de la codemandada EMPLEO A TIEMPO ETT, S.A.".

CUARTO.- Por la representación procesal de MULTISERVICIOS AEROPORTUARIOS SA, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla, de 29 de enero de 2008, recurso núm. 1416/2008.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 23 de enero de 2014, se procedió a admitir el citado recurso; pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de julio de 2014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que habría de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si, en una relación laboral, al parecer, formalmente sustentada en sucesivos contratos temporales para prestar determinados servicios calificados luego, desde la instancia, como fijos discontinuos, el despido se produce desde la comunicación del último cese o por la falta de ulterior llamamiento y si, como consecuencia de ello, la acción de despido estaría o no caducada.

Tal y como se describe en el relato de hechos probados que se contienen en la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Ibiza, transcritos en su integridad en los antecedentes de la presente resolución, la demandante prestó servicios a tiempo parcial para la empresa condenada, con la categoría profesional de limpiadora, durante los cuatro periodos estivales (normalmente entre mediados de junio y mediados de septiembre, incluyendo siempre los meses de julio y agosto) de los años 2007, 2008, 2009 y 2010, "periodos que coinciden con los de mayor incremento de actividad".



Al inicio de la temporada estival del año 2011 la empresa no procedió al llamamiento de la trabajadora, lo que motivó, después de presentar papeleta de conciliación el 8 de junio de ese año, celebrada sin avenencia el día 17 del mismo mes, que planteara demanda por despido en esta última fecha, datos estos que, a pesar de no constar en la declaración de hechos probados, se recogen con idéntico valor fáctico en el tercer y último fundamento jurídico de la sentencia impugnada.

La resolución de instancia, aunque considera sin género de dudas que las contrataciones temporales no encuentran acomodo en el contrato eventual por circunstancias de la producción que, al parecer (no consta en el relato fáctico modalidad contractual concreta alguna), pretendían servirle de cobertura formal, sino que han tenido como objeto cubrir una necesidad de trabajo de carácter cíclico, reiterado en el tiempo, dotado de plena homogeneidad y totalmente previsible, como es la prestación de servicios como limpiadora en una contrata de limpieza en el Aeropuerto de Ibiza durante la temporada turística estival, al reiterarse anualmente durante los meses comprendidos entre junio y septiembre de 2007, 2008, 2009 y 2010, cubriendo de esta forma una actividad permanente de la empresa que se presenta discontinua y cíclicamente, pero en períodos homogéneos, pese a todo ello, el Juzgado concluye desestimando la demanda por entender que la acción había caducado al transcurrir más de 20 días entre la fecha del último cese de actividad (12 de septiembre de 2010: hecho probado 1º) y la de interposición de la papeleta de conciliación (el 8 de junio de 2011: FJ 3º, párrafo 2º, de la sentencia impugnada).

SEGUNDO.- Recurrída en suplicación por la propia actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en la sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina (STSJ Baleares 28-12-2012, R. 442/12), sin variar en absoluto la declaración de hechos probados y partiendo de la condición de trabajadora fija discontinua de la demandante, tal y como había sostenido la resolución de instancia, estimó su recurso, en esencia, porque "la fecha de inicio del cómputo de los veinte días hábiles previsto en el art. 59.3 del ET , tiene lugar, no al finalizar el contrato de temporada el 31 de octubre de 2010, sino desde el inicio de la temporada, ... cuando la trabajadora tiene conocimiento del incumplimiento de la obligación de la empresa de su llamamiento como trabajadora fija-discontinua, como se dispone en el art. 15.8 del ET , en el que se expresa, a este respecto, que en caso de incumplimiento del llamamiento, podrá reclamar por despido, iniciándose el plazo para ello, desde el momento en que tuviera conocimiento de la falta de convocatoria".

Se revoca, pues, la decisión de instancia y se declara la improcedencia del despido, no porque la Sala de suplicación discrepe de la naturaleza fija discontinua de la relación así reconocida ya en la sentencia del Juzgado, calificación con la que coincide por completo, reforzándola de manera contundente (a este respecto conviene reproducir literalmente lo que dice la Sala: "*La circunstancia de que la llegada de la temporada turística incrementa de manera notable la actividad empresarial es, de otro lado, de conocimiento general en este territorio y, por ende, no precisa de particular prueba, de conformidad con el art. 281.4 de la LECiv . La reiteración de las contrataciones de la actora, a lo largo de una secuencia ininterrumpida de sucesivas temporadas anuales, en fin, no hace más que confirmar que cada año se producía de manera cíclica, con centro en la época estival, un aumento de carga productiva que la empresa demandada se veía incapaz de atender con su personal fijo. No había, así pues, causa para la contratación temporal, por lo que la relación laboral debió entablarse desde el comienzo con la cualidad de indefinida de índole fijo discontinuo con arreglo al art. 15.3 del ET "*) sino porque, en contra de lo en ella decidido, el Tribunal entiende que la acción no había caducado.

En consecuencia, la sentencia impugnada condena en los términos legales (readmisión, opción empresarial y abono de los salarios dejados de percibir durante los periodos temporales en los que debería haberse reanudado la prestación laboral) a la empresa "Multiservicios Aeroportuarios, SA", absolviéndose a la codemandada (una ETT, a través de la cual se hizo la contratación de la actora en los dos últimos años), según es de ver en el Auto de aclaración del 10 de mayo de 2013.

La Sala concluye, también de modo literal, "que procede revocar la sentencia de instancia y, en su lugar, declara[r] la improcedencia del despido, al haber incumplido la empresa demandada el llamamiento de la actora para prestar sus servicios en la temporada de 2011 (...), al no quedar acreditado que la actora cesara voluntariamente el 31 de octubre de 2010, sino por finalización del contrato de temporada".

TERCERO.- Recurre ahora la anterior sentencia la empresa Multiservicios Aeroportuarios SA, denunciando la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con el 15.1.b), 15.3 y 15.8 del mismo cuerpo legal , y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 29 de enero de 2008 (R. 1416/2008).

Sin embargo, tal y como a continuación razonaremos, en esta sentencia se contempla y resuelve una situación que no guarda, en relación con la de la sentencia recurrida, la identidad sustancial de hechos, fundamentos y



pretensiones que exige el artículo 219.1 de la LRJS para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En el caso de la sentencia de contraste se trataba de una trabajadora sujeta formalmente a sucesivos contratos temporales. Según consta en la declaración de hechos probados, inalterado en suplicación, la allí demandante había venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de una empresa dedicada al sector de la aceituna y regida por el Convenio Colectivo del mismo en Sevilla y Provincia, desde el 13 de enero de 1997, a tenor de diversos contratos eventuales por circunstancias de la producción, y por obra o servicio determinado, realizando funciones propias de rellenadora y faenera, reseñándose en algunos contratos la categoría de faenera y en otros la de rellenadora, sin bien siempre realizaba las mismas funciones.

La empresa, que cuenta con unos 50 trabajadores temporales, llamaba a los eventuales o con contratos temporales, en número de entre 10 y 30, según las necesidades, cada vez que precisaba de su trabajo, si bien no respetaba a tal fin el número de días trabajados por los mismos, llamando a quien consideraba en cada momento más conveniente. El último contrato suscrito por la actora finalizó el 17 de febrero de 2006, comunicando la empresa, mediante cartel publicado en el tablón de anuncios, como cada vez que había "una parada", que esa misma fecha sería el último día de alta en la empleadora.

En otros meses anteriores ("marzo, abril, mayo, junio o julio", según constata con valor fáctico el fundamento jurídico 3º de la sentencia de instancia y, por ello, la Sala, al considerarlo innecesario, no aceptó la revisión en tal sentido del hecho probado 3º), la empresa había contratado a trabajadores temporales con menos días trabajados que la demandante, comunicando a dos delegadas de personal que no se había llamado a aquella porque la misma tenía que estar seis meses parada antes de ser nuevamente contratada, según criterio empresarial mantenido en otras ocasiones.

El 28 de agosto de 2006 la actora tuvo conocimiento de que se había procedido a un nuevo llamamiento de trabajadores en sus mismas condiciones, sin que ella fuera llamada. Y entendiendo que esa circunstancia constituía un despido, el 19 de septiembre de 2006 (párrafo 6º del FJ 2º) presentó la oportuna papeleta de conciliación administrativa, celebrándose el pertinente acto de conciliación el día 3 de octubre de 2006.

La Sala de Sevilla, estimando el recurso de suplicación empresarial, revocó la sentencia estimatoria de instancia y, aceptando la excepción de caducidad de la acción opuesta por la empleadora, se abstuvo de conocer el fondo de la reclamación y absolvió a la empresa de todas las pretensiones deducidas en su contra.

En síntesis, la razón última de tal decisión estriba en que, al entender de la Sala, la pretensión debió ejercitarse dentro de los 20 días siguientes a la extinción del último contrato temporal, el 17 de febrero de 2006, fecha esta del cese en la empresa, según se dice, "no sólo por su comunicación expresa, sino porque desde esa fecha dejó de prestar servicios, figurar en alta en la Seguridad Social y de percibir retribuciones, por lo tanto es la fecha de inicio del cómputo de caducidad de la acción de impugnación de despido, que viene motivado por su cese en la empresa y no por la falta de llamamiento".

Para llegar a dicha conclusión, la Sala de Sevilla razona antes que "si la demandante consideraba que era trabajadora fija discontinua de la empresa no tenía que esperar a ningún llamamiento para efectuar esta reclamación, ya que no estaba incluida en el escalafón de trabajadores fijos discontinuos por lo que no podía utilizar ese escalafón para acreditar una preterición en el llamamiento, ni tampoco el sector del aderezo está regido por campañas concretas y determinadas, lo que se deduce de los hechos probados en los que se declara que la empresa llamaba a los trabajadores temporales según las "necesidades", pudiendo los trabajadores fijos discontinuos incluso trabajar los mismos días que los trabajadores indefinidos, por lo que si la contratación de la actora era fraudulenta su cese el 17 de febrero de 2006 de un contrato temporal era improcedente y debería haber sido impugnado, ya que en dicha fecha no tenía reconocida la condición de trabajadora fija discontinua en la empresa, constituyendo este cese una cesación definitiva de la relación laboral, sin obligación de la empresa de efectuar ningún nuevo llamamiento, ni nueva contratación, al estar regido su contrato de trabajo hasta su reconocimiento como trabajador fijo discontinuo en sede judicial por el artículo 22 del convenio que regula los contratos de duración determinada, que no prevé ningún sistema de llamamientos, ni de prelación en la contratación entre trabajadores temporales".

Así pues, la sentencia de contraste parte de la concurrencia de una comunicación expresa del cese del último período de prestación laboral y tiene en cuenta, además de una regulación convencional que no está presente en absoluto en la resolución recurrida, una actividad por completo diferente a la desempeñada por la demandante en las presentes actuaciones. Aquella regulación convencional establece un "escalafón" para los fijos discontinuos, en el que la actora no estaba incluida, con un orden de prelación en los llamamientos para ocupar las vacantes en función de las necesidades empresariales, sin que quede en absoluto claro que los cometidos desempeñados con anterioridad por la demandante tuvieran el carácter cíclico, reiterado en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, como sucede en el caso de la sentencia recurrida.



Aquí, por tanto, a diferencia de lo que sucede en la sentencia referencial, no sólo no existe constancia de una expresa comunicación de cese al concluir la última prestación laboral, sino que el carácter o naturaleza fija y discontinua de la relación aparece nítidamente en todas las circunstancias anteriormente analizadas y en las que, reforzando la propia conclusión del Juzgado, la Sala de suplicación describe en la argumentación arriba transcrita. La notoriedad de la habitualidad y homogeneidad de los trabajos de temporada desempeñados por la hoy demandante durante cuatro veranos consecutivos en el aeropuerto de Ibiza, permitieron sin duda que la actora confiara legítimamente en que volvería a ser llamada en la siguiente temporada, algo –la confianza legítima y la consecuente expectativa razonable del nuevo llamamiento–, que también está ausente en la sentencia referencial, en la que, como antes ha quedado reflejado, tanto la regulación convencional como la práctica empresarial y las muy complejas circunstancias en las que se llevaban a cabo los llamamientos y su peculiar orden de prelación, en principio, sólo parecen afectar a quienes tuvieran previamente reconocida la condición de fijos discontinuos. Todas esas circunstancias y complejidades de la relación mantenida por la demandante en la sentencia referencial, unidas a la "clara y expresa decisión empresarial de poner fin a la relación, lo que nos aleja de una mera terminación de la temporada" (STS 16-10-2013, R. 3198/12), no concurren en absoluto en la recurrida, en la que, incluso por la notoriedad que la Sala de Baleares atribuye a la estacionalidad veraniega en el aeropuerto de Ibiza, resultaba razonable entender a la hoy actora, sin competencia o incidencia alguna respecto a cualquier otro trabajador de la empresa en similares circunstancias, que sería objeto, como en los cuatro veranos anteriores, de un nuevo llamamiento. Las diferencias, pues, que dotan de coherencia y razonabilidad a ambos pronunciamientos, impiden apreciar la contradicción.

Por todo ello, como esta Sala ha declarado en situaciones similares (por todas, STS 13-2-2012, R. 550/2011), las soluciones a las que llegaron las sentencias recurrida y de contraste, si bien son distintas en cuanto a la conclusión final adoptada sobre la naturaleza de los sucesivos contratos y sobre los consecuentes efectos sobre la caducidad de la acción de despido, realmente no son en absoluto contradictorias, pues sus pronunciamientos diversos se basaron en situaciones de hecho muy diferentes.

Esas heterogéneas situaciones pudieron conducir en su día a la inadmisión de este recurso de casación para la unificación de doctrina por ausencia de contradicción, pronunciamiento que en este trámite procesal se ha de transformar en desestimación del recurso, sin imposición de las costas a la parte recurrente en razón a que la recurrida ni siquiera se personó en este trámite (art. 235.1 LRJS), decretándose la pérdida del depósito constituido para recurrir, a la que, como a la consignación, se le dará el destino legal.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de MULTISERVICIOS AEROPORTUARIOS, S.A., contra la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en el recurso de suplicación núm 442/2012 formulado frente a la sentencia de fecha 19 de enero de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ibiza , en autos núm. 635/2011 seguidos a instancia de DOÑA Bibiana contra MULTISERVICIOS AEROPORTUARIOS, S.A., y EMPLEO A TIEMPO ETT, S.A., sobre despido. Sin costas en este trámite pero decretándose la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que, como a la consignación, se le dará el destino legal.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.