



Roj: **STSJ GAL 1004/2024 - ECLI:ES:TSJGAL:2024:1004**

Id Cendoj: **15030340012024100742**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2024**

Nº de Recurso: **4921/2023**

Nº de Resolución: **855/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO FERNANDEZ DE MATA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL**

A CORUÑA

Secretaría Sra. Freire Corzo --RA

SENTENCIA: 00855/2024

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:**

**Correo electrónico:**

**NIG:** 15030 44 4 2022 0001990

Equipo/usuario: RA

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0004921 /2023**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000271 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** Alonso

**ABOGADO/A:** ALBERTO SAENZ-CHAS DIAZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** SERVITEC NOROESTE SL

**ABOGADO/A:** JUAN SILVA SUAREZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**ILMO/AS. SR/AS. MAGISTRADO/AS**

**D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA**

**DÑA. MARTA MARÍA LÓPEZ-ARIAS TESTA**

**DÑA. EVA MARÍA DOVAL LORENTE**



En A Coruña, a 12 de febrero de 2024.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0004921 /2023, formalizado por el Abogado D. ALBERTO SÁENZ-CHAS DÍAZ, en nombre y representación de D. Alonso, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000271 /2022, seguidos a instancia de D. Alonso frente a SERVITEC NOROESTE SL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D. Alonso presentó demanda contra SERVITEC NOROESTE SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha 05 de julio de 2023.

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- D. Alonso, con DNI NUM000, prestó servicios retribuidos bajo la dependencia de SERVITEC NOROESTE SL en virtud de un contrato indefinido fijo discontinuo, con una antigüedad de 15.8.2017, con categoría profesional de oficial de 3ª y salario bruto mensual de 1.709 euros con inclusión de prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- En el contrato de conversión a indefinido de 14.8.2018 se fija que se concertaba "para realizar trabajos periódicos de carácter discontinuo consistentes en la preparación de los espacios en los que se van a desarrollar eventos (musicales, gastronómicos, culturales) dentro de la actividad cíclica intermitente de eventos a realizar por la empresa en época estival cuya duración será de 7 meses (1 de abril hasta el 31 de octubre)".

TERCERO.- En consecuencia de dicho contrato el actor cesó en la actividad el 31.10.2018, siendo nuevamente llamado el 1.4.2019 y cesado el 31.4.2019.

El actor no fue objeto de llamamiento en 2020.

En el 2021 y ante la falta de llamamiento, el actor presentó papeleta de conciliación por despido en fecha 19.4.2021, celebrándose el acto en fecha 4.5.2021 en que la empresa manifestó que se oponía a las reclamaciones del trabajador puesto que consideraba que la relación laboral seguía viva, ya que se trataba de un trabajador fijo discontinuo y su duración es estimada y no que si no se realizaba llamamiento era por la incertidumbre del sector y por las limitaciones administrativas al sector. El acto finalizó sin avenencia.

CUARTO.- En fecha 3.9.2021 la empresa remitió al trabajador notificación de llamamiento de fijo discontinuo señalando que el día 6.9.2021 a las 9.00 horas debería presentarse en el centro de trabajo de Bergondo por el periodo de 6 a 15 de septiembre de 2021.

El trabajador demandante envió un mensaje a través de la aplicación Whatsapp en que señala "No gracias la verdad es que después de dos años que nadie se dignó a hablar conmigo a informarme de mi situación en la empresa me venís un viernes avisándome que el lunes vaya a trabajar una semana y media de contrato? no gracias no estoy tan desesperado como para irme a boimorto palear as maquinas....levais meses monatndo eventos y a mi nadie me llamo aunque fuese para decirme que no contabais conmigo pero me parece una falta de respecto que me llamáis ahora para ir una semana y media.

Con todo el respeto del mundo pero el lunes no conteis conmigo. Un saludo y de todos modos gracias".

QUINTO.- Como consecuencia de la crisis sanitaria derivada de COVID 19 la empresa pasó de tener un resultado antes de impuestos en el 2019 de 49.204,33 euros a un resultado negativo antes de impuesto de -69.767,68



euros en el 2020 y de -14.730,18 euros en el 2021. La reducción en el importe neto de la cifra de negocios fue de 1.133.957 euros en 2019 a 493.206 euros en 2020 y 492.048 en el 2021.

SEXTO.-La empresa demandada estuvo en situación de ERTE por fuerza mayor derivado del COVID 19 dictándose resolución por la Consellería de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia que constataba la existencia de fuerza mayor temporal vinculada al COVID como causa motivadora de la suspensión de los contratos de las personas trabajadoras que figuraban en el anexo de la solicitud, surtiendo efectos desde el 14.3.2020.

SÉPTIMO.- El actor cursó alta en otra empresa en fecha 8.7.2020 por contrato temporal que se convirtió en indefinido en fecha 31.8.2020, continuando de alta en fecha 25.10.2022, prestando servicios a jornada completa. También cursó alta para otra empresaria en fecha 14.1.2019 a tiempo parcial (5% de coeficiente de parcialidad) continuando de alta en fecha 25.10.2022.

OCTAVO.- Desde el año 2019 la empresa sólo ha procedido a contratar a dos trabajadores con categoría de oficiales de tercera en virtud de contrato indefinido de fijos discontinuos, a saber, el día 22.6.2022 Don Javier que continúa de alta en la empresa a fecha 21.10.2022, y el día 19.9.2022 Don Julio que cesó en la misma el día 22.9.2022.

En fecha 21.10.2022 el actor no estaba de alta en la empresa desde el día 31.10.2019.

NOVENO.- La parte actora promovió acto de conciliación ante el servicio de conciliaciones correspondiente en fecha 11.4.2022, que fue celebrado el 2.5.2022 con el resultado de sin avenencia."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que, desestimando la demanda presentada por Don Alonso frente a SERVITEC NOROESTE SL, debo absolver y absuelvo a la demandada de la pretensión deducida en su contra."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Alonso formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 27.10.2023.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta y absuelve a la demandada de la pretensión deducida en su contra.

Frente a este pronunciamiento se alza la parte actora, que interpone recurso de suplicación e interesa que se dicte sentencia por la que se estime el mismo, ser evoque la sentencia recurrida, y declare improcedente el despido del actor recurrente, condenando a la empresa demandadas a que, a su opción, y dentro del plazo de cinco días, readmita al trabajador a su puesto de trabajo o le indemnice con las cantidades legales procedentes, todo ello junto con los demás pronunciamientos legales que proceda.

**SEGUNDO.-** Con este objeto y con amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la parte la infracción de los artículos 8.2 y 16.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando, en síntesis, que el artículo 16.1 del Estatuto de los Trabajadores define los distintos tipos de contratos fijos discontinuos, según sea el contenido pactado y la duración parcial de la prestación de servicios que se acuerda, y que la posibilidad de varios pactos a concertar entre las partes en este tipo de contratos explica que el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores exija el cumplimiento de determinados requisitos, entre los que se encuentra la posibilidad de determinar la duración expresa del periodo de actividad o hacerlo de forma estimada y si se hace dentro de la primera, el llamamiento sólo podrá contraerse a ese periodo y no a otro diferente, lo que determina, según su criterio, la ineficacia del llamamiento efectuado en septiembre de 2021, ya que en el contrato se fija como duración la comprendida entre 1 y de abril y el 31 de octubre de cada año, y la empresa no está amparada para modificar las cláusulas acordadas con el llamamiento y fijar un periodo de trabajo distinto.

A continuación, y en el siguiente motivo del recurso, con el mismo amparo procesal, denuncia la parte la infracción del artículo 16.3 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando, en síntesis, que el llamamiento efectuado al trabajador incumple los requisitos legales necesarios para estimar su posible validez y eficacia, por lo que debe entenderse que concurre la falta de llamamiento el 1 de abril de 2022, y que esa falta de llamamiento constituye el despido que el recurrente ha denunciado.



No alcanza la Sala a comprender la invocación, como infringido, del artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores, no sólo por cuanto, tras denunciar la parte su infracción, nada argumenta al respecto, sino también por el hecho de que el mismo se refiere a la exigencia de forma escrita en el contrato fijo discontinuo, cuando consta que ha sido suscrito en dicha forma y aportado, en fase probatoria, en el acto del juicio.

Así las cosas, la redacción del artículo 16, en la fecha de suscripción del contrato era: "1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo 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.

2. 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 social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

3. 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.

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

Y la redacción vigente en el momento de haberse remitido al trabajador, por parte de la empresa, llamamiento para incorporarse y su negativa a hacerlo, el 3 de septiembre de 2021 (hecho probado cuarto de la sentencia), era idéntica.

Ello determina que deba entenderse, a criterio de la Sala, que la cláusula de duración de la actividad contenida en el contrato de trabajo suscrito el 14 de agosto de 2018, y concretada en "una actividad cíclica intermitente a realizar por la empresa en época estival cuya duración será de 7 meses (1 de abril hasta el 31 de octubre), es una indicación sobre la duración estimada de la actividad, pues es evidente que el periodo de 7 meses señalado, no coincide con la época estival, sino que se refiere a un periodo temporal de posible actividad, dentro del que el trabajador puede ser llamado, en función de las necesidades de la empresa, vinculadas a los contratos de eventos que haya podido suscribir.

Buena prueba de ello es que, así lo ha venido entendiendo hasta ahora el trabajador, es que ya, en 2018 y tras la suscripción del contrato el 14 de agosto de 2018, prestó servicios hasta el 31 de octubre (/hecho probado segundo), y, en 2019 y contrariamente a lo que indica, inició la prestación de servicios el 1 de abril de 2019 y la finalizó el 31 de abril de 2019 (evidentemente no existe día 31 en abril, por lo que debe referirse a 30) (hecho probado tercero, cuya modificación no se ha instado), sin que conste hubiera formulado protesta o reclamación alguna. Tras la falta de llamamiento en 2020, probablemente debido a la crisis sanitaria derivada de COVID 19 y haber sido aprobado en la empresa, por la autoridad laboral, un ERTE COVID 19, con efectos desde el 14 de marzo de 2020 (hecho probado sexto), ante la una nueva falta de llamamiento, el 1 de abril de 2021, el actor presentó papeleta demanda de conciliación por despido, celebrándose el correspondiente acto el 5 de mayo de 2021, manifestando la empresa que no había despido, que la relación laboral seguía viva, ya que se trataba de un trabajador fijo discontinuo y su duración era estimada y que si no se realizaba llamamiento era por la incertidumbre del sector y por las limitaciones administrativas al sector (hecho probado tercero), y aun cuando el citado acto finalizó sin avenencia, el actor no presentó demanda por despido.

Por otro lado, contrariamente a lo que la parte suscita, sí se obtiene del contenido del hecho probado cuarto, el convencimiento de que la empresa procedió a realizar, por medio adecuado y legal, el llamamiento al trabajador efectuado el 3 de septiembre de 2021, y buena prueba de ello es que resulta acreditado que el trabajador lo recibió y respondió, mediante aplicación WhatsApp, en el mismo día, indicando claramente, según se extrae del contenido del indicado hecho probado, su intención de no atender al llamamiento efectuado.

Así pues, a la vista de que la parte tan sólo se ha referido a las que entiende son irregularidades del contrato y del llamamiento efectuado, y no realizando la parte denuncia de infracción de norma jurídica o de jurisprudencia, ni de argumentación, vinculada a la misma, sobre la existencia de despido y no del apreciado, por la juez a quo, desistimiento del trabajador, que le ha llevado a concluir la inexistencia de despido, por falta de llamamiento, alegado por el actor, el recurso debe ser desestimado, sin necesidad de mayor argumentación.



Pero si se entendiera, a meros efectos argumentales, que debe realizarse una interpretación flexible y entenderse que la parte ha realizado una indirecta argumentación sobre la existencia de un despido y la inexistencia de un desistimiento, partiendo de los anteriores argumentos, debemos de señalar que el Tribunal Supremo ha conceptualizado la dimisión del puesto de trabajo en su sentencia de 19 de octubre de 2.006, declarando que: "1º) la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, bastando que "la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral" ( sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2.000, que cita la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.990 (RJ 1990, 7512) ); 2º) así, pues, la dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador "clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito", si bien en tal caso la manifestación se ha de hacer por "hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención o alcance" ( sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1.990 (RJ 1990, 9762) );y 3º) en concreto, las conductas de "abandono de trabajo" pueden ser unas veces simple falta de asistencia al trabajo y pueden tener otras un significado extintivo, dependiendo la inclinación por una u otra calificación del "contexto", de la "continuidad" de la ausencia, de las "motivaciones e impulsos que le animan" y de "otras circunstancias" ( sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2000 , con cita de sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1.988)".

En este sentido declara la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2.001 "La dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de carácter sucesivo o prolongado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De ahí que el llamado abandono (mencionado en la vieja Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (RCL 1944, 274) , artículo 81; y tangencialmente en el Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), artículo 21.4 a propósito de los pactos de permanencia), materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión; sino que, y éste sería el significado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato".

La dimisión o voluntad unilateral del trabajador de extinguir el vínculo contractual que le une a su empresario, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita; es decir, mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario, o de un comportamiento del cual cabe deducir esa intención extintiva ( sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2.000).

En el presente caso, hay manifestación expresa, por parte del trabajador de su intención de finalizar la relación laboral existente, pues así se extrae del contenido del WhatsApp remitido por el mismo a la empresa, en contestación al llamamiento efectuado por la empresa el 3 de septiembre de 2021, para que se incorporara a trabajar a las 9 horas del día 6 de junio de 2021, en el centro de trabajo de Bergondo por el periodo comprendido entre el 6 y el 15 de septiembre de 2021, y que tiene el siguiente tenor literal: "No gracias la verdad es que después de dos años que nadie se dignó hablar conmigo a informarme de mi situación en la empresa me venís un viernes avisándome que el lunes vaya a trabajar una semana y medida de contrato? no gracias no estoy tan desesperado como para irme a boimorto palear as máquinas... levais meses montando eventos y a mi nadie me llamo aunque fuese para decirme que no contabais conmigo pero me parece una falta de respeto que me llameis ahora para ir una semana y media.

Con todo el respeto del mundo pero el lunes no conteis conmigo. Un saludo y de todos modos gracias".

Así pues, habiendo finalizado la relación laboral por desistimiento del trabajador, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49.1.d), no existe falta de llamamiento en el año 2022, ni tampoco el denunciado despido, debiendo desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida.

Por todo ello y vistos los preceptos de general y especial aplicación;

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el LETRADO D. ALBERTO SÁENZ-CHAS DÍAZ, en nombre y representación de D. Alonso contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Uno de los de A Coruña, en fecha cinco de julio de dos mil veintitrés, en autos seguidos a instancia del RECURRENTE frente a la EMPRESA SERVITEC NOROESTE S.L., sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.



Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta **ES550049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento ( **1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

Una vez firme, únase para su constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal, quedando incorporada informáticamente al procedimiento, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.