



Roj: **STS 1832/2008 - ECLI:ES:TS:2008:1832**

Id Cendoj: **28079140012008100140**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2008**

Nº de Recurso: **3643/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS GIL SUAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 6535/2006,**
STS 1832/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Letrada doña María Jesús Herrera Duque en nombre y representación de la empresa Port Aventura, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 13 de junio de 2006, recaída en el recurso de suplicación num. 510/2006 de dicha Sala, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona, dictada el 5 de julio de 2005 en los autos de juicio num. 158/05, iniciados en virtud de demanda presentada por doña María Rosa contra Port Aventura, S.A., y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido improcedente.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. LUIS GIL SUÁREZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a María Rosa presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de Tarragona el 2 de marzo de 2005, siendo ésta repartida al nº 1 de los mismos, en base a los siguientes hechos: La actora trabaja para la demandada con la categoría profesional de artista-bailarina desde el 1 de junio de 1998, y durante las temporadas 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 suscribieron diversos contratos de trabajo temporales "por tiempo determinado", el último de ellos finalizado el 14 de noviembre de 2004. En la temporada 2005 la actora se puso en contacto con la empresa para ponerse a su disposición y la empresa le comunicó de forma verbal que ya no la contratarían, lo que entendió la actora como un despido improcedente. Se termina suplicando en la demanda se dicte sentencia en la que se declare la improcedencia del despido, y se condene a la empresa a optar entre la readmisión en su puesto de trabajo o a indemnizarla con la cantidad que legalmente le corresponda, y en todo caso le sean abonados los salarios de tramitación.

SEGUNDO.- El día 4 de julio de 2005 se celebró el acto de juicio, con la participación de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a estas actuaciones.

TERCERO.- El Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona dictó sentencia el 5 de julio de 2005 en la que desestimando la excepción de falta de acción alegada por la empresa demandada, se estimó la demanda interpuesta por la Sra. María Rosa y se declaró la improcedencia del despido, condenando a la demandada a que, a su opción, readmitiera a la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le abonara una indemnización de 6.651,06 euros, y en cualquier caso al abono de los salarios de tramitación. En esta sentencia se declaran los siguientes HECHOS PROBADOS: "1º).- La actora Dña. María Rosa, ha prestado servicios para la demandada PORT AVENTURA, S.A., ostentando la categoría profesional de Artista (Bailarina), percibiendo un salario anual de 17.256,80.- euros con inclusión de pagas extraordinarias y mensual



de 1438,07.- euros. (hecho no cuestionado por la parte demandada); 2º).- La demandante ha venido prestando servicios para la demandada, en los siguientes períodos: -Desde el 01-06-1998 al 13-09-1998 en el espectáculo del Salón. -Desde el 22-02-1999 al 1-11-1999 en el espectáculo del Salón. -Desde el 14-02-2000 al 04-11-2000 en el espectáculo del Salón. -Desde el 19-02-2001 al 04-11-2001 en el espectáculo del Salón. -Desde el 18-02-2002 al 03-11-2002 en el espectáculo del Templo Mágico. -Desde el 08-11-2002 al 06-01-2003 en el espectáculo del Templo Mágico. -Desde el 09-06-2003 al 05-10-2003 en el espectáculo del Templo Mágico. -Desde el 08-10-2003 al 12-10-2003 en el espectáculo del Templo Mágico. -Desde el 15-11-2003 al 18-11-2003 en el espectáculo de Animación de calle. -Desde el 22-03-2004 al 07-11-2004 en el espectáculo del Templo Mágico. -Desde el 12-11-2004 al 14-11-2004 en el espectáculo del Templo Mágico. En cada uno de los años referidos, la actora y la demandada formalizaron un contrato de trabajo de Artistas Profesionales al amparo del R.D. 1435/85 . A la finalización de cada contrato, la demandante percibía la correspondiente liquidación de partes proporcionales dejando de prestar servicios para la demandada. Contratos de trabajo que obran en autos aportados por la parte actora y de la demandada, y que se tienen íntegramente por reproducidos a los efectos de su integración en el presente relato fáctico. (docum. nº 4 de la empresa demandada y docum. nº 1 a 15 de la actora, confesión actora y demandada); 3º).- La empresa demandada explota el parque temático del mismo nombre, en el que se ofrecen al público atracciones y espectáculos varios para el entretenimiento y diversión de los visitantes, durante la temporada de apertura al público del mismo. La demandada tiene una variedad a lo largo de toda la temporada, de por lo menos 51 espectáculos. (docum. nº 8 de la demandada y contestación a la demanda); 4º).- La demandante en la temporada 1998 al 2001 fue asignada para realizar actuaciones como bailarina en el Salón, en el espectáculo denominado "Salón Can Can", si bien cambió de denominación en el 2000-2001 (Un Héroe para Penitence), realizándose en dicho espectáculo cuatro coreografías, siendo similares a las realizadas en el año 2004 y 2005 (Gold Feber, Vaqueras, Sexy y Can Can). A partir de la temporada 2002 y hasta la finalización de la temporada 2004, ha realizado actuaciones en el espectáculo denominado "Templo Mágico", salvo actuación complementaria en animación de calle en el período de la temporada de Halloween. En sus actuaciones realizadas en el espectáculo en el Templo Mágico, se componía básicamente de dos variedades, la denominada "Fantasía Mágica de China" (Luz Negra) y el del "Misterio de Jing Chou"- Dichos espectáculos y durante el tiempo que la actora ha prestado servicios, se han realizado sin variaciones ni cambios puntuales de guión, música o coreografía, realizándose la actividad artística con el mismo tipo de música, baile y manipulaciones de elementos (abanicos, peces, gusanos, etc.). En dichos espectáculos se realizaban aproximadamente nueve juegos, que son los que se realizaban en la temporada 2003 hasta el 2005, salvo el cambio en uno de ellos (Mesa de aparición de mago. Juego de pañuelos y aparece paloma en chaqueta de mago. Bandeja de fuego para aparición de paloma. Origami. Juego de pañuelos para aparición de paloma en jaula. Desaparición de palomas con mesa hidráulica. Levitación mago. Compresión. Juego de monedas con champanera. Baúl de tres). En la temporada 2005 en el espectáculo del Templo Mágico ha habido algunos cambios en la banda sonora y coreografía. (testifical Sra. Milagros , Sra. Marí Luz , Sra. Begoña y Sra. Gabriela); 5º).- La empresa demandada tiene regulado un convenio colectivo propio de empresa, que obra en autos y se tiene por reproducido. (hecho no cuestionado); 6º).- La demandante insta la presente demanda al considerar que al ser fija discontinua, fue objeto de un despido verbal por el responsable creativo de espectáculos el pasado día 8-2-2005, al ofrecérsele el puesto de trabajo como reserva a partir de junio, solicitando se declare el despido improcedente al ostentar la cualidad de fija discontinua. El responsable creativo de espectáculos Sr. Luis , le manifestó a la actora que no empezaría la temporada en marzo de 2005. (confesión demandada, confesión actora); 7º).- La temporada empezó el 18-3-2005, iniciando previamente la empresa los trabajos de planificación para los diversos espectáculos a finales de septiembre, a fin de efectuar cambios y realizar múltiples pruebas o "castings" para la contratación de artistas, que finalizaron a mediados de enero, efectuándose las llamadas para la temporada entre mediados de enero y mediados de febrero para realizar ensayos y ser contratados, si bien algunas bailarinas que prestaban servicios en el espectáculo del "Temple Màgic", fueron llamadas el 7-3- 2005. (Sentencia de este Juzgado de 26-5-2005, autos 236/2005); 8º).- La actora no ostenta ni ha ostentado durante el último año, cargo representativo o sindical; 9º).- Se intentó la conciliación ante el organismo público competente el 17-3-2005, que tuvo lugar sin avenencia, según papeleta presentada el 2-3-2005."

CUARTO.- Contra la anterior sentencia, la actora y PORT AVENTURA S.A formularon recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 13 de junio de 2006 , desestimó los recursos interpuestos y confirmó la sentencia recurrida.

QUINTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social de Cataluña, Port Aventura, SA, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en los siguientes motivos: 1.- Contradicción de la sentencia recurrida con las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2004 y la de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de fecha 15 de junio de 2004 . 2.- Infracción del art. 5 del RD 1435/85 de 1 de agosto por interpretación errónea en relación



con la infracción del Convenio Colectivo de la Empresa en su artículo 2 , en relación con los arts. 2.5, 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores , e infracción de los artículos 15, 55 y 56 de la misma norma.

SEXTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente tal recurso.

SÉPTIMO.- Se señaló para la votación y fallo el día 8 de enero de 2008, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora prestó servicios para la empresa Port Aventura SA, como Artista, bailarina, en virtud de sucesivos contratos de carácter temporal, concertados conforme al Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto , regulador de la relación laboral de carácter especial de artistas en espectáculos públicos. La actora inició su prestación de servicios el 1 de junio de 1998, habiendo trabajado durante los períodos de tiempo y en los espectáculos de la citada empresa que se detallan en el hecho probado segundo de autos.

La temporada del año 2005 de la entidad demandada se inició el 18 de marzo del 2005. En los meses anteriores a esta fecha la empresa realizó "múltiples pruebas o castings para la contratación de artistas". Las llamadas a los artistas para que iniciasen su trabajo, realizando los correspondientes ensayos de cara a esa temporada del 2005, se llevaron a cabo en los meses de enero y febrero de ese año; efectuándose la contratación de los artistas en esas mismas fechas.

A la actora no se le ofreció ningún puesto de artista titular para que realizase actuaciones desde el inicio de dicha temporada. Únicamente se le ofreció el 8 de febrero de dicho año un puesto de reserva, que además sólo iniciaría su actividad a partir del mes de junio.

La demandante consideró que tal modo de proceder era un verdadero despido, pues, en su opinión, el vínculo que le unía a la referida empresa desde el comienzo del mismo, era de carácter fijo discontinuo.

Por eso, el 2 de marzo del 2005 la actora presentó la demanda de despido origen de estas actuaciones ante los Juzgados de lo Social de Tarragona.

El Juzgado de lo Social num. 1 de Tarragona dictó sentencia con fecha 5 de julio del 2005 en la que estimó la demanda mencionada, declaró la improcedencia de dicho despido y condenó a la empresa demandada al cumplimiento de las obligaciones que la ley establece como consecuencia de esta declaración. Esta sentencia calificó la relación laboral de la actora como fija discontinua, y por eso concluyó que se había producido el despido improcedente de dicha demandante. Tanto ésta como la empresa demandada interpusieron recurso de suplicación contra la citada sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona, y la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en sentencia de 13 de junio del 2006 , desestimó estos dos recursos y confirmó dicha sentencia de instancia.

SEGUNDO.- La empresa formuló contra esta sentencia del TSJ de Cataluña el recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora se analiza. En este recurso se alega, como contraria, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo del 2005 . En esta sentencia se trata de un caso muy semejante al de autos, pues también se examinó el despido de un artista contratado por la empresa Port Aventura SA para actuar en los espectáculos y actividades que se llevan a cabo en el parque temático que esta empresa explota en Tarragona, habiendo sido contratado aquel artista en varias temporadas sucesivas de modo similar a como lo fue la demandante del actual proceso. Llegado el inicio de una temporada determinada, no fue llamado el trabajador allí demandante, por lo que éste presentó demanda de despido, que dio lugar al litigio resuelto por esa sentencia referencial. Esta sentencia consideró que se trataba de contratos temporales, sin que allí se pudiese aplicar la regla "excepcional de la fijeza discontinua", y por ello desestimó la demanda de despido allí ejercitada.

Existe, por tanto, contradicción entre estas dos sentencias confrontadas, pues, refiriéndose a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, llegan a soluciones opuestas.

TERCERO.- Para dar solución a la problemática que se plantea en la presente litis hemos de tener en cuenta la doctrina sentada por esta Sala en sus sentencias de 15 de julio del 2004 (rec. 4443/2003) y 17 de mayo del 2005 (rec. 2700/2004), que se recoge en los siguientes párrafos; siguiendo lo que esta última expresa.

"I. Para resolver la cuestión planteada hay que partir de que nos encontramos ante una relación especial de trabajo que, conforme al art. 2.1.e) ET , se rige con carácter preferente por lo dispuesto en el Real Decreto 1435/1985 que la regula, y sólo con carácter supletorio por las previsiones del Estatuto de los Trabajadores (arts. 2 del ET y 12 del Real Decreto).



La primera previsión del Real Decreto que aquí interesa, aparece en su 5.1 : "El contrato de trabajo de los artistas en espectáculos públicos podrá celebrarse para una duración indefinida o determinada. El contrato de duración determinada podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel. Podrán acordarse prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada, salvo que se incurriese en fraude de ley". Es doctrina de esta Sala, establecida en las sentencias de 23-2-91 (rec. 854/90) y 24-7-96 (rec. 3636/96) que tal previsión modifica sustancialmente el régimen jurídico de los contratos temporales del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores puesto que, frente a la regla general estatutaria de contratación por tiempo indefinido y la excepción de la contratación temporal, el art. 5.1 admite la contratación temporal como regla general. Es claro pues que, de acuerdo con dicha previsión, la sucesiva contratación temporal de los actores habría ya de calificarse como ajustada a derecho al igual que los ceses producidos al finalizar cada una de las temporadas."

"II. Ahora bien, el art. 5 del Real Decreto añade en su apartado 2 que: "Los contratos de los trabajadores fijos discontinuos y las modalidades del contrato de trabajo se regirán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores". Esta doble previsión del precepto convencional, aceptando como regla general la contratación temporal y admitiendo la posibilidad de artistas fijos discontinuos con remisión a la regulación estatutaria, exige su interpretación coordinada atendiendo a la finalidad y naturaleza de cada una de ambas previsiones. Y ello conduce a afirmar que la regla general de la temporalidad del art. 5.1 tiene su razón de ser en las propias peculiaridades de la actividad del trabajo de los artistas, tanto referidas a la propia persona del artista – que exige de una aptitud y cualificación especiales en permanente renovación –, como de la propia actividad y el marco en que se desarrolla – sometidas a constantes cambios e innovaciones –, lo que haría disfuncional la regla de la contratación con carácter fijo. Mientras que la aceptación de la fijeza discontinua se justifica por la existencia de trabajos de temporada que se repiten de forma intermitente o cíclica en su identidad (sentencias de 7-7-03 rec. 4185/00) y 22-3-04 rec. 349/02, por todas)."

"III. Podría parecer que las dos modalidades contractuales previstas en el art. 5 se excluyen mutuamente, pues si el trabajo de los artistas se admite como temporal por su carácter cambiante, y la fijeza discontinua se obtiene por la reiteración de una misma u homogénea actividad, la conclusión lógica sería entender que no puede existir fijeza en la relación de los artistas. Sin embargo, lo que el legislador no ha querido descartar es que (art. 5.2) existan artistas que sean contratados para una actividad artística reiterada y no cambiante; mas se trata de un supuesto que, como excepción a la regla general del 5.1, debe ser interpretado restrictivamente."

"IV. Esta previsión legislativa no resulta mejorada ni modificada por el Convenio Colectivo de la empresa, pues su art. 2 reitera que "la relación laboral de los artistas que presten sus servicios en el parque se regulará por lo dispuesto en el Real Decreto 1435/85, de 1 de agosto , por su contrato de trabajo, y supletoriamente por lo establecido en el Convenio Colectivo". Y por su parte el art. 28, después de señalar en el apartado 1 que "la empresa podrá utilizar cualquiera de las modalidades de contratación que la legislación vigente en cada momento permita, sin más limitaciones que las derivadas de su propia naturaleza y finalidad", se limita a decir en el apartado 3 que "el personal contratado para prestar sus servicios durante el período de apertura del Parque, cubriendo las necesidades habituales derivadas de su normal funcionamiento, estará vinculado a la Empresa, con carácter general, a través de un contrato fijo discontinuo"."

CUARTO.- Para aplicar la doctrina que se acaba de reseñar al caso de autos hay que tener en cuenta los siguientes datos y consideraciones:

1).- En el hecho probado segundo de autos se determinan los períodos de tiempo en que la actora prestó servicios para la empresa demandada, y además "se tienen íntegramente por reproducidos a los efectos de su integración en el presente relato fáctico" los contratos de trabajo de la demandante, los cuales obran en autos en los ramos de prueba tanto de ésta como de la empresa demandada.

En todos y cada uno de esos contratos se fijó la duración temporal de los mismos, determinando en su "cláusula (1)" el período concreto a que extendía tal duración, de fecha a fecha. Así en el primero de los contratos concertados por la demandante se contenía la siguiente "cláusula (1)": "El presente contrato se pacta por tiempo determinado iniciando su vigencia el día 8/06/98 , y concluyendo el día 13/09/98". En todos los demás contratos se contiene una "cláusula (1)" con idéntica redacción a la expresada, variando únicamente las fechas de vigencia de cada uno de esos contratos.

El art. 5-1 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto , que regula la relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos, establece que "el contrato de duración determinada podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel". Es obvio que todos los contratos de la actora fueron concertados "por un tiempo cierto" (aunque en bastantes casos, no en todos, ese tiempo cierto coincidiese aproximadamente con una temporada), con lo



que es indiscutible que todos ellos se incardinan en el supuesto que se acaba de reseñar del art. 5-1 , y por tanto son todos ellos contratos de duración determinada.

Los vínculos laborales de la demandante se encuentran, por tanto, en el ámbito propio de la regla general que, según la jurisprudencia citada, rige en la relación laboral especial de que tratamos: la contratación temporal o por tiempo determinado. Por consiguiente, no nos encontramos, en absoluto, ante un nexo contractual fijo, ni continuo ni discontinuo.

2).- Es verdad que el art. 5-2 del Real Decreto 1435/1985 mencionado dispone que "los contratos de los trabajadores fijos de carácter discontinuo ... se regirán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores". Pero esta disposición no altera la conclusión expuesta en el número inmediato anterior, como ponen en evidencia los siguientes razonamientos:

2.1.- Como han destacado las dos sentencias de esta Sala consignadas en el fundamento de derecho precedente, la figura del trabajador fijo discontinuo en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial constituye una excepción a la regla general que en el mismo rige, la cual regla general consiste en la temporalidad de los contratos. Y tal excepción, ha de ser interpretada restrictivamente.

Por ello, si el contrato de que se trata encaja perfectamente en el campo propio de esa regla general, como acontece en el caso de autos según se acaba de ver, no es posible, en forma alguna, calificarlo de contrato fijo discontinuo, aunque se refiera a una actividad que pudiera tener carácter cíclico.

2.2.- Como venimos repitiendo, en el área de esta relación laboral de carácter especial de los artistas la regla general es la temporalidad de los contratos de trabajo que en tal área se concierten; pero la excepción a esta regla general no sólo está integrada por los contratos fijos discontinuos, si no también por las contrataciones fijas de carácter continuo, es decir toda contratación fija o indefinida, tenga carácter continuo o discontinuo, se configura en esta relación laboral especial como excepción a esa regla general. Esto supone que así como en el ámbito de esta especial relación laboral, cuando se trata de una actividad continua de la empresa, se permite perfectamente la concertación de contratos temporales de acuerdo con lo que establece el art. 5-1 del Real Decreto 1435/1985 ; lo mismo sucede cuando se trata de una actividad discontinua; y por ende también en este último supuesto es totalmente admisible la contratación temporal que se acomode a lo que dispone este art. 5-1 . Sería absurdo y carente de base y de razón permitir la contratación temporal de acuerdo con este precepto en los casos de actividades continuas, y no permitirla en cambio en las actividades discontinuas.

De ahí que, cualquiera que sea la calificación que se aplique a la actividad y trabajos desarrollados por la demandante, sus contratos de trabajo siempre han sido contratos de carácter temporal lícitamente concertados, al haberse efectuado de acuerdo con los mandatos del citado art. 5-1 .

2.3.- La sentencia recurrida funda la condición de fijeza discontinua que asigna al nexo laboral de la actora en el hecho de que desde el contrato de ésta "que se inició el 8.2.02 ha trabajado siempre en el mismo espectáculo realizando idénticas funciones, por lo que nada impedía a partir del segundo espectáculo su contratación como fija discontinua". No puede aceptarse este criterio de la sentencia recurrida.

Tal criterio es totalmente contrario a las razones expuestas en los puntos anteriores, y por consiguiente infringe flagrantemente el art. 5-1 del RD 1435/1985 . La regla general de temporalidad que este precepto establece, admitiendo la plena licitud de los contratos temporales "para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel", cuando así se disponga en el contrato, se aplica siempre en el ámbito de esta relación laboral especial de los artistas, tanto se trate de actividades continuas como discontinuas; no existiendo razón alguna para dejarla de aplicar en el caso de actividades de carácter discontinuo. El número 1 del art. 5 mencionado no establece ninguna exclusión ni distingo a su mandato, y por eso no es, en absoluto, aceptable dejar de aplicarlo en razón a considerar que los trabajos desarrollados por el interesado sean de carácter discontinuo. La referencia que el número 2 de este artículo hace a los trabajadores fijos discontinuos, no impide en forma alguna la aplicación de lo que dispone el mencionado número 1, cuando en el contrato se impone alguna de las modalidades de temporalidad que este número 1 admite, ni tampoco dicho número 2 estatuye ninguna excepción con respecto a éstas.

Así pues, la tesis de la sentencia recurrida vulnera de forma palmaria el art. 5-1 comentado.

2.4.- Es más, ni siquiera es posible afirmar que los trabajos desarrollados por la actora a partir del 8 de febrero del 2002 fuesen de carácter fijo discontinuo. Según la sentencia recurrida, la demandante desde esa fecha "ha trabajado siempre en el mismo espectáculo"; lo cual no es muy exacto pues según el hecho probado segundo "desde el 15-11-2003 al 18-11-2003" trabajó "en el espectáculo de Animación de calle". Pero aún admitiendo la veracidad de esa afirmación, lo único que resulta es que durante tres temporadas consecutivas la demandante trabajó en el mismo espectáculo (el denominado "Templo Mágico"), pero difícilmente se puede sostener que un trabajo de esa clase tenga que ser necesariamente calificado como fijo discontinuo, por el



simple hecho de repetirse en tres temporadas seguidas. Además en la sentencia recurrida no hay dato alguno, ni siquiera de carácter indiciario, que permita afirmar que la repetición de ese concreto espectáculo responde a la propia naturaleza de la actividad que constituye el objeto esencial de la compañía Por Aventura SA. Al contrario, el hecho probado tercero reconoce la amplia variedad de espectáculos que esta empresa imparte a lo largo de cada temporada, precisando a tal respecto que normalmente en cada temporada se realizan "por lo menos 51 espectáculos" distintos. Esto pone de manifiesto que cada obra o espectáculo puede dejar de ser representado cuando así lo decida la empresa, según su conveniencia o intereses, y que, por consiguiente, si por la concurrencia de una serie de circunstancias favorables una de esas obras o espectáculos es mantenida varias temporadas seguidas, no por ello tal actividad (la desplegada en esa concreta obra o espectáculo) adquiere la condición de fija discontinua. Para que un determinado trabajo tenga la cualidad de fijo discontinuo es necesario que esté adornado de un cierto carácter de permanencia o subsistencia a lo largo de los años, carácter que no hay razón alguna para asignarlo a la actuación de la demandante en el espectáculo "Templo Mágico", por la circunstancia de haberse repetido tres temporadas consecutivas.

Por tanto, la actora no puede ser tenida como trabajadora fija discontinua, con lo que quiebra por completo la tesis que sostiene la sentencia del TSJ de Cataluña contra la que se dirige el presente recurso.

2.5.- Como ya se ha explicado, el art. 5-1 del Real Decreto 1435/1985 admite cuatro variantes o modalidades de contrato temporal, a saber: a).- "para una o varias representaciones"; b).- "por un tiempo cierto"; c).- "por una temporada"; y d).- "por el tiempo que una obra permanezca en cartel".

En primer lugar se destaca que si este precepto admite explícitamente el contrato temporal "por una temporada", lo lógico es deducir que esta específica modalidad es perfectamente aplicable a aquellas representaciones artísticas o espectáculos que duren varias temporadas, pudiendo por ende en tales casos reducirse la duración del contrato de trabajo a una sola de esas temporadas, aunque el espectáculo perdure una o varias temporadas más. Y este dato hace lucir con toda nitidez que, para la norma que se comenta, el simple hecho de que una obra o espectáculo se repita durante varias temporadas, no le otorga el carácter de trabajo fijo discontinuo.

De acuerdo con el texto de este precepto, es claro que si una determinada representación se mantiene varias temporadas, incluso muchas, para que el artista tenga derecho a que su contrato siga vigente en todas esas temporadas, es necesario utilizar al concertar tal contrato la modalidad recoge en el apartado d) anterior, es decir, se tiene que establecer en él que su duración será la del "tiempo que la obra permanezca en cartel". Esta prescripción del art. 5-1 de una razón más evidenciadora del error de la tesis que mantiene la sentencia recurrida, pues hace lucir que la mera pervivencia de una misma obra durante varias temporadas no otorga derecho alguno a los artistas que intervienen en ella; para que estos tengan derecho a que su contrato dure lo que dura la obra o espectáculo de que se trate, es obligado que tal contrato haya sido concertado bajo la citada modalidad que se recogió en el apartado d) anterior.

Es evidente que las partes que pactan el contrato de trabajo de un artista son totalmente libres para elegir, entre las cuatro variantes o modalidades de temporalidad que señala el art. 5-1, la que les parezca más conveniente, sin que las condiciones y características de tal contrato impongan ningún límite ni restricción a esa libertad. Por ello lo que las partes expresen en el contrato, acomodándose a lo que dispone el tan repetido art. 5-1, será la regla esencial determinante de la duración del mismo. Y como todos los contratos de autos, concertados por la actora y Port Aventura, fueron pactados "por un tiempo cierto", como ya se vio, no cabe duda del carácter temporal de los mismos, y de la inexistencia del pretendido despido de la actora.

3.- El art. 28-3 del Convenio Colectivo de Port Aventura dispone que "el personal contratado para prestar servicios durante el período de apertura del Parque, cubriendo las necesidades habituales derivadas de su normal funcionamiento, estará vinculado a la empresa, con carácter general, a través de un contrato fijo discontinuo". Las sentencias de esta Sala ya citadas de 15 de julio del 2004 y 17 de mayo del 2005, con respecto a este precepto han establecido: El citado "Convenio Colectivo rige solo como supletorio (art. 2) de lo dispuesto en el Real Decreto de 1985 y por lo tanto como norma que no modifica lo previsto en aquél. Y, además, que la previsión de fijeza discontinua se refiere solo al personal que cubre las necesidades habituales derivadas del normal funcionamiento del Parque, es decir al personal de mantenimiento y en su caso, excepcionalmente a los artistas que cada año desempeñen las mismas funciones por ser éstas habituales en el parque". Estas consideraciones jurisprudenciales son totalmente aplicables al caso de autos, y por ello resulta obvio que lo que dispone este precepto convencional no desvirtúa ni desmonta, en modo alguno, las conclusiones que se ha expuesto en los párrafos anteriores de esta sentencia.

QUINTO.- Procede, en consecuencia y en armonía con el dictamen del Ministerio Fiscal, acoger favorablemente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Port Aventura SA, y por ello casar y anular la sentencia recurrida. Y resolviendo el debate planteado en suplicación se debe desestimar íntegramente



la demanda origen de estas actuaciones, y absolver a la empresa demandada referida de las pretensiones deducidas en su contra.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Letrada doña María Jesús Herrera Duque en nombre y representación de la empresa Port Aventura, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 13 de junio de 2006, recaída en el recurso de suplicación num. 510/2006 de dicha Sala, y en consecuencia casamos y anulamos la mencionada sentencia de la Sala de lo Social de Cataluña. Y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos la demanda origen de este proceso, formulada por María Rosa, y absolvemos a la empresa demandada Port Aventura SA, de las pretensiones deducidas en su contra en tal demanda. Sin costas.-

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 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. Luis Gil Suárez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.