



Roj: **STSJ NA 149/2013 - ECLI:ES:TSJNA:2013:149**

Id Cendoj: **31201340012013100130**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **15/05/2013**

Nº de Recurso: **76/2013**

Nº de Resolución: **131/2013**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **VICTORIANO CUBERO ROMEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Pamplona/Iruña, núm. 2,  
STSJ NA 149/2013**

**ILMO. SR. D. VICTOR CUBERO ROMEO**

**PRESIDENTE**

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup>. CARMEN ARNEDO DIEZ**

**ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI**

En la Ciudad de Pamplona/Iruña , a QUINCE DE MAYO de dos mil trece.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A N<sup>o</sup> 131/2013**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA MARIA CHOUZA FIGUEROA , en nombre y representación de DOÑA Loreto , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social N<sup>o</sup> 2 de Pamplona/Iruña sobre DESPIDO, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON VICTOR CUBERO ROMEO , quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Ante el Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> Dos de los de Navarra, se presentó demanda por D<sup>a</sup> Loreto , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que estimando la demanda, declare que la actora ha sido despedida improcedentemente, por falta de llamamiento y condene a las empresas demandadas a estar y pasar por tal declaración y a optar entre readmitir a la actora en su puesto de trabajo o a indemnizarle con la cantidad legalmente establecida en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores en su redacción anterior al R.D.L. 3/2012, de 10 de febrero abonándole así mismo, los salarios dejados de percibir en la presente temporada esto es, desde el 2 de enero de 2012, con todo lo demás que en derecho proceda.

**SEGUNDO:** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el Sr. Secretario. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

**TERCERO:** Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que desestimando la demanda interpuesta por Loreto frente a SMOBY ESPAÑA SA y UNICE TOYS SL debo absolver a las



demandadas de los pedimentos frente a ella actuadas. SE tiene por desistida a la parte actora frente a UNICE, SA."

**CUARTO:** En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.- La actora ha venido prestando servicios para las empresas demandadas, como trabajadora fija-discontinua, con antigüedad de 18 de Febrero de 1993, con categoría profesional del Grupo 2 y salario diario, con inclusión de las pagas extraordinarias, de 65,52. La actora fue contratada por la empresa UNICE, S.A., si bien con posterioridad fue absorbida por subrogándose en su contrato SMOBY ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL en febrero de 2003 y con posterioridad por UNICE TOYS, S.L. el 5 de marzo de 2010. (informe de vida laboral y documental SEGUNDO.- Obran en los autos la lista de periodos trabajados para la empresa demandada que se dan por reproducidos, hecho cuarto de la demanda, y que hacen un total de 4116, días desde el primer llamamiento. El 18 de julio de 2009 inicio una excedencia voluntaria y vuelve de nuevo a trabajar en el año 2011; del 15 de febrero de 2011 al 6 de julio de 2011. (Conforme) TERCERO.- La empresa se dedica a la actividad de fabricación y comercialización de balones de PVC y de juguete y el centro de trabajo se encuentra ubicado en Villatuerta. (Conforme) CUARTO.- Obra en autos el listado del personal fijo-discontinuo de la empresa. La demandante ocupa el puesto número 7. La forma de proceder al llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos ha sido habitualmente la siguiente: la empresa, a principios de año, tras acudir a las ferias de juguete ya tenía la previsión de unidades que se debían producir. Partiendo de las previsiones y de los pedidos, el Departamento de Producción estimaba el número de personas necesarias para atender a la producción prevista. Normalmente se necesitaban no sólo al personal fijo, un número determinado y variable nº personal fijodiscontinuo. y en algunos casos personal eventual. El Departamento de Recursos humanos se ponía en contacto con la asesoría para el llamamiento del personal fijo discontinuo según el orden que figura en la misma (testifical Ignacio , encargado de las contrataciones laborales de la empresa). QUINTO.- La actividad de la empresa consiste en la fabricación y comercialización de distintos productos y juguetes. Dentro de los productos que comercializa la empresa el único que fabrica en el centro de trabajo de Villatuerta son los balones y pelotas hinchables de PVC. La actividad comercial de la empresa es más amplia ya que compra productos de terceras empresas, con la correspondiente licencia, y los vende junto con los productos de fabricación propia (tablas de surf, balones de cuero, mochilas, etcétera). Las labores consiste en la fabricación de los balones y pelotas hinchables de PVC y en la preparación de todos los productos que comercializa la empresa, dejándolos listos para su expedición. Así, proceden al hinchado de balones, enmallado de productos, preparación de lotes en los que se combinan distintos productos, etc. Obra en autos el catálogo de la empresa para el año 2012, cuyo contenido se da por reproducido. SEXTO.- La carga de trabajo de la empresa UNICE TOYS S.L. se ha reducido por las inversiones realizadas, que han permitido automatizar parte de las tareas, y por el descenso de producción. (testifical Ignacio ) Obra aportado a los autos documento nº 2 sobre las ventas del producto propio de la demandada, donde se observa una línea descendiente, documento que se da por reproducido. SEPTIMO.- En el año 2010 la empresa tuvo noticia de que una empresa que fabricaba cubos de plástico playeros, palas y rastrillos, mediante inyección, había cerrado y desaparecía. La empresa vio la posibilidad de ampliar el negocio, bien fabricando directamente esos productos, bien subcontratando la fabricación y dedicándose a su comercialización y exportación. A tal efecto, a finales del año 2010 adquirió la licencia y las máquinas a dicha empresa de Zaragoza. UNICE TOYS, S.L., tras estudiar la cuestión, decidió no fabricar con sus medios propios estos juguetes de plástico por inyección debido, por una parte, al elevado coste económico y actividad nunca ha sido la fabricación mediante inyección, decidió encargar la fabricación a una tercera empresa y dedicarse a comercializar los productos ya elaborados. A tal fin llegó a un acuerdo con la empresa Inyecciones Termoplásticas Nicoplast, S.L. domiciliada igualmente en Villatuerta y que se dedica a la fabricación de artículos semielaborados y acabados de materias plásticas, así como al transporte de servicio público de mercancías por carretera y ambas empresas suscribieron un contrato el 1 de noviembre de 2010 en virtud del cual la empresa UNICE TOYS, S.L. cedió a Inyecciones Termoplásticas Nicoplast, S.L. las máquinas, instalaciones y moldes necesarios para la producción de los elementos de plástico que se iban a adquirir. En el contrato se indicó que la cesión se realizaba para la producción de elementos para UNICE. A partir de esa fecha la empresa Nicoplast comenzó a fabricar las piezas de plástico y a realizar el ensamblaje del conjunto, actividad para la que contrataba a sus propios trabajadores. los productos elaborados en Nicoplast (cubos, rastrillos, palas, moldes, etc.) debían enviarse a UNICE TOYS, S.L. para su embalaje y posterior expedición como producto UNICE, la fabricación del producto se realizaba en la sede de Nicoplast, S.L. pero que su enmallado se realizara por medio de dos máquinas enmalladoras, propiedad de Nicoplast, en una nave anexa a UNICE TOYS, S.L con sus trabajadores. Obra en los autos el contrato de arrendamiento de dicha nave. que se da por reproducido. (Documental, doc 3,6 y 7 del ramo de prueba de la demandada y testifical de Ignacio ). OCTAVO.- Estos productos cubos de plástico, palas y rastrillos nunca han sido fabricados por la demandada ni han trabajado nunca en ellos personal fijo o fijo discontinuo ni eventuales de la empresa demandada y tampoco en el enmallado ,aunque este se hacia en una nave anexa por los trabajadores de NICOPLAST. reciben las órdenes de trabajo del Gerente de su empresa. (testifical y documental) NOVENO.- El comité de empresa de UNICE TOYS S.L. interpuso una denuncia ante la



Inspección de Trabajo el 10 de enero de 2012, por la existencia de una posible cesión ilegal de trabajadores de la empresa Nicoplast. Obra en autos contestación de la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social de 13 de marzo de 2012 en la que informa al comité de la empresa que se procede al archivo de su denuncia, por entender que no existe cesión ilegal de trabajadores sino una contrata de servicios regulada en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de su derecho a interponer demanda ante la jurisdicción social. El comité de empresa no ha interpuesto ningún tipo de demanda o reclamación frente a la empresa. (doc 4 del ramo de prueba de la demandada). DECIMO.- En el año 2012 (el llamamiento suele ser en el mes de enero o febrero) no han sido llamadas ninguna trabajadora fija discontinua ni contratado personal eventual (conformidad) UNDECIMO.- No hay constancia que el Comité comunicara a las trabajadoras que no se les iba a llamar no les iba a volver a llamar debido a la reorganización del trabajo y a la subcontratación de tareas con Nicoplast. El comité de empresa no había recibido ninguna información de la empresa en ese sentido, ni tampoco las trabajadoras (testifical) DUODECIMO.- La actora no ostenta ni ha ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores. DECIMO-TERCERO.- Celebrado acto de conciliación este concluyo con el resultado que obra en los autos."

**QUINTO:** Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la parte demandante, se formalizó mediante escrito en el que se consignan seis motivos, del primero al quinto al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para revisar los hechos declarados probados, y el sexto amparado en el artículo 193.c) del mismo Texto legal, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

**SEXTO:** Evacuado traslado del recurso fue impugnado por la parte demandada Unice Toys, S.L. no siendo impugnado por la codemandada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Deduce la parte recurrente su primer motivo de suplicación al amparo del artículo 193.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, solicitando modificación de Hechos Probados que refiere al Ordinal Sexto de la sentencia aquí recurrida, para el que propone una nueva redacción expresiva del descenso de la carga de trabajo asumida por la empresa demandada a consecuencia de distintas inversiones realizadas y de la automatización de una parte de la producción como efecto de las mismas, producción que -se dice- ha experimentado un ascenso a lo largo de los ejercicios 2.010 a 2.012, de conformidad con los distintos balances y documentos económico-contables obrantes en el procedimiento.

El sentido de esta modificación consiste, fundamentalmente, en la negación de un extremo relevante que aparece recogido en el Ordinal cuya modificación se solicita, y que consiste en la afirmación de la concurrencia de un efectivo descenso de producción en el ámbito de la empresa demandada, siendo esta aseveración acogida en la sentencia de instancia la que se propone suprimir, contraponiendo los datos contables a que antes se hizo referencia y aislando la automatización parcial de la producción como única causa de la indiscutida reducción de la carga de trabajo pese a la cual, se afirma por la parte, la producción no se ha resentido sino que incluso ha experimentado una evolución ascendente.

Esta formulación negativa encuentra un inconveniente, consistente en la argumentación relativa a la falta de prueba de la existencia de un efectivo descenso productivo. La argumentación de la parte recurrente se articula fundamentalmente sobre esta indicación de ausencia de prueba, basada en la poca fiabilidad que atribuye a la declaración testifical y a la aportación documental de que procede la afirmación de la existencia de un descenso de producción. Entiende en consecuencia esta Sala que la impugnación aquí planteada se pronuncia entonces sobre el fundamento esencial de dicha falta de prueba que, como tal, ha de ser rechazada.

Y ello porque, como es doctrina constante, en este excepcional recurso de suplicación no es posible negar los hechos declarados por el juez de instancia con base en la mera inexistencia de prueba, siguiendo amplia doctrina jurisprudencial reflejada en las sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de septiembre de 2.005 (RJ 2005, 8677) y 26 de marzo de 1.996 (RJ 1996, 2495), y ello porque " *la mera alegación de prueba negativa no puede fundar la denuncia de un error de hecho en casación (sentencia de 26 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6894) y las que en ella se citan)* ". En igual sentido, las sentencias del Tribunal Supremo 14 de enero (RJ 1986, 221), 23 de octubre (RJ 1986, 5886) y 10 de noviembre de 1.986 (RJ 1986, 6306) y 17 de octubre de 1.990 (RJ 1990, 7929).

Por lo tanto, este primer motivo debe ser desestimado.

**SEGUNDO.-** En segundo lugar, y también al amparo del artículo 193.b) de la Ley Jurisdiccional, solicita la parte recurrente nueva modificación fáctica dirigida, en esta ocasión, a los Ordinales Séptimo y Octavo de la sentencia de instancia.



La cuestión que la parte suscita en este segundo motivo queda referida a la relación organizativa-productiva entre la empresa demandada y la mercantil Nicoplast y, específicamente, a las tareas desarrolladas por esta última en relación con los cometidos desarrollados por el personal fijo y fijo-discontinuo de la demandada. Las modificaciones que se pretenden, resumidamente, persiguen la negación de la propiedad de Nicoplast sobre dos máquinas enmalladoras (Hecho Séptimo) y la afirmación de la preexistencia en el seno de la demandada de trabajadores cuya función consistía en el enmallado, empaquetado y expedición de productos, siendo esta función actualmente desempeñada por el personal de Nicoplast (Hecho Octavo).

En primer lugar, debe comenzarse por reseñar que la prueba que la parte recurrente señala como demostrativa de la procedencia de tales modificaciones es, además de otra documental también indicada, la deposición testifical del Sr. Ignacio . Y a este respecto debe establecerse que, de conformidad con constante doctrina, dicha prueba resulta inhábil a los efectos modificativos propios del artículo 193.b) de la Ley Jurisdiccional pues, efectivamente, solo cabe revisar hechos probados en función de pruebas documentales y/o periciales que por su especial fiabilidad y eficacia probatoria acrediten error patente por parte del juzgador a la hora de utilizar las facultades que le reconoce el art. 97.2 de la Ley Jurisdiccional.

Por cuanto afecta a la prueba documental que se señala y particularmente al sentido modificativo que en su sustento pretende la parte, el mismo tampoco puede ser compartido. El enmallado o empaquetado de productos a que se hace referencia debe ser entendido como el tratamiento de los productos playeros que la demandada había comenzado a comercializar en fechas recientes, y para cuya producción se había organizado la relación contractual con la mercantil Nicoplast, cuyo personal (distinto del de la demandada) era quien había de asumir las tareas relativas a estos nuevos productos, incluyendo específicamente su enmallado y empaquetado. Este enmallado y empaquetado son por lo tanto tareas correspondientes de forma particular a esta línea de productos, productos que nunca antes la demandada había fabricado o producido y que actualmente tampoco produce, sino que comercializa una vez fabricados aquellos por Nicoplast. Ello implica igualmente que el personal de la demandada (tanto el fijo como el fijo-discontinuo, y aún el eventual que hubiere podido ser contratado en campañas precedentes) nunca realizó las exactas funciones de enmallado o empaquetado de estos productos, pues los mismos no eran fabricados ni lo habían sido por la demandada. Por el contrario, la sentencia asienta con claridad que lo eran exclusivamente por personal de Nicoplast, y que tal función se llevaba a cabo bajo la organización y dirección autónomas de dicha empresa.

Esta es una conclusión fáctica asentada por la sentencia de instancia y no discutible por razón de la titularidad de las máquinas enmalladoras, del mismo modo que la afirmación que parece desprenderse por parte de la recurrente, relativa a que esas funciones de enmallado y empaquetado se estarían realizando realmente en la empresa demandada, choca con lo afirmado en la sentencia, sin que la documental que se propone evidencie la conclusión que por la misma se induce. Dicha documental obra en los autos, fue aportada debidamente al procedimiento y, en tal calidad, conocida y apreciada por el juzgador *a quo* , sin que en el momento presente la misma pueda ser válidamente invocada como evidencia de conclusiones opuestas a las acogidas en su ponderación, las cuales solamente pueden entenderse como procedentes de una interpretación subjetiva y parcial que no supone la evidencia o la puesta de manifiesto de un patente error probatorio sino la conducción de un resultado fáctico deducido de una voluntad interpretativa que no puede compartirse, ni aceptarse como proposición revisora subjetiva, ni menos aún imponerse sobre la valoración conjunta y objetiva de la prueba acometida y alcanzada, en cumplimiento de los términos del artículo 97.2 de la Ley, por el juzgador de instancia.

A lo anterior, y particularmente por cuanto afecta a la cuestión de la titularidad de las máquinas enmalladoras de que actualmente hace uso Nicoplast, estima la Sala procedente añadir, sin perjuicio de cuanto se razonará en su momento a la hora de abordar las cuestiones jurídicas de fondo articuladas por la parte recurrente en su último motivo suplicatorio, que la cesión o arrendamiento de las repetidas máquinas enmalladoras a Nicoplast no es un dato cuya entidad pueda considerarse definitiva o efectivamente influyente en un sentido jurídico por relación al contenido del fallo. Acaso habrá de ponderarse la realidad - indiscutida- de la organización productiva y comercial que resulta de las relaciones definidas entre Nicoplast y la demandada, y su relevancia particular sobre el propio funcionamiento y organización de esta última. No obstante, esta ponderación, que la Sala expondrá en su momento, atiende a la consideración de qué efectos habrá de reconocerse a la participación de Nicoplast en la actividad productiva y comercial de la demandada por relación a la situación de la actora (así como del resto de trabajadores fijos discontinuos), mas no por referencia forzosa a la situación de titularidad material sobre las dos máquinas que aquí se cuestiona.

Debiendo así desestimarse este segundo motivo del recurso.

**TERCERO.-** También al amparo del artículo 193.b) la parte recurrente solicita nueva modificación de hechos consistente, en esta ocasión, en la adición de un nuevo Ordinal (decimocuarto) expresivo, en la redacción propuesta, de la iniciación por parte de la demandada de un periodo de consultas para la suspensión de los contratos de trabajo de 27 empleados fijos (entre los que no se encontraba la actora), presentando Expediente



de Regulación de Empleo a la Dirección General de Trabajo de Navarra basado en causas productivas y organizativas.

El motivo presente no puede tener favorable acogida.

En primer lugar, y por cuanto afecta a la incorporación a los autos de la documental señalada por la parte, relativa al ya enunciado Expediente de Regulación de Empleo, y que se solicita en invocación de los artículos 233 y 270 de la Ley Jurisdiccional y Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente, la misma debe ser rechazada.

El invocado artículo 233 de la Ley Jurisdiccional permite como excepción la aportación de nuevos documentos al proceso condicionando su viabilidad a que se trate de documentos decisivos para la resolución del recurso, que no hubieran podido aportarse anteriormente al mismo por causas que no le fueran imputables a la parte que los propone. Con independencia, además, de la estricta limitación dispuesta a propósito de los documentos que pueden ser invocados (el precepto habla de sentencias o resoluciones judiciales o administrativas firmes), lo cierto es que esta Sala puede señalar directamente el incumplimiento por la parte recurrente del requisito principal establecido en la Ley, cual es el carácter *decisivo* de los documentos para la resolución del recurso.

La aportación de todo un expediente de regulación iniciado en la empresa demandada no supone un elemento decisivo para la resolución de la cuestión aquí suscitada, pues la actora era una trabajadora fija discontinua y no se encontraba afectada por dicho expediente. Este dato ya debe ser significativo a la hora de evidenciar la ausencia del repetido y sustancial *carácter decisivo* (la cuestión suscitada sigue siendo la misma y presentando las mismas características fácticas y jurídicas en ausencia de dicho expediente), pero además debe también establecerse que la invocación probatoria que la parte efectúa a propósito de esta documental, pretendiéndola acreditativa de la ausencia total de voluntad por parte de la empresa demandada de volver a llamar a la actora tanto en el ejercicio de 2.013 como en el de 2.014 (y, por tanto, de la existencia contraria de un ánimo extintivo de la relación laboral discontinua existente con la actora) exceden de lo razonable. Esa voluntad extintiva que la parte deduce no procede ni puede proceder por sí sola del dato de la existencia de un ERE suspensivo que afecta a otros trabajadores distintos de la actora, debiendo rechazarse la incorporación del nuevo Ordinal solicitado.

El motivo debe, pues, ser desestimado.

**CUARTO.-** Bajo el mismo amparo procesal que los motivos precedentes, solicita la parte nueva modificación fáctica consistente en la adición de un nuevo Ordinal (decimoquinto), expresivo de la aplicabilidad al supuesto presente del Convenio de Industrias Químicas de ámbito estatal.

El motivo debe ser desestimado. La adición solicitada carece de la relevancia mínima imprescindible para dar acceso a la modificación pretendida, pues el suministrado es un dato puramente accesorio que ninguna influencia proyecta sobre el sentido del fallo ni sobre la apreciación de las cuestiones jurídicas de fondo que han de ser tenidas en cuenta. La modificación interesada destaca, además, que el orden de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos no se establece -en el Convenio- por expresa relación al volumen de trabajo sino conforme a criterios objetivos y no discriminatorios, lo que en ningún caso puede asumirse como una obligación empresarial de hacer el llamamiento con independencia del repetido volumen de trabajo.

El motivo debe ser igualmente desestimado.

**QUINTO.-** Propone la parte recurrente un último motivo modificativo que atiende a la adición de un nuevo Ordinal (decimosexto) expresivo de la existencia de una reunión convocada por el Comité de Empresa con los trabajadores fijos discontinuos, en la que se comunicó a estos que la empresa no iba a volverlos a llamar debido a la reorganización del trabajo y a la subcontratación de tareas con la mercantil Nicoplast.

La parte recurrente afirma que este hecho, al margen de ser trascendente, es un hecho no controvertido. La Sala debe disentir claramente en este aspecto.

En primer lugar, porque la accionante no señala documento alguno del que dimanase la afirmación que pretende incorporar al relato histórico de la sentencia. Y en segundo lugar, porque el hecho que se afirma *no controvertido* supone en realidad una negación de lo consignado en el Ordinal Undécimo de la sentencia (que la propia recurrente no ha discutido, pues no ha solicitado su supresión o la modificación de su contenido), el cual indica exactamente lo contrario: que no hay constancia de ninguna reunión entre el Comité y los trabajadores fijos discontinuos de la empresa, así como no la hay de que dicho Comité hubiere sido informado en momento alguno por la dirección de la demandada de ese supuesto propósito de prescindir de la hoy actora y de los demás trabajadores discontinuos. Esta conclusión se reitera, además, en el Fundamento Tercero de la sentencia de instancia.

El motivo debe, pues, ser desestimado.



**SEXTO.-** Al amparo en esta ocasión del artículo 193.c) de la Ley Jurisdiccional, la parte recurrente denuncia la infracción normativa que identifica en los artículos 12.3 , 15.8 , 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, en relación todos ellos con el 13.5 del Convenio Colectivo aplicable (Industrias Químicas).

Comienza el recurrente desarrollando su objeción a la propia caracterización de la actora como trabajadora fija discontinua, entendiéndolo que el vínculo que la une a la empleadora ha de ser entendido como propio de un contrato a tiempo parcial.

En este aspecto debe traerse a colación el contenido del artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores , a cuyo tenor:

*<< El contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos- discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido. 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.*

*Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca, y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.*

*Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la utilización en los contratos de fijos-discontinuos de la modalidad de tiempo parcial, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos-discontinuos. >>*

El Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de fecha 1 de octubre de 2.001 (RJ 2001, 8488), y como recuerda la ulterior sentencia de fecha 12 de diciembre de 2.008 (RJ 2008, 7687), establece que la diferencia entre un trabajador indefinido discontinuo y, como ejemplo, un trabajador eventual radica precisamente en que, mientras el trabajo eventual está justificado cuando " *la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular* ", la de indefinido discontinuo se produce " *cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad* ". Igualmente se argumenta, en el caso por aquélla enjuiciado, que " *el contrato de la actora no está amparado por la causa b) del art. 15.1 del Estatuto, y ello es así por dos razones. La primera consiste en que no se ha acreditado la concurrencia de ninguna necesidad extraordinaria de trabajo que pueda justificar la contratación realizada, que solo de manera genérica se menciona por remisión al tipo legal en los contratos celebrados... La segunda razón viene dada por la reiteración de la contratación realizada. En este sentido hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, existe un contrato fijo de carácter discontinuo <<cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad>>, mientras que el contrato de eventualidad sólo está justificado cuando <<la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular>> ( sentencias de 27 de septiembre de 1.988 ( RJ 1988, 7129), 26 de mayo de 1.997 ( RJ 1997, 4426), 25 de febrero de 1.998 (RJ 1998, 2210)). Esto es lo que sucede en el presente caso, pues el examen de la larga serie de contratos muestra la persistencia de la necesidad de trabajo en períodos de seis meses anuales* ".

Igualmente la Sala Cuarta, en sentencia de fecha 30 de mayo de 2.007 (RJ 2007, 6113), y siguiendo una consolidada doctrina, parte de que la condición de trabajador fijo discontinuo responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, reiterándose esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados . Razona que " *la sentencia de 5 de julio de 1.999 (RJ 1999, 6443), al resolver acerca de la verdadera naturaleza de la contratación de quienes fueron dedicados a la cíclica tarea encuestadora, se pronuncia en los siguientes términos: los criterios de delimitación entre el trabajo eventual y el fijo discontinuo han sido ya concretados por esta Sala. La sentencia de 26-5-97 (RJ 1997, 4426), entre otras, señala que cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados. Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando esta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. Por el contrario, existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o*



*cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad". Añadiendo que "la de 25-2-98 (RJ 1998, 2210) ha recordado que la condición de trabajador fijo discontinuo configurada hoy como modalidad de contratación a tiempo parcial, a tenor de lo dispuesto en el art. 12.3 ET de 1995 - responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa - de ahí la condición de fijeza - que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, y que no alcanzan la totalidad de la jornada anual".*

Del mismo modo, pronunciamientos más recientes como los recaídos en sentencias de fechas 23 y 24 de abril de 2.012, aun cuando en ambas resoluciones se concluye que en los casos particulares por ellas resueltos, no existía voluntad resolutoria, añaden consideraciones valiosas al declarar, la primera de ellas, que tratándose de un contrato de duración indefinida, aunque la misma se vea limitada durante su vigencia la duración de sus servicios, si se compara con la jornada anual de un trabajador con contrato indefinido, esa prestación de servicios no puede ser eludida en la época a que corresponda el llamamiento por la voluntad unilateral del empleador a menos que esa supresión-suspensión quede sometida a las normas que rigen la privación de contenido del contrato por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas. En la segunda de estas resoluciones que se citan (la de fecha 24 de abril de 2.012), al admitir que constituía despido el incumplimiento empresarial consistente en no proceder al llamamiento durante al menos tres meses -siendo esta la duración mínima fijada en el contrato-, habiéndose procedido a suspender los contratos de trabajo sin seguir el procedimiento legalmente establecido.

Resulta cierto que la actividad de la empleadora, dedicada a la fabricación de balones de PVC y la comercialización de otros productos cuyo etiquetado y embalaje también realiza, no responde aparentemente a un modelo productivo cíclico o estacional de reproducción periódica y previsible (como lo son, por ejemplo, las temporadas productivas propias de las industrias de transformación agraria, que dependen de periodos cíclicos de producción agrícola), si bien consta igualmente que la naturaleza de estos productos sí determina que su demanda se concentre habitualmente en las temporadas de verano, disminuyendo la actividad a partir de los meses estivales. Es decir, que puede sostenerse que el empleo de la actora sí corresponde a una actividad en esencia estacional y coincidente con una campaña de verano (en razón de la naturaleza de los productos, vinculados en su uso a las temporadas de playa). Consta un historial de llamamientos en diferentes fechas a lo largo del tiempo, por distintos periodos cuya finalización coincide habitualmente con la de la campaña de verano, a la que concurren también otros trabajadores fijos discontinuos. A este respecto, debe destacarse la doctrina contenida en sentencia de esta misma Sala de fecha 27 de junio de 2.000, conforme a la cual la naturaleza del contrato fijo discontinuo no queda desvirtuada por el hecho de que el evento determinante de la periodicidad o intermitencia de los trabajos no se produzca de acuerdo a periodos regulares.

Regresando al relato de hechos obrante en el presente procedimiento, resulta indiscutible que la demandada no llamó a la actora para la campaña de 2.012, así como tampoco contó con ningún otro trabajador fijo discontinuo. Esta falta de llamamiento no solamente se aprecia respecto de la repetida campaña de 2.012, sino que debe ser considerada a la luz de otros factores que han sido igualmente acreditados: un descenso de ventas y producción que se ha constatado y, especialmente, la automatización de parte del proceso productivo que ha atraído la consecuencia de una menor necesidad de mano de obra, así como la organización de parte de la producción mediante el arrendamiento a la mercantil Nicoplast de una nave, encomendándose a esta labores de etiquetado, embalaje y enmallado de productos que ulteriormente comercializa la demandada.

Lo que la Sala concluye de todo lo anterior es que esta falta de llamamiento actual incorpora un matiz apreciable de proyección hacia el futuro, habida cuenta de que la demandada ha reorganizado su producción de una forma que puede caracterizarse como vocacionalmente estable (esto es, no ocasional o meramente coyuntural), lo que implica que su menor necesidad de mano de obra responde a un replanteamiento productivo en que aquella, y particularmente los trabajadores fijos discontinuos, no resultan necesarios. Esta conclusión invita a considerar que lo que la demandada ha llevado a cabo, en fin, es una ordenación de su actividad en la que los trabajadores fijos discontinuos ya no tienen cabida, más allá de una falta de llamamiento condicionada a circunstancias particulares que pudieren justificarla en el momento presente. Por todo ello, debe entenderse que la mercantil demandada ha eludido prácticamente la preceptiva tramitación de un procedimiento de regulación de empleo (o bien de despido objetivo individual, en su caso).

Con lo anterior quiere decirse que esta Sala considera acreditado que la falta de llamamiento no obedece solamente a una reducción de la producción sino también a la introducción de una innovación en la misma que supone una efectiva modificación del propio esquema productivo, lo que debe traducirse en la consideración de una actuación unilateral de la empresa cuyo efecto es la práctica exclusión de los trabajadores fijos discontinuos, razón por la que la falta de llamamiento debe en todo caso consumarse mediante el procedimiento pertinente de regulación de empleo o despido, siendo así que debe admitirse la existencia efectiva de un despido en la persona de la actora, despido que debe calificarse como improcedente.



Por todo lo expuesto, procede la estimación de este último motivo de recurso y la coherente revocación de la sentencia de instancia, en el sentido de declarar la existencia de un despido de carácter improcedente en la persona de la trabajadora actora.

**SÉPTIMO.-** En cuanto a la fecha del despido consideramos que la misma debe situarse en el 17 de mayo de 2012, que fue cuando la actora entendió que la empresa no tenía intención de contratar más a los fijos discontinuos y accionó en consecuencia. Así lo entendió esta Sala en dos sentencias anteriores, dictadas en los Procedimientos 724/12 y en el Rollo de Suplicación nº 78/13 que, además, tiene coherencia con la inmediatez del ciclo productivo estival en el que el ciclo de la producción de los discontinuos se concebía de preparación de las mayores ventas de verano.

**OCTAVO.-** Las consecuencias de la improcedencia del despido son las establecidas en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por el RDL 3/2012, dado que el despido se produjo con posterioridad a su entrada en vigor, debiendo aplicarse la Disposición Transitoria Quinta para el cálculo de la indemnización, esto es, calculándola a razón de 45 días de salario por año los servicios prestados hasta el 11 de febrero de 2012 y a razón de 33 días los posteriores.

Por último, respecto a los salarios de tramitación, en el caso de que procedan, y tratándose de una trabajadora fija discontinua, sólo deberán abonarse por el tiempo en que la actora habría prestado servicios de no haber sido despedida ( SSTS de 23 de marzo de 2011 (Rec.2199/10 ) y 24 de septiembre de 2012 (Rec.2821/2011 )). De esta forma, dada la naturaleza resarcitoria de los mismos sólo se abonan hasta la fecha de finalización de la temporada que motivó la contratación, y se determina como módulos de duración del periodo de contratación el de la temporada trabajada en 2011, cuya baja se produjo el 10 de julio de 2011.

**NOVENO.-** Procede la condena en costas de la empresa Unice Toys SL, incluidos los honorarios de la Letrada de la actora, que fijamos en 400 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que con estimación del Recurso de Suplicación interpuesto por la representación Letrada de D<sup>a</sup> Loreto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N<sup>o</sup> Dos de Navarra en autos seguidos a instancia de la recurrente frente a las empresa UNICE TOYS SL Y SMOBY ESPAÑA SA, debemos revocar y revocamos la misma y con estimación de la demanda debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido practicado a la actora el 17 de mayo de 2012 y en su consecuencia debemos condenar y condenamos a la empresa Unice Toys SL a optar entre readmitirla en las mismas condiciones anteriores al despido, con abono de los salarios de tramitación devengados desde el 18 de mayo de 2012 y hasta la fecha de notificación de esta sentencia, o hasta que hubiese encontrado otro empleo, a razón de 65,52 euros diarios, con el límite temporal de las temporadas entre el 1 de marzo y el 9 de julio de cada año, o a que le indemnice en la suma que resulte de calcular una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, los prestados hasta el 11 de febrero de 2012 y a razón de 33 días por año los posteriores, teniendo en cuenta que el total de los días de prestación de servicios es de 4116 días. Absolviendo a la empresa Smoby España SA de las pretensiones en su contra ejercitadas. Con condena en costas de Unice Toys SL, incluidos los honorarios de la Letrada de la actora, que fijamos en 400 euros.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen debiendo, la parte condenada si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar el importe de la condena en la cuenta que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia tiene abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), (Sucursal de Cortés de Navarra nº 5) con el nº 31 66 0000 66 007613, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que deberá hacerse constar la responsabilidad del avalista.

Asimismo deberá constituir un depósito de 600 . en la cuenta señalada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el recurso.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.