



Roj: **STSJ AND 13462/2016** - ECLI: **ES:TSJAND:2016:13462**

Id Cendoj: **18087340012016101357**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2016**

Nº de Recurso: **680/2016**

Nº de Resolución: **1765/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JORGE LUIS FERRER GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

21

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

OL

SENT. NÚM. 1765/2016

ILTMO. SR. DL JUAN CARLOS TERRÓN MONTERO

ILTMO. SR. D. JORGE LUIS FERRER GONZÁLEZ

ILMA. SRA. D^a BEATRIZ PÉREZ HEREDIA

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada a catorce de julio de dos mil dieciséis

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación núm. **680/2016**, interpuesto por Jesús Ángel contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Nº 1 DE JAEN, en fecha 06/11/15, en Autos núm. 727/14, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JORGE LUIS FERRER GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Jesús Ángel en reclamación sobre DESEMPLEO, contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 06/11/15, por la que desestimando la demanda interpuesta por el recurrente se absolvió al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra.

Segundo.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

"1º.-Al actor D. Jesús Ángel, mayor de edad, con NIE nº NUM000, le fue reconocida por resolución de 16 de diciembre de 2010, prestación contributiva por desempleo con efectos de 2 de diciembre de 2010, de 300 días percibiendo la mismas hasta el 22 de marzo de 2011; habiendo solicitado la reanudación de las prestaciones



como consecuencia de la finalización de campaña como trabajador fijo discontinuo para el periodo 15 de enero de 2012 al 8 de febrero de 2012, y para el periodo 5.12.12 al 6 de marzo de 2013.

El alta inicial en desempleo es de 5 de enero de 2008.

Consta que la empresa para la que ha prestado servicio es TERRA FECUNDIS ETT.

En certificado de empresa consta que el actor fue alta en la empresa el 29.03.2008 para la realización de trabajos fijos discontinuos, con la categoría profesional de peón agrícola, teniendo por objeto la realización de tareas agrarias, durante un total de 217 días distribuidos en periodos de jornadas reales cotizadas sin constar ni de centro de trabajo ni ni empresa usuaria

2º .- Que en fecha 19 de noviembre de 2013 el actor solicita del SPEE, Dirección provincial de Alicante reanudación de la prestación pro desempleo y pro resolución de fecha 28 de enero de 2014 se deniega la misma en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 y 6 de la Ley 14/1994 de 1 de junio (ETT), el contrato del actor de fijo discontinuo indefinido.

3º .- Paralelamente a la solicitud de reanudación en fecha 25 de noviembre de 2014 el SPEE, Dirección Provincial de Alicante, comunica al actor propuesta de revocación de prestación por desempleo puesto que habiendo prestado servicios para una empresa de trabajo temporal tiene la condición de trabajador fijo discontinuo y no se encuentra en situación legal de desempleo durante el periodo de inactividad, por lo que el trabajador no puede acceder a las prestaciones por desempleo; así mismo se le comunica que el importe de la percepción indebida de la mencionada prestación asciende a 5.40539 euros correspondiente al periodo 2.12.10 al 6.03.13.

En fecha 7 de enero de 2014 se dicta resolución en virtud de la cual se revoca la resolución de fecha 26 de marzo de 2008 y declara la percepción indebida de la misma en cantidad de 5.40539 euros correspondientes al periodo 2.12.10 al 6.03.13; y aclara que las resoluciones que se revocan son las de fecha 16.12.10, 15.01.12 y 26.12.12..

No conforme el actor presento reclamación previa que es desestimada por resolución de 13 de mayo de 2014."

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por Jesús Ángel , recurso que posteriormente formalizó, no siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- 1. El demandante, fue alta inicial en desempleo con fecha 5-01-2008, siendo contratado por la empresa de trabajo temporal TERRA FECUNDIS ETT, con fecha 29-03-2008 para realizar trabajos fijos discontinuos, con la categoría de peón agrícola, lo que realizó durante 217 días de jornadas reales cotizadas (hecho probado primero). No consta centro de trabajo, ni empresa usuaria.

2. Por Resolución del SPEE de fecha 16-12-2010, le fue reconocida la prestación contributiva de desempleo con efectos de 2- 12-2010, durante un periodo de 300 días (hecho probado primero).

3. El demandante, presta sus servicios en las siguientes campañas, por los periodos 15-01-2012 a 8-02-2012, y 05-12-2012 a 6-03-2013 reanudando su actividad como trabajador fijo discontinuo (hecho probado primero).

4. El demandante con fecha 19-11-2013, insta del SPEE la reanudación de la prestación por desempleo, la que por Resolución del SPEE de fecha 28-01-2014, le fue denegada al considerar que el contrato de aquel, era el de un trabajador fijo discontinuo *indefinido* , en aplicación del artículo 1 y 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio (ETT), (hecho probado segundo).

5. Al tiempo el SPEE, por Resolución de fecha 7-enero-2014 revoca las Resoluciones de fecha 16-12-2010, 15-01-2012 y 26-12- 2012, considerando que ha existido una percepción indebida por importe de 5.405'39€ relativo al periodo 2-12-2010 al 06-03- 2012, por ostentar la condición de trabajador fijo discontinuo habiendo prestado sus servicios para una empresa de trabajo temporal, por lo que considera que en los periodos de inactividad, dicho trabajador no se encuentra en situación legal de desempleo, y no puede acceder a la prestación por desempleo (hecho probado tercero).

6. Contra dicha resolución y tras agotar la vía previa administrativa, se formuló demanda, interesando que previos los trámites correspondientes fuese estimada y se anulase la Resolución de fecha 7 de enero de 2014 dictada por el Servicio Público de Empleo Estatal, Dirección Provincial de Alicante, por no ser conforme a derecho.



7. La sentencia dictada en la instancia desestima íntegramente la demanda, por considerar que no se está en presencia de un trabajador fijo discontinuo, por no acreditarse el orden de llamamiento de los trabajadores que con aquella condición tuviesen vínculo laboral con la empresa, por lo que se considera que el indicado vínculo laboral es el propio de un contrato ordinario, y por lo tanto, al no resultar de aplicación el artículo 208.1.2 LGSS y con invocación de la STSJ de Murcia de fecha 29-10-2007, se estima que no se encontraba en situación legal de desempleo, y por ende, confirma la resolución del SEPEE.

SEGUNDO.- 1. Contra dicha sentencia se formula recurso de suplicación por el demandante, sustentado en dos motivos. El primero, al amparo del apartado b) del artículo 193 LJS, para que se revise los hechos declarados probados. Y el segundo, sustentado en el apartado c) del mismo precepto invocando la oportuna censura jurídica, concluyendo con la súplica de que con revocación de la sentencia de instancia, se estime el suplico de la demanda.

2. Dicho recurso no ha sido impugnado por el SPEE.

TERCERO.- 1. En el primer motivo se interesa la adición de un nuevo hecho probado, en base a los documentos que obran a los folios 45 a 48, con la siguiente redacción literal:

"El actor fue contratado para la realización de trabajos fijos discontinuos, labores agrícolas, con una duración estimada de 8 meses y que sería llamado en el orden y forma que determine en el convenio colectivo de Murcia, constando un último comunicado de llamamiento de fecha 01/03/2015 con identificación del llamamiento NUM001."

2. La adición interesada a la vista de los folios invocados, consistentes en el llamamiento, contrato de trabajo fijo discontinuo no bonificado sellado por la oficina de empleo, y consulta de certificado de empresa por trabajador, sin que se hayan impugnados por falsos (artículos 86.2 LJS), conlleva que la adición interesada deba ser estimada.

3. En el mismo motivo, se interesa la adición de otro nuevo hecho probado con el siguiente tenor literal, en base a los folios 50 a 52 de los autos:

"Los contratos formalizados entre la empresa Terra Fecundis ETT SL y sus trabajadores son contratos de trabajo de puesta a disposición de carácter temporal, es decir, utilización del contrato con carácter de fijo discontinuo."

4. La adición que se interesa conforme a los folios invocados debe ser estimada, dado que efectivamente por Resolución de la Generalitat Valenciana de fecha 29-11-2012 Expediente nº 593/2012, se dejó sin efecto, quedando anulada la sanción propuesta por Acta de Infracción nº NUM002 de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Murcia, estimando que los contratos de puesta a disposición son de carácter temporal, tal como se establece en la normativa vigente, con independencia de que el contrato formalizado entre la empresa TERRA FECUNDIS ETT, SL, y la trabajadora, se haya utilizado el de fijo discontinuo.

CUARTO.- Antes de adentrarnos en el motivo destinado a la censura jurídica se debe efectuar algunas precisiones.

La sentencia dictada en la instancia, según se desprende de su fundamentación jurídica pone en duda la realidad de la prestación llevada a cabo por el trabajador demandante ("*... sin constar ni centro de trabajo ni empresa usuaria...*").

En definitiva, la existencia de fraude para la obtención de una prestación.

2. La resolución del SPEE, según la síntesis que se expuso en el primero de los fundamentos de la presente sentencia, no se basa en la existencia de fraude, como causa obstativa al derecho a la prestación por desempleo.

3. El SPEE tiene otro planteamiento, como ya fue puesto de manifiesto en recursos similares, ante esta Sala de Granada. En concreto, se niega la condición de desempleado, atendiendo a la calificación del vínculo laboral, es decir, se considera que las empresas de trabajo temporal (como es TERRA FECUNDIS ETT) no pueden contratar a trabajadores bajo la modalidad de trabajador fijo discontinuo, ya que ostenta la naturaleza de un trabajador fijo común, y por lo tanto, no existe la situación legal de desempleo, en los periodos de inactividad entre los distintos llamamientos del trabajador, al considerar que en dichos periodos lo que realmente existe es una baja voluntaria del trabajador, lo que en aplicación del artículo 207.1.c y 208.1.2 LGSS se rechaza que se encuentre en situación legal de desempleo.

4. De lo que se deriva, como expone el recurrente, en un alegato tercero, que no es hecho controvertido por el SEPEE, según la Resolución que es impugnada, ni la naturaleza del vínculo, ni la realidad de los servicios prestados por el trabajador, y todo ello sin perjuicio, de que dicho organismo, de haber estimado la posible



existencia de indicios de fraude, tiene la posibilidad de instar los mecanismos oportunos ante la Inspección de Trabajo, o incluso ante el Ministerio Fiscal, para la debida averiguación de los hechos.

QUINTO.- 1. Como exacta reproducción, siendo la misma empresa interesada, se esgrime igual censura y argumentos por el letrado que asiste al recurrente que los ya expuestos en la Sentencia firme de esta Sala de Granada de fecha 5-05-2016 (Rec. 3050/2015), dimanante de la sentencia nº 321/15 de 28 de septiembre dictada en los Autos 736/2014, del Juzgado de lo Social nº 2, de los de Jaén (la que es citada en la instrucción que el SEPEE, aportó a la Magistrada de instancia, folio 85 de los presentes autos).

2. En el fundamento tercero, punto 2, de la mencionada sentencia de esta Sala, se exponía el mismo planteamiento de censura jurídica, que en el actual:

"2. Y además, en cuanto al fondo, se invocan dos grupos de infracciones. En primer lugar, se alega la vulneración del artículo 208.1.4 y 218 modificado por RDL 20/2012, artículo 17.10; RD 625/1985 arts 1.5, 13.4 y 13.5 modificado por RD 1483/2012 disposición final 2-2 e interpretación jurisprudencial.

Y se invoca la STSJ de Murcia de 14-05-2007 (Rec 511/2007), en relación a los contratos fijos discontinuos, en cuando a la consideración de que la relación laboral sea indefinida, no impide que se encuentre la demandante en desempleo al generarse durante los periodos de inactividad, al ser elemento determinante para ello, no la duración indefinida del contrato, sino las características cíclicas de la prestación de servicios. Y llegando a igual conclusión, la STSJ Galicia 24-09-1999 (Rec 541/1999).

3. En segundo lugar, como censura jurídica se esgrime la infracción de los artículo 15.8 ET en relación con el artículo 10.1 Ley 14/1994 de 1 de junio, reguladora de las empresas de trabajo temporal y artículo 15.3 del RD 4/1995 de 13 de enero por el que se aprueba el reglamento de las empresas de trabajo temporal.

Se alega que el SPEE parte de la consideración de que la empresas de trabajo temporal, no puede contratar bajo la modalidad de fijos discontinuos, sino que debe ser fija común, por lo que durante los periodos de inactividad, el trabajador no esta en situación de desempleo, sino que concurriría una baja voluntaria que excluiría dicha situación de desempleo. Si bien, dicho criterio es rechazado por el Magistrado de instancia que califica la relación laboral como de fija discontinua.

Y en dicho sentido, se invoca el mencionado artículo 10.1 Ley 14/1994 de 1 de junio, que admitir que los contratos celebrados entre el trabajador y las empresas de trabajo temporal pueda ser por tiempo indefinido o por duración temporal, lo que viene a ser corroborado por el alegado artículo 15.3 del RD 4/1995 de 13 de enero, y por lo tanto, siendo el contrato fijo discontinuo una modalidad del contrato de duración indefinida, y como aclara el artículo 15.8 ET, diciendo que el contrato por tiempo indefinido de fijos discontinuos, concluye que las empresas de trabajo temporal pueden concertar contratos fijos discontinuos con su personal, los que durante la situación de inactividad se encuentra en desempleo."

3. La respuesta a dicha censura con estimación del recurso, venía fijada en el fundamento quinto, a cuyo planteamiento se debe de estar por razones de coherencia y seguridad jurídica, máxime, habiendo sido firme la Sentencia ya mencionada, al no haberse formulado recurso alguno en contra de aquella. En concreto en dicho fundamento se exponía:

" QUINTO.- 1. En cuanto al fondo del presente recurso, la problemática suscitada deviene por atender bien a la calificación del contrato, en cuyo caso al ser un trabajador con contrato indefinido, como así se califica a los fijos discontinuos, no cabría afirmar que se está en situación de desempleo, pero por el contrario si se atiende a la actividad desarrollada y periodos de suspensión de la misma, sin ocupación efectiva, no encontraríamos ante la situación de desempleo.

En definitiva, la cuestión de fondo se centra en determinar si los fijos discontinuos cuyas llamadas se repiten cíclicamente tienen derecho a prestación de desempleo durante la interrupción del contrato o se le deben aplicar las normas relativas al contrato indefinido a tiempo parcial y, consiguientemente, carecerían de tal derecho.

2. Esta Sala debe pronunciarse a favor del primer planteamiento, siguiendo los criterios de las sentencias que a continuación se exponen, dado que la situación de desempleo no deviene por la calificación jurídica del contrato de trabajo, sino por la prestación realmente desarrollada, sin que las empresas de trabajo temporal tengan prohibido la celebración de contratos fijos discontinuos, conforme a la normativa invocada por el recurrente, además, de ser admitida la calificación jurídica que efectúa la sentencia de instancia en dicho sentido, por el SPEE, al haberse aquietado a la misma.

En relación al planteamiento expuesto, entre otras, se expresan:

1º) La invocada por la recurrente STSJ Murcia de 14-05-2007 (Rec 511/2007), dice que no es obstáculo para devengar la prestación de desempleo la calificación indefinida de la relación laboral para los fijos discontinuos,



"como se prevé en el apartado 1.4 del artículo 208 de la LGSS (RCL 1994, 1825), pues su redacción implica que la misma se genera durante los períodos de inactividad que caracterizan a la relación laboral de los trabajadores fijos discontinuos; el elemento determinante no es la duración indefinida del contrato sino las características cíclicas de la prestación de servicios, siendo sumamente clarificador el último párrafo cuando expresa que "las referencias a los fijos discontinuos del título III de la presente Ley y de su normativa de desarrollo incluye también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas".

Ésta es claramente la situación de la actora, vinculada por un contrato temporal que se encuentra vigente, pero sin derecho a trabajar y percibir salario por sus propias características, al estar afectado por la actividad fija y periódica de la empresa."

IIº) En el mismo sentido se pronuncia el TSJ de Galicia en su sentencia de fecha 30-04-2002 (Rec núm. 2710/1999) en cuyo fundamento tercero expone:

"«La naturaleza jurídica del vínculo laboral de la demandante puede contemplarse desde dos perspectivas: la de su modalidad de contratación, que nos lleva a la interinidad por vacante; y la de los servicios prestados que nos sitúa ante trabajos de fijeza discontinua. El primer planteamiento parece determinar en interpretación literal del artículo 208.1.4 LGSS, que se excluyese su derecho a percibir prestaciones por desempleo en los períodos de inactividad cíclica, por cuanto que la norma menciona específicamente a los "trabajadores fijos", y la actora ha sido contratada expresamente como "interina". A conclusión opuesta - y que se asume- ha de llegarse con la segunda de las perspectivas. de hallarse la trabajadora incurso en la situación de desempleo que describe el citado artículo 208 LGSS, pues si se atiende a la actividad "fija de carácter discontinuo" para la que fue contratada y que se prolonga durante años, es factible sostener que la trabajadora ha sido contratada como fija discontinua en régimen de interinidad, descripción de una realidad constatada: se prestan servicios fijos discontinuos durante el largo período de tiempo -años- en que la plaza vacante no se cubre en forma reglamentaria. Y que la contratación en régimen de interinidad no repugna a que mientras dure la misma pueda hablarse de "fijeza discontinua", se manifiesta en que la falta de llamamiento del trabajador al reinicio de la actividad escolar en octubre habría de ser considerado -aunque no se hubiese pactado suspensión alguna- como despido improcedente, tal como para idénticos supuestos se ha venido entendiendo y resolviendo por la doctrina jurisprudencial (así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Canarias/Las Palmas 7.2.97, Andalucía/Granada 22.5.96, en razón justamente a su derecho -propio de trabajador discontinuo- de ser llamado con carácter cíclico). Además, el citado artículo 208.1.4 Ley General de la Seguridad Social es reproducción del artículo 6.1.4 de la Ley 31/1984, que ha compartido vigencia temporal con el artículo 11 del Real Decreto 2104/1984 (21 noviembre) (RCL 1984, 2697), en el que bajo el epígrafe "naturaleza del contrato" se normaba que "tendrán la consideración de trabajadores años discontinuos quienes sean contratados para trabajos de ejecución intermitente o cíclica" y siendo de obvia observación que el precepto no hace referencia alguna a la modalidad contractual, parece razonable deducir que el legislador sitúa la esencia de la figura -fijeza discontinua- en el tipo de actividad y no en su contingencia¹ forma de contrato, por lo que también habrán de ser considerados "trabajadores fijos discontinuos" los contratados de forma interina para cubrir vacante de "ejecución intermitente o cíclica". Finalmente, reiterando argumentos de la Sentencia de este Tribunal de fecha 25-6-1999 (AS 1999, 5819) ya antes citada, la situación de prolongada interinidad para actividad en trabajos fijos discontinuos debe llevar al reconocimiento de las prestaciones por desempleo interesadas atendiendo también: a) al innegable dato de mediar concreta situación de necesidad -defecto de ingresos- en los períodos de inactividad cíclica, con involuntariedad del cese; b) a que no parece razonable que las condiciones de trabajo -léase desempleo- del trabajador sustituto sean inferiores a las del trabajador sustituido; y c) al general principio "pro operario", que opera en el campo de la interpretación normativa y tiene efectividad cuando medie duda racional respecto de los efectos jurídicos que anudan a una determinada situación fáctica, si su aplicación es conforme a las exigencias de la equidad -evidente en el supuesto enjuiciado, según nos parece- y una vez apurados otros criterios hermenéuticos legales y jurisprudenciales".

IIIº) STSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2239/2003 de 26 junio. AS 2004\1483. En cuyos fundamentos segundo y tercero, igualmente se decanta por dicha opción, diciendo:

"SEGUNDO.- Pero cualquiera que sea la inserción conceptual que quepa establecer del contrato de trabajo de fijos discontinuos a fecha cierta con el contrato de trabajo a tiempo parcial o completo, ello pertenece al campo de lo jurídico laboral, pero no en cuanto a la protección derivada del ordenamiento de la Seguridad Social, en que ya señala el número 2 del artículo 2º del Real Decreto 144/1999 de 29 de enero (RCL 1999, 440) -para el desarrollo del Real Decreto 15/1998 (RCL 1998, 2781)- que en materia de protección por desempleo será de aplicación su normativa específica, conforme a lo establecido en la regla cuarta de la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825). Por tanto, no puede darse una interpretación rigorista y en perjuicio del beneficiario a la previsión de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 12/01 (RCL 2001, 1674), cuando señala que los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de dicha Ley, se continuarán rigiendo



por la normativa legal o convencional vigente en la fecha de su celebración. Lo que tendrá su incidencia, como ya se ha dicho, en la esfera laboral pero no en cuanto a la acción protectora de la Seguridad Social, para la que existe remisión expresa a su normativa específica.

TERCERO.- En tal sentido, la regla segunda del artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825), considera en su número 4 en situación legal de desempleo a los trabajadores fijos discontinuos cuando carezcan de ocupación efectiva, en los términos que se establezcan reglamentariamente. Y, dada la ausencia de desarrollo normativo posterior, ha de acudirse a lo dispuesto en el Real Decreto 625/1985 de 2 de abril (RCL 1985, 1039, 1325); en cuyo artículo 1º previene su apartado cinco que cuando los trabajadores fijos discontinuos dejen de prestar servicios por haber finalizado o interrumpido la actividad intermitente o de temporada, se acreditará la situación legal de desempleo, mediante la presentación de la copia del contrato o de cualquier otra documentación que acredite el carácter de la relación laboral, así como comunicación escrita del empresario acreditando las causas de la citada finalización o interrupción.

Con ello, las prestaciones por desempleo tienen como hecho causante la interrupción en la prestación del trabajo fijo discontinuo, cuyo derecho nace, según el artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social, a partir de la situación legal de desempleo. Procediendo la concesión de las prestaciones, si concurren los requisitos legales exigibles para acceder a ellas, con independencia de la extensión de la relación laboral y que sólo se podrá suspender o extinguir por alguna de las causas expresadas en los artículos 212 y 215 de la Ley acabada de citar. Lo que significa que ha de ser estimado el recurso interpuesto, con la consiguiente revocación de la sentencia desestimatoria."

IVº) STSJ Cataluña, núm. 4114/2006 de 26 mayo. AS 2006\3313, en el fundamento único llega a la misma conclusión, exponiendo:

"La actual normativa contenida en el artículo 208.1 y 4 de la Ley General de la Seguridad Social sólo hace referencia a los trabajadores fijos discontinuos, sin más precisiones, lo que permite incluir al supuesto de la recurrente, dada cuenta que el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores parte de la base de ser fijos discontinuos quienes desempeñen su actividad en fechas ciertas, por más que remita en tales casos al régimen del contrato de trabajo a tiempo parcial, pero es que la propia evolución de la normativa en materia de Seguridad Social no hace sino confirmar la indicada inclusión, y ello porque habiéndose mantenido inalterada la redacción de los artículos 12 y 15 del Estatuto de los Trabajadores, desde la Ley 12/2001, de 12 de julio (RCL 2001, 1674), no ha ocurrido lo mismo con el artículo 1208.1 y 4 de la Ley General de la Seguridad Social, y así puede comprobarse cómo, tras el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo (RCL 2002, 1360, 1479), se consideraba en situación legal de desempleo a los trabajadores fijos de carácter discontinuo a los que se refiere el apartado 8 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores que careciesen de ocupación efectiva, en tanto que el citado artículo 208.1 y 4 sufrió nueva redacción con la Ley de 12 de diciembre de 2002 (RCL 2002, 2901) fruto de la cual dispone actualmente que igualmente se encontrarán en situación de desempleo los trabajadores fijos discontinuos de acuerdo con lo que se disponga en desarrollo de esta norma, en los períodos de inactividad productiva, con lo que se ha pasado de limitar el beneficio de la prestación a los fijos discontinuos del artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores a un nuevo régimen en el que la Ley General de Seguridad Social ha suprimido la restricción de referirse sólo al 15.8 para comprender todos los supuestos de trabajadores fijos discontinuos, es decir, para comprender a quienes se rigen por el artículo 15.8 y a quienes se hallan sujetos a la disciplina del contrato a tiempo parcial.

No se ignora lo aparentemente incongruente de tal solución con el hecho de que los trabajadores fijos discontinuos con régimen legal del contrato a tiempo parcial tengan derecho al desempleo, nivel contributivo, durante los períodos entre campañas, al tiempo que, en ese mismo lapso temporal, permanecen en alta y cotizando a la Seguridad Social por mor de lo dispuesto en el artículo 65.3 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (RCL 1996, 251, 603), pero tal contradicción no puede resolverse en el sentido de negar el derecho a la prestación por desempleo, por el contrario la misma habrá de resolverse a favor de la previsión normativa contenida en la norma de rango superior, máxime cuando es la que otorga una mayor protección social."

Vº) STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 4546/2002 de 5 diciembre. AS 2003\744, en cuyo fundamento único, igualmente estima aquella pretensión:

"El régimen de la prestación por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos goza de una serie de peculiaridades debidas a la propia naturaleza de este tipo de relación laboral. De este modo, a tenor del artículo 208.1.4º se considera situación legal de desempleo la de los trabajadores fijos de carácter discontinuo que «carezcan de ocupación efectiva en los términos que se establezcan reglamentariamente». La Ley General de la Seguridad Social no ha tenido desarrollo reglamentario, por lo que, en materia de desempleo, se puede aplicar, mientras tanto, en lo que no se oponga, las disposiciones contenidas en el Real Decreto 625/1985, que constituía el desarrollo de la ya derogada Ley 31/1984 (RCL 1984, 2011) de protección por desempleo. A estos efectos, el artículo 1, párrafo quinto, del texto reglamentario indicado dispone que «la situación legal de desempleo



se acreditará de la siguiente forma: cuando los trabajadores fijos discontinuos dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la Empresa, mediante la presentación de la copia del contrato o de cualquier otro documento que acredite el carácter de la relación laboral y comunicación escrita del empresario acreditando las causas justificativas de la citada finalización o interrupción». Por consiguiente, el trabajador fijo discontinuo, con independencia del período de duración de la jornada laboral, una vez que se encuentra sin ocupación efectiva, está en situación legal de desempleo y, si concurren los presupuestos necesarios de carencia para lucrar la prestación por desempleo, tendrá derecho a la misma, que sólo se podrá suspender o extinguir por las causas expresamente previstas por el legislador, que se encuentran reguladas en el artículo 6 párrafo 5º del Real Decreto reseñado que establece que «al trabajador fijo de carácter discontinuo que sea llamado para reiniciar su actividad se le suspenderá o extinguirá el derecho a la prestación según que la duración del trabajo sea inferior o igual o superior, respectivamente, a seis meses» -con la normativa actual ha de entenderse que esta referencia es a doce meses, de conformidad con el artículo 212.1 d) de la Ley General de la Seguridad Social y no a seis-. «La falta injustificada de presentación del trabajador cuando sea llamado al reinicio de la actividad será causa de extinción de la prestación por desempleo». Por lo tanto, ha de colegirse que no estamos ante un supuesto de incompatibilidad del artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social, ya que este precepto regula la situación en la que no se permite el percibo de la prestación o el subsidio por desempleo a la vez que la realización de trabajos por cuenta propia o ajena, excepto en el caso del trabajo a tiempo parcial y, durante el período de ocupación efectiva sí que desplegará efectos tal incompatibilidad pero no, por imperativo de la norma, al considerarse situación legal de desempleo, durante el tiempo en el que el trabajador fijo discontinuo no tenga ocupación. Procede, en consecuencia, al no apreciarse la infracción denunciada, con desestimación del recurso de suplicación, la confirmación de la sentencia recurrida."

VIº) STSJ Madrid, núm. 164/2004 de 25 marzo. JUR 2004\238129, donde igualmente reconoce el derecho:

"Pues bien, todos estos datos ponen claramente de relieve que, al menos formalmente, se trata de un trabajador fijo discontinuo al que la empresa le ha comunicado el fin de un ciclo y, por ello, salvo que se hubiera alegado y probado algún tipo de connivencia entre él mismo y la empleadora que permitiera apreciar la concurrencia de fraude, se encuentra en situación legal de desempleo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 208.4) de la LGSS, en la redacción vigente en el momento de la solicitud (18-11-02), es decir, en la que se desprende del art. 1º.Dos del RD Ley 5/02 (RCL 2002, 1360, 1479), en relación con el art. 15.8 ET y, sobre todo, del art. 1.5 del RD 625/85. Esta última norma continúa siendo la disposición reglamentaria de aplicación y, de acuerdo con lo que establece en su precitado art. 1.5, la situación de desempleo de los trabajadores fijos discontinuos que dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa, se acredita mediante la presentación de la copia del contrato o de cualquier otro documento que demuestre el carácter de la relación laboral y la comunicación escrita del empresario con las causas justificativas de la citada finalización o interrupción."

VIIº) STSJ Andalucía, Sevilla núm. 2562/2003 de 17 julio. JUR 2004\139338. El que en su fundamento primero remite a la normativa específica de la LGSS, diciendo:

"Pero cualquiera que sea la inserción conceptual que quepa establecer del contrato de trabajo de fijos discontinuos a fecha cierta con el contrato de trabajo a tiempo parcial o completo, ello pertenece al punto de vista jurídico-laboral, pero no en cuanto a la protección derivada del ordenamiento de la Seguridad Social. En que ya señala el número 2 del artículo 2º del Real Decreto 144/1999 de 29 de enero (RCL 1999, 440), para el desarrollo del Real Decreto Ley 15/1998 (RCL 1998, 2781), que en materia de protección por desempleo será de aplicación su norma específica, conforme a lo establecido en la regla cuarta de la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de la Seguridad Social, en la que también se remite a la normativa específica. Por tanto, no puede darse una interpretación rigorista y en perjuicio del beneficiario a la previsión de la Disposición Transitoria de la Ley 12/01, cuando señala que los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de dicha Ley modificadora, se continuarán rigiendo por la normativa legal o convencional vigente en la fecha de su celebración. Lo que tendrá su incidencia, como ya se ha dicho, en la esfera laboral pero no en la de acción protectora de la Seguridad Social, para la que existe remisión expresa a su específica norma."

Y a continuación en su fundamento segundo, se expone:

"En tal sentido, la regla segunda del artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825), considera, en su número 4, en situación legal de desempleo a los trabajadores fijos discontinuos cuando carezcan de ocupación efectiva en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Y la ausencia de desarrollo normativo, lleva a lo dispuesto en el Real Decreto 625/1985 de 2 de abril (RCL 1985, 1039, 1325), en cuyo artículo 1º previene el número 5 que cuando los trabajadores fijos discontinuos dejen de prestar servicios por haber finalizado o interrumpido la actividad intermitente o de temporada, se acreditará la situación legal de desempleo, mediante la presentación de la copia del contrato o de cualquier otra



documentación que acredite el carácter de la relación laboral, así como comunicación escrita del empresario acreditando las causas de la citada finalización o interrupción.

Con ello, el derecho a las prestaciones controvertidas tiene como hecho causante la interrupción en el trabajo fijo discontinuo, naciendo aquel, según el artículo 209, a partir de la situación legal de desempleo. Concediéndose las prestaciones si concurren los requisitos exigibles para acceder a ellas, con independencia de la extensión de la jornada laboral y que sólo podrá suspenderse o extinguirse por alguna de las causas expresadas en los artículos 212 y 215 de la Ley General de la Seguridad Social."

VIIIº) STSJ Murcia núm. 478/1996 de 8 mayo . AS 1996\2138, expresa en el fundamento tercero:

"En primer término, porque en esas fechas carecían de ocupación efectiva. En este sentido el artículo 6.1.cuarto de la Ley 31/1984, de 2 agosto de Protección por Desempleo (RCL 1984\2011 y ApNDL 10615) (en los mismos términos el ahora vigente art. 208.4 del TRLGSS de 1994), dispone que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos que carezcan de ocupación efectiva «en los términos que se establezcan reglamentariamente». Dicha previsión reglamentaria no es otra que la recogida en el artículo 1.5 del RD 625/1985 al establecer que se origina «cuando los trabajadores fijos discontinuos dejen de prestar servicios por haber finalizado o por haberse ininterrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa». Y, en principio, la protección se origina en el mismo momento en que se produce la carencia de ocupación, que en el caso es al inicio de diciembre de 1993.

Y en segundo lugar, porque acreditaron la situación legal de desempleo en la forma prevista en la norma. En efecto, tratándose de trabajadores fijos discontinuos, el artículo 1.5 del Reglamento establece una doble exigencia al respecto puesto que dos son los extremos que han de acreditarse: el carácter fijo discontinuo de la relación y la falta de ocupación efectiva por finalización o interrupción de la actividad.

Con respecto al primero, exige el precepto de referencia la copia del contrato o de cualquier otro documento que acredite el carácter fijo discontinuo de la relación. Aparte de que resulta incontrovertida la condición de fijos discontinuos de los actores, corrobora esta circunstancia el documento denominado Anexo II, previsto en la normativa laboral, que refleja los llamamientos diarios según dispone el acuerdo tercero punto 2) de las Normas Laborales sobre tramitación de prestaciones por desempleo e incapacidad laboral transitoria para los trabajadores fijos discontinuos (BORM 24 de abril de 1992). Este documento, suscrito por los representantes de los trabajadores y por la empresa, se presentó al INEM, y en el caso, constata la inexistencia de llamamiento en los dos indicados meses.

Y con referencia a la finalización o interrupción de actividades señala el propio artículo 1.5 del Reglamento, que ésta se entenderá suficientemente acreditada mediante comunicación escrita del empresario en la que «... deberán constar las causas justificativas de la citada finalización o interrupción». En el presente caso, el mencionado Anexo II cumple la función atribuida a esta comunicación empresarial por las siguientes razones: a) porque fue suscrito por la empresa, se comunicó al INEM, y era expresivo de la causa de falta de ocupación efectiva, al reflejar la inexistencia de llamamientos en esos dos meses; b) porque como la propia empresa reconoció en el acto del juicio, durante esos dos meses, desde hace varios años, no se producen llamamientos, manifestación que adquiere virtualidad desde el momento en que esta Sala en Sentencia dictada el 3 junio 1992 (incorporada a los autos), recaída en proceso sobre conflicto colectivo en la que era parte la misma empresa, se reputaba acreditado que la temporada de conservas vegetales finalizaba el 30 de noviembre y no comenzaba hasta el 1 de febrero siguiente; y c) porque siendo ésta la situación, no hay por qué acudir a la tramitación de un expediente de regulación de empleo.

Cierto es que el requisito de comunicar las causas justificativas de la finalización o interrupción responde a la idea de evitar que por este procedimiento, pudiera realizar el empresario regulaciones de empleo obviando el oportuno expediente. Es por ello por lo que se cuida el propio artículo 1.5 de exigir -por vía de remisión al punto 3 del mismo artículo- la tramitación del expediente de regulación de empleo en caso de que se suspenda la actividad por causas económicas, tecnológicas o por fuerza mayor para que la Autoridad Laboral dicte resolución en la que declare la situación legal de desempleo -en el mismo sentido se pronuncia el Acuerdo segundo, 1) de las Normas Laborales sobre tramitación de prestaciones por desempleo-. Y éste no es el caso de autos. La falta de actividad de la empresa demandada respondía a la finalización de la temporada. No existía ni causa económica, ni tecnológica o de fuerza mayor -o al menos, no ha quedado probado que así fuera- que obligara a la empresa acudir al correspondiente expediente de regulación de empleo. La situación de hecho quedaba, por tanto, fuera del art. 1.5 del RD 625/1985 «in fine», y por ende, de la previsión normativa aplicada por la sentencia [Acuerdo Segundo. 1) de las Normas de la DPT de Murcia]. En cambio la posición de los actores quedaba subsumida en la regla general prevista en el propio art. 1.5 del Reglamento y en el Acuerdo Segundo. 2) de aquella disposición normativa."



IXº) STSJ Andalucía, Sevilla núm. 2931/2003 de 25 septiembre . JUR 2004\139716, se invoca la aplicación de la normativa específica de la Seguridad Social, y se reitera que: "SEGUNDO.- El artículo 12.1 del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción dada por el Real Decreto Ley 15/1998 de 27 de noviembre, vigente en la fecha de solicitud, consideraba celebrado a tiempo parcial el contrato de trabajo cuando se acordase la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana o al año inferior al 77% de la jornada a tiempo completo. Y el número 3 señalaba que el contrato de trabajo a tiempo parcial se entendería celebrado por tiempo indefinido, cuando se concertase para realizar trabajos fijos y periódicos, tanto dentro del volumen normal de la actividad de la empresa, como para los que no se repitiesen a fecha cierta.

Pero cualquiera que sea la inserción conceptual que quepa establecer del contrato de trabajo fijo discontinuo por tiempo indefinido que vinculaba a la actora, ello pertenece al punto de vista jurídico-laboral, pero no en cuanto a la protección derivada del ordenamiento de la Seguridad Social, en que ya señala el número 2 del artículo 2º del Real Decreto 144/1999 de 29 de enero para el desarrollo del Real Decreto Ley 15/98, que en materia de protección por desempleo será de aplicación su normativa específica, conforme a lo establecido en la regla cuarta de la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de la Seguridad Social , en la que también se remite a lo determinado reglamentariamente en la normativa específica.

En tal sentido, la regla segunda del artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social , considera en su número 4 en situación legal de desempleo a los trabajadores fijos discontinuos cuando carezcan de ocupación efectiva en los términos que se establezcan reglamentariamente. Lo que lleva a lo dispuesto en el Real Decreto 625/1985 de 2 de abril, cuyo artículo 1º. cinco previene que cuando los trabajadores fijos discontinuos dejen de prestar servicios por haber finalizado o interrumpido la actividad intermitente o de temporada, se acreditará la situación legal de desempleo, mediante la presentación de la copia del contrato o de cualquier otra documentación que acredite el carácter de la relación laboral, así como comunicación escrita del empresario acreditando las causas de la citada finalización o interrupción.

TERCERO.- Con ello, el derecho a las prestaciones por desempleo tiene como hecho causante la interrupción en la prestación del trabajo fijo discontinuo, que, según el relato fáctico, tuvo lugar en 30 de junio de 2001. Concediéndose las prestaciones, si concurren los requisitos exigibles para acceder a ella, con independencia de la extensión de la jornada laboral y que sólo se podrá suspender o extinguir por alguna de las causas que se expresan en los artículos 212 y 215 de la Ley General de la Seguridad Social .

En consecuencia, la problemática no radica tanto en cual sea la naturaleza del contrato de trabajadores fijos discontinuos en fechas ciertas, en relación con el contrato de trabajo a tiempo parcial, lo que tendrá su incidencia en el desarrollo y cumplimiento del mismo y en la posible incompatibilidad entre el disfrute de las prestaciones y el desempeño efectivo y real de alguna ocupación laboral retribuida. Sino que lo que ha de tenerse en cuenta es que el fijo discontinuo se encuentre en situación legal de desempleo, durante el tiempo en que no tenga tal ocupación efectiva. Procediendo, en definitiva, la estimación del recurso y la consiguiente revocación de la sentencia impugnada."

Xº) STSJ Andalucía, Sevilla núm. 1934/2003 de 5 junio . JUR 2003\177976, igualmente considera que en aplicación de la normativa específica de la Seguridad Social, estima que los trabajadores fijos discontinuos durante el tiempo que no prestan servicios, están en situación de desempleo, exponiendo: "TERCERO.- Pero cualquiera que sea la inserción conceptual que quepa establecer del contrato de trabajo de fijos discontinuos a fecha cierta con el contrato a tiempo parcial o completo, ello pertenece al punto de vista jurídico-laboral, pero no en cuanto a la protección derivada del ordenamiento de la Seguridad Social, en que ya señala el número 2 del artículo 2º del Real Decreto 144/1999 de 29 de enero , para el desarrollo del Real Decreto Ley 17/1998, que en materia de protección por desempleo, será de aplicación su normativa específica, conforme a lo establecido en la regla cuarta de la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de la Seguridad Social , en la que también se remite a lo determinado reglamentariamente de la normativa específica. Por tanto, no puede darse una interpretación rigorista y en perjuicio del beneficiario a la previsión de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 12/01 , cuando señala que los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de dicha ley se continuarán rigiendo por la normativa legal o convencional vigente en la fecha de su celebración. Lo que tendrá su incidencia, como se ha dicho, en la esfera laboral, pero no en la de la acción protectora de la Seguridad Social, para lo que existe remisión expresa a su normativa específica.

En tal sentido, la regla segunda del artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social , considera en su número 4 en situación legal de desempleo a los trabajadores fijos de carácter discontinuo cuando carezcan de ocupación efectiva, en los términos que se establezcan reglamentariamente. Y dada la ausencia de desarrollo normativo, lleva a lo dispuesto en el Real Decreto 625/1985 de 2 de abril, en cuyo artículo 1º, el apartado cinco previene que cuando los trabajadores fijos discontinuos dejen de prestar servicios por haber finalizado o interrumpido la actividad intermitente o de temporada, se acreditará la situación legal de desempleo, mediante la presentación



de la copia del contrato o de cualquier otra documentación que acredite el carácter de la relación laboral, así como comunicación escrita del empresario acreditando las causas de la citada finalización o interrupción.

Con lo que el derecho a las prestaciones de desempleo, tiene como hecho causante la interrupción en la prestación del trabajo fijo discontinuo, que según el artículo 209, nace a partir de la situación legal de desempleo. Concediéndose las prestaciones, si concurren los requisitos exigibles para acceder a ellas, con independencia de la extensión de la jornada laboral y que solo se podrá suspender o extinguir por alguna de las causas expresadas en los artículos 212 y 215 de la Ley General de la Seguridad Social .

CUARTO.- En consecuencia, la problemática no radica tanto en cual sea la naturaleza del contrato de trabajadores fijos discontinuos en fechas ciertas en relación con el contrato de trabajo a tiempo parcial, lo que tendrá su incidencia en el desarrollo y cumplimiento del mismo y en la posible incompatibilidad entre su efectiva realización y el disfrute de las prestaciones. Sino que lo que ha de tenerse en cuenta, es que el fijo discontinuo se encuentre en situación legal de desempleo durante el tiempo en que no tenga ocupación efectiva. Procediendo, por ello, la desestimación del recurso interpuesto quedando confirmada la sentencia impugnada."

XIº) STSJ Andalucía, Sevilla núm. 257/2003 de 24 enero . JUR 2003\174288, en cuyo fundamento único, igualmente admite la prestación por desempleo para los trabajadores fijos discontinuos, exponiendo que: " El régimen de la prestación por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos goza de una serie de peculiaridades debidas a la propia naturaleza de este tipo de relación laboral. De este modo, a tenor del artículo 208.1.4º se considera situación legal de desempleo la de los trabajadores fijos de carácter discontinuo que "carezcan de ocupación efectiva en los términos que se establezcan reglamentariamente". La Ley General de la Seguridad Social no ha tenido desarrollo reglamentario, por lo que, en materia de desempleo, se puede aplicar, mientras tanto, en lo que no se oponga, las disposiciones contenidas en el Real Decreto 625/85, que constituía el desarrollo de la ya derogada Ley 31/1984 de protección por desempleo. A estos efectos, el artículo 1, párrafo quinto , del texto reglamentario indicado dispone que "la situación legal de desempleo se acreditará de la siguiente forma: cuando los trabajadores fijos discontinuos dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la Empresa, mediante la presentación de la copia del contrato o de cualquier otro documento que acredite el carácter de la relación laboral y comunicación escrita del empresario acreditando las causas justificativas de la citada finalización o interrupción". Por consiguiente, el trabajador fijo discontinuo, con independencia del periodo de duración de la jornada laboral, una vez que se encuentra sin ocupación efectiva, está en situación legal de desempleo y, si concurren los presupuestos necesarios de carencia para lucrar la prestación por desempleo, tendrá derecho a la misma, que sólo se podrá suspender o extinguir por las causas expresamente previstas por el legislador, que se encuentran reguladas en el artículo 6 párrafo 5º del Real Decreto reseñado que establece que "al trabajador fijo de carácter discontinuo que sea llamado para reiniciar su actividad se le suspenderá o extinguirá el derecho a la prestación según que la duración del trabajo sea inferior o igual o superior, respectivamente, a seis meses" -con la normativa actual ha de entenderse que esta referencia es a doce meses, de conformidad con el artículo 212.1 d) de la Ley General de la Seguridad Social y no a seis-. "La falta injustificada de presentación del trabajador cuando sea llamado al reinicio de la actividad será causa de extinción de la prestación por desempleo". Por lo tanto, ha de colegirse que no estamos ante un supuesto de incompatibilidad del artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social , ya que éste precepto regula la situación en la que no se permite el percibo de la prestación o el subsidio por desempleo a la vez que la realización de trabajos por cuenta propia o ajena, excepto en el caso del trabajo a tiempo parcial y, durante el periodo de ocupación efectiva sí que desplegará efectos tal incompatibilidad pero no, por imperativo de la norma, al considerarse situación legal de desempleo, durante el tiempo en el que el trabajador fijo discontinuo no tenga ocupación. Procede, en consecuencia, al no apreciarse la infracción denunciada, con desestimación del recurso de suplicación, la confirmación de la sentencia recurrida." Y en el mismo sentido, por igual Tribunal Superior, sentencia núm. 4546/2002 de 5 diciembre . AS 2003\744.

XIIº) STSJ Castilla-La Mancha, sentencia núm. 573/2007 de 9 abril . JUR 2007\226537, en cuyo fundamento cuarto tras desarrollar la evolución legislativa que afecta a los contratos de los fijos discontinuos, concluye en el sentido de estimar que aquellos en los periodos de inactividad ostentan derecho a la prestación por desempleo: "CUARTO.-Ante tales hechos, la cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si durante el período de inactividad de un contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial surge el derecho a prestación por desempleo, teniendo en cuenta que, la prestación laboral se ha desarrollado, desde 1997, siempre durante el curso escolar; que, desde aquella fecha hasta hoy, para formalizar la referida prestación laboral se han celebrado diversos contratos de trabajo o la trabajadora ha sido objeto de llamamiento; y que durante los períodos de inactividad la actora ha percibido prestaciones por desempleo.

Ciertamente, la modalidad contractual bajo la que se ha cobijado legalmente la prestación de trabajos fijos discontinuos ha variado sustancialmente durante las últimas décadas, dejándose sentir en la protección por desempleo de este colectivo. Tradicionalmente, la citada protección adaptó la protección por desempleo a las



situaciones particulares de paro de estos trabajadores cuando se produce la inactividad durante campañas. Así la Ley 31/1984, de 2 de abril (RCL 1984, 2011) de Protección por Desempleo, contemplaba la protección cuando los trabajadores "fijos de carácter discontinuo" carecieran de ocupación efectiva "en los términos en que se establezca reglamentariamente" (artículo 5.4). A su vez, el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 1039 y 1325), aclaró cualquier duda al respecto, otorgando expresamente el artículo 1.5 protección a los trabajadores fijos discontinuos cuando "dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada".

Esta tendencia se ve modificada por varias reformas acaecidas en el siglo XXI; la primera tiene lugar con el Real Decreto 5/2001 (RCL 2001, 568), al fragmentar al colectivo de trabajadores hasta entonces denominados fijos discontinuos, en dos; por una parte los trabajos "fijos y periódicos dentro del volumen normal de la empresa" que los mantiene en el artículo 12.3; por otra, los fijos discontinuos que los recoloca en el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997); si bien ese mismo precepto distingue entre el contrato que se concierta para realizar trabajos que tengan carácter fijo discontinuo y no se repitan a fechas ciertas, y los concertados para la realización de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas, a los que se aplicará la regulación del contrato a tiempo parcial.

Por su parte, la nueva redacción que el Real Decreto 5/2002, de 24 de mayo (RCL 2002, 1360 y 1479) de Medidas Urgentes para la Reforma de la protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, dio al artículo 208.1.4 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825): "Cuando los trabajadores fijos de carácter discontinuo a los que se refiere el apartado 8 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) carezcan de ocupación efectiva, en los términos que se establezca reglamentariamente" vino a poner en duda que a partir de ese momento constituyese situación legal de desempleo la finalización de la actividad cuando los trabajos se repitan en fechas ciertas.

Esta situación pretendió ser corregida mediante la introducción, por la Ley 45/2002, de algunos cambios en la redacción del artículo 208.1.4 de la Ley General de la Seguridad Social, que a partir de este momento declara que "se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos, de acuerdo con lo que se disponga en desarrollo de esta norma, en los períodos de inactividad productiva"; cambio de redacción que permite entender a la doctrina más autorizada (DESDENTADO/DE LA PUEBLA;GARCÍA MURCIA) que al haberse suprimido en el artículo 208.1.4 de la citada Ley la remisión específica al artículo 15.3 que contenía el Real Decreto 5/2002, sin distinguir modalidades y sin reparar en la diferencia que dentro de los trabajadores fijos discontinuos señala la legislación laboral en los artículos 12.3 y 15.8 del Estatuto de los Trabajadores, habría que deducir que la protección por desempleo se aplica por igual a los fijos discontinuos de fecha cierta y a los fijos discontinuos de fecha incierta."

En conclusión y reiterando los argumentos que preceden, en virtud de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (BOE núm. 312 de 30 de Diciembre de 2006) de Mejora del crecimiento y del empleo, en cuya exposición de motivos (IV) ya se reconoce expresamente la cobertura de los trabajadores fijos discontinuos, así refrendado en los artículos 1, 11, 15. Por lo que manteniéndose vigente la relación laboral del trabajador fijo discontinuo, por los periodos que se encuentre sin actividad laboral, concurre la situación legal de desempleo, lo que así ya viene reconocido para quienes realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas [art. 267.1.d) LGSS aprobada por RDL 8/2015 de 30 de octubre]."

La estimación del presente motivo conlleva la revocación de la sentencia de instancia, y la estimación del recurso en cuanto al fondo.

FALLAMOS

Que estimando el recurso formulado por Jesús Ángel contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Jaén en fecha 6 de noviembre del 2015, Autos Nº 727/2014, seguidos a instancia de Jesús Ángel en reclamación sobre prestación por DESEMPLEO contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, debemos revocar y revocamos la indicada sentencia declarando el derecho del demandante a la prestación por desempleo contributivo, dejando sin efecto la Resolución de 7 de enero del 2014 dictada por el Servicio Público de Empleo Estatal, Dirección Provincial de Alicante, por no ser conforme a derecho, condenando a las partes a estar y pasar por la presente resolución.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de su notificación.

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



PUBLICACION.- Leída y publicada en audiencia pública fue la anterior sentencia el mismo día de su fecha.
Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ