

# Documento TOL7.307.548

## Jurisprudencia

**Cabecera:** Contrato temporal. Despido improcedente. Readmision del trabajador

Se pretende por la parte actora la declaración de **improcedencia de despido**, por considerar que ostenta la condición de trabajador fijo discontinuo.

Así se recoge expresamente en la vida laboral del mismo, donde constan los periodos en los que prestó servicios efectivamente y pese a que los contratos que obran en autos son bien **contrato de trabajo eventual** por circunstancias de la producción o bien de obra o servicio determinado.

A la hora de distinguir esta figura contractual del **contrato eventual por circunstancias de la producción**, partiendo de la idea de que los contratos son lo que son y no el nombre que le hayan dado las partes, el tribunal supremo fue consagrando la doctrina plasmada en sentencias de 27. sep.

PROCESAL: Fraude de ley

**Jurisdicción:** Social

**Ponente:** [ANA GOMEZ HERNANGOMEZ](#)

**Origen:** Juzgado de lo Social

**Fecha:** 16/05/2019

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 160/2019

**Número Recurso:** 416/2018

**Numroj:** SJSO 2349:2019

**Ecli:** ES:JSO:2019:2349

**ENCABEZAMIENTO:**

**JDO. DE LO SOCIAL N. 1**

**EIVISSA**

**SENTENCIA: 00160/2019**

CALLE GASPAR PUIG Nª1 BIS

**Tfno:** 971.31.71.81

**Fax:** 971.19.17.00

**Correo Electrónico:**

Equipo/usuario: DCL

**NIG:** 07026 44 4 2018 0000425

Modelo: N02700

**DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000416 /2018**

Procedimiento origen: /

Sobre: DESPIDO

**DEMANDANTE/S D/ña:** Moises

**ABOGADO/A:** JOSE LUIS CEBRIAN GARCIA

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**DEMANDADO/S D/ña:** GRUPO CONSTANT SERV. EMPRESARIALES, SLU

**ABOGADO/A:**

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**SENTENCIA N°.** 160/19

En Ibiza, a 16 de mayo de 2019.

Vistos por mí, Dña. Ana Gómez Hernangómez, Juez Titular del Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza, los presentes autos nº **416/2018** , seguidos a instancia de D. Moises , frente a GRUPO CONSTANT SERVICIOS EMPRESARIALES, S.L.U, en materia de **DESPIDO** , en los que constan los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

**PRIMERO.-** Tuvo entrada en este Juzgado demandada suscrita por la parte actora contra la demandada, en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró le asistían, terminó suplicando que se dictara sentencia declarativa de la improcedencia del despido.

**SEG UNDO.-** Señalados día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio, estos tuvieron lugar el día **15/05/19** compareciendo tan solo la parte actora, no así la demandada, que se encontraba legalmente citada.

En trámite de alegaciones la parte actora se afirmó y ratificó en su escrito de demanda.

Se practicaron a continuación las pruebas propuestas y admitidas, salvo el interrogatorio de la demandada, por su incomparecencia.

En conclusiones la parte actora sostuvo sus puntos de vista y solicitó de este Juzgado, que se dictase una sentencia de conformidad con sus pretensiones, quedando los autos vistos para sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

**PRIMERO.-** D. Moises venía prestando servicios como fijo discontinuo para la empresa demandada GRUPO CONSTANT SERVICIOS EMPRESARIALES, S.L.U, desde el día 02/06/15, con la categoría de Operario Gestor Flota - Grupo IV, y salario bruto diario con inclusión de prorrata pagas extras de 36,79 euros. (nóminas, contratos, vida laboral).

Concretamente el Sr. Moises había prestado servicios en los siguientes periodos:

Del 02/06/15 al 31/10/15 en virtud de contrato temporal eventual.

Del 09/04/16 al 31/10/16 en virtud de contrato temporal eventual.

Del 01/02/17 al 31/10/17 en virtud de contrato temporal para obra o servicio determinado.

Del 01/11/17 al 31/12/17 en virtud de contrato temporal eventual

(hecho no controvertido, documental, vida laboral)

**SEGUNDO** .- El actor acredita una antigüedad en la empresa de 648 días de prestación efectiva de servicios (hecho no controvertido, vida laboral).

**TERCERO**.- . El demandante no fue llamado para prestar servicios en la empresa demandada en la temporada 2018. (no controvertido).

**CUARTO**.- La parte actora no ostentaba, ni ostentó durante el último año, la condición de representante unitario o sindicales de los trabajadores. (no controvertido).

**QUINTO**.- Se celebró intento de conciliación con el resultado de sin efecto (doc 1 demanda).

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERO**.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97.2 LRJS , se hace constar que los anteriores hechos probados son el resultado de la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio, que consta debidamente reseñada.

**SEGUNDO**.- Se pretende por la parte actora la declaración de improcedencia de despido, por considerar que ostenta la condición de trabajador fijo discontinuo.

El art. 91.2 LRJS vigente dispone que la parte demandada que no compareciere al juicio estando debidamente citada, a pesar del apercibimiento que se le hubiere hecho en tal sentido, podrá ser tenida por confesa en la sentencia sobre los hechos que fundan la pretensión de la demanda, siempre que conforme al art. 83.2 LRJS no hubiere alegado justa causa que deba motivar la suspensión del juicio; con lo que se establece una confesión presunta de carácter legal, en que del hecho base de la no comparecencia injustificada se deduce la consecuencia de falta de posibilidad de oponerse con éxito a la pretensión del actor. Presunción en todo caso "iuris tantum" y por lo tanto destruible por los hechos o pruebas que aparezcan en los autos en contrario, de donde se deriva el carácter de mera facultad que se le otorga al Juez y no de obligación que se le impone, que procede ejercitar en el presente caso al no concurrir circunstancias que lo impidan.

Así mismo debe tenerse en cuenta la consolidada doctrina de que la incomparecencia del demandado no exime al actor de probar los hechos en que fundamenta su propia petición por aplicación del principio de distribución de la carga de la prueba, contenida con carácter general en el art. 217 LEC , que impone al actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los impeditivos o extintivos de la misma.

En el caso que nos ocupa, ha resultado acreditada la relación laboral que unía al demandante con la empresa demandada, como fijo discontinuo, al desarrollar trabajos de carácter cíclico y permanente cada temporada. Así se recoge expresamente en la vida laboral del mismo, donde constan los periodos en los que prestó servicios efectivamente y pese a que los contratos que obran en autos son bien contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción o bien de obra o servicio determinado.

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la sentencia del TSJ de Illes Balears de 19.03.2009 , señaló que *"El art. 15.8 ET , dice que "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"*.

*La idea es que en estos contratos no cabe hablar de una obra o servicio determinado o de circunstancias extraordinarias de la producción, sino de la actividad normal de la empresa, aunque estacional y cíclica. Como se declara en la STS 7- 7-2003, para apreciar la condición de trabajadores fijos discontinuos ha de acreditarse "el carácter permanente de la actividad, como consecuencia de una necesidad de trabajo*

*de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad".*

*A la hora de distinguir esta figura contractual del contrato eventual por circunstancias de la producción, partiendo de la idea de que los contratos son lo que son y no el nombre que le hayan dado las partes, el Tribunal Supremo fue consagrando la doctrina plasmada en sentencias de 27.sep.98 y de 26.may.97 de que la distinción entre los contratos eventuales y los contratos para la realización de trabajos fijos de carácter discontinuo reside en la reiteración o no en el tiempo de la necesidad que da lugar a la contratación. De ahí, que exista 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 en el contrato eventual la necesidad extraordinaria de trabajo es esporádica e imprevisible, quedando al margen de cualquier secuencia temporal.*

*Esa homogeneidad no es absoluta y el hecho de que en ocasiones, se produzcan desviaciones sobre el período en que se repite esa necesidad de trabajo intermitente y cíclica, obliga a dotar a la contratación fija discontinua de cierta flexibilidad para adaptarse al comienzo y terminación de esa mayor necesidad de mano de obra. Lo decisivo es, se dice en tales sentencias, la reiteración en el tiempo de la necesidad que da lugar a la contratación, aunque no coincida exactamente el principio y final en cada año.*

*Ahora bien, la reiteración para poner de manifiesto que, al margen del "nomen iuris", no estamos ante un contrato temporal sino fijo discontinuo no es necesaria cuando, por ejemplo, temporada tras temporada se reitera la contratación temporal en la empresa, lo que pone de manifiesto la posible existencia de una plantilla fija inferior a la que requieren las actividades normales y permanentes de la empresa STS de 27.sep.98 o no se acredita la concurrencia de ninguna necesidad extraordinaria de trabajo que pueda justificar la contratación realizada STS de 1.1.2001 ".*

*El Tribunal Supremo en sentencia de 28.06.2007 , declaró, que "se trata del trabajador contratado para realizar trabajos que tenían el carácter de fijos- discontinuos dentro del volumen total de la empresa y que se repetían año tras año, en fechas no exactamente iguales pero sí dentro de la denominada "temporada de verano", respondiendo por tanto a la definición contenida en el art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores , por lo que a partir de la vigencia de dicho Texto legal o sea desde el contrato inicial hay que calificar a la trabajadora como tal "fija discontinua " mereciendo como tal el reconocimiento del tiempo de servicios prestados, desde que tuvo tal cualidad, para el cálculo de su premio de antigüedad".*

*La lícita contratación temporal de trabajadores en cualquiera de las modalidades que contempla y regula el art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores , requiere la efectiva concurrencia del supuesto de hecho a que responde cada tipo de contrato respectivo ( STS 21 septiembre 1993 ). Así el art. 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores dice, al referirse a su duración, que " el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: b) Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa " Y en el RD 2720/98, de 18 diciembre, dictado en desarrollo del mismo, su art. 3 está destinado al "contrato eventual por circunstancias de la producción" En el expresado artículo se señala que " 1. El contrato eventual es el que se concierta para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa (...). 2. El contrato eventual por circunstancias de la producción tendrá el siguiente régimen jurídico: a) El contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifiquen y determinar la duración del mismo (...) " De no ser así, el contrato queda viciado por fraude de ley y la relación laboral se entiende contraída por tiempo indefinido.*

*La contratación temporal aparece pues como una excepción al principio de la contratación indefinida, por lo que tan solo es posible en los casos y supuestos legalmente previstos en los que efectivamente concurra alguna de las causas de temporalidad que el legislador contempla para su autorización, de tal manera, que la empresa tan solo puede acudir a este tipo de contratación cuando se den los presupuestos y circunstancias que la modalidad utilizada contempla como causa justificativa de la misma. En caso contrario, de haberse utilizado fórmulas de contratación temporal que no se corresponden con la real y*

efectiva existencia de la causa de temporalidad que le sirve de fundamento, la consecuencia prevista por el art. 15.3º del mismo cuerpo legal es la de estimar indefinida la relación laboral, cuya extinción a la fecha consignada en el contrato no constituiría por tanto válida y eficaz resolución del vínculo laboral amparada en el art. 49.3º del Estatuto de los Trabajadores , sino, despido del trabajador.

En el caso de autos la demanda debe ser **estimada** apreciando la fraudulencia por cuanto la empresa demandada no ha acreditado eficazmente la existencia de una causa válida de temporalidad, y singularmente no ha acreditado la que se consignó en el contrato de " *acumulación de tareas, exceso de pedidos*" . Ninguna prueba se ha practicado por la empresa con la finalidad de justificar la temporalidad que dio lugar al contrato, sin que la misma haya comparecido, y por tanto, a la vista de que se trató de periodos cíclicos, coincidentes con la mayor afluencia de turistas en la isla de Ibiza en al temporada de verano, la antigüedad debe computarse desde la primera contratación lo que comporta que el cese de la relación laboral deba también considerarse como un despido improcedente.

La falta de llamamiento del trabajador fijo discontinuo en la temporada 2018 constituye un despido improcedente, con los efectos que para este caso disponen el art. 56 del E.T . y el art. 110 de la LRJS .

**TERCERO.-** La declaración de improcedencia ha de producir los efectos previstos en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores . La empresa deberá optar en el plazo de 5 días desde la notificación de esta sentencia entre readmitir al trabajador, o abonar, según la Disposición Transitoria V de la Ley 3/2012 de 6 de julio , de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 162/2012, de 7 de julio de 2012), para los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012, una indemnización de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, sin que el importe indemnizatorio resultante pueda ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

En este caso, debe partirse de que la antigüedad probada es de 02/06/15 (vida laboral, ya que la postulada en la demanda no se ha probado de manera alguna), que la fecha del despido tuvo lugar el 01/05/18 (como sostiene la demanda y a la vista del inicio de prestación de servicios en las temporadas anteriores), y el trabajador prestó servicios de forma efectiva durante **648 días** , siendo su salario de **36,79 euros/día** (como se aclaró en juicio por la parte actora y al que se estará de conformidad con el principio dispositivo por no ser superior al consignado en nóminas) .

En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación, desde la fecha del despido, a razón de **36, 79** euros diarios. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

La indemnización correspondiente al actor, debe calcularse sobre el tiempo efectivo de servicios prestados, de **648 días** , por lo que si corresponden 33 días de salario por año trabajado (365 días), habiendo prestado servicios el actor durante 648 días, le corresponden 58,59 días indemnizatorios, que multiplicados por el salario diario de 36,79 euros, dan como resultado un importe total de **2.155,53 euros** .

**CUARTO.** - Reclamó la parte actora en el acto del juicio la imposición de las costas a la parte demandada por incomparecencia al acto de conciliación ante el TAMIB y al juicio.

El art. 66.3 LRJS establece que si al acto de conciliación " *no compareciera la otra parte, debidamente citada, se hará constar expresamente en la certificación del acta de conciliación o de mediación y se tendrá la conciliación o la mediación intentada sin efecto, y el juez o tribunal impondrán las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros, del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubieren*

*intervenido, si la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación "*

En el caso de autos sin embargo no procede la condena en costas al no haber aportado la parte demandante la papeleta de conciliación, por lo que no puede examinarse si el contenido de la misma coincide en esencia con el de la demanda, como exige el citado artículo.

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

#### **FALLO:**

Que **ESTIMANDO** la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Moises , frente a GRUPO CONSTANT SERVICIOS EMPRESARIALES, S.L.U sobre despido **DECLARO LA IMPROCEDENCIA** del despido sufrido por D. Moises en fecha 01/05/18 y **CONDE NO** a GRUPO CONSTANT SERVICIOS EMPRESARIALES, S.L.U, a que readmita al actor en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido; o, a su opción, que debe ejercitar en el plazo de 5 días desde la notificación de esta sentencia, a que indemnice al demandante en la cantidad de **2.155,53 euros** ; y sólo en caso de optar por la readmisión, con el abono de los salarios dejados de percibir desde el día del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de **36,79 euros diarios** , con los descuentos que legalmente procedan.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito presentado en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en SANTANDER a nombre de esta Oficina Judicial con el núm. 0493/0000/61/0416/18, debiendo indicar en el campo concepto "recurso" seguido del código "34 Social Suplicación", acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como; en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, deberá consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario a primer requerimiento indefinido por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Oficina Judicial con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.