



Roj: **STSJ MU 2117/2019 - ECLI:ES:TSJMU:2019:2117**

Id Cendoj: **30030340012019101133**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2019**

Nº de Recurso: **1252/2018**

Nº de Resolución: **1109/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL RODRIGUEZ GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA : 01109/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

PASEO DE GARAY, 5 - 2ª PLANTA - 30005 - MURCIA (UPAD)

Tfno: 968817243-968229216

Fax: 968817266-968229213

Correo electrónico: tsj.social.murcia@justicia.es

NIG: 30030 44 4 2015 0003274

Equipo/usuario: JLG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001252 /2018

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 402/2015

Sobre: DESEMPLEO

RECURRENTE: TERRA FECUNDIS ETT S.L., Andrea

ABOGADO: MAURICIO MAGGIORA ROMERO, FRANCISCO JAVIER NAVARRO ARIAS , ,

RECURRIDOS: TERRA FECUNDIS ETT S.L., Andrea , SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL

ABOGADO: MAURICIO MAGGIORA ROMERO, FRANCISCO JAVIER NAVARRO ARIAS , LETRADO DEL SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL , , , ,

En MURCIA, a nueve de octubre de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA y D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de suplicación interpuestos por D^a Andrea y por TERRA FECUNDIS E.T.T., S.L., contra la sentencia número 481/2017 del Juzgado de lo Social número 4 de Murcia, de fecha 15 de noviembre, dictada en proceso número 402/2015, sobre DESEMPLEO, y entablado por D^a Andrea frente a TERRA FECUNDIS E.T.T., S.L. y SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL.



En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO: La demandante D^a. Andrea , con DNI nº NUM000 , en fecha 12-04-2011, formalizó contrato de trabajo fijo discontinuo con la empresa TERRA FECUNDIS ETT, en virtud del cual ha sido llamada para la prestación de diversas campañas agrícolas mediante contratos de puesta a disposición entre la empresa demandada y distintas empresas usuarias, que obran en autos y se dan aquí por reproducidos.

SEGUNDO: El último cese en la actividad se produjo el día 11- 09-2014 por finalización de la campaña, y la actora solicitó la prestación por desempleo, que le fue reconocida por resolución del SPEE de 16-09-2014, 240 días de derecho, días cotizados 730, periodo reconocido de 16-08-2015 a 07-04-2016, base reguladora diaria de 25,15 €.

TERCERO: El SPEE emitió resolución en fecha 13-01-2015, por la que se procede a iniciar procedimiento de revocación del reconocimiento del derecho a percibir la prestación por las siguientes circunstancias: "Que usted alega su condición de trabajador fijo discontinuo de una empresa de trabajo temporal. El cese en ese trabajo es una suspensión del contrato de trabajo ordinario con su empresa de trabajo temporal para lo que se requiere, para acreditar situación legal de desempleo, una resolución recaída en Expediente de Regulación de Empleo, conforme al art. 208.1.2 del TRFLGSS, circunstancia que no concurre en este caso". Y se le comunica que se ha iniciado un procedimiento de revisión del acto administrativo de reconocimiento, con propuesta de revocación del mismo, que el importe de la percepción indebida de la mencionada prestación asciende a 3.853,91 euros correspondiente al periodo de 12-09-2014 al 30-12-2014, y que con la misma fecha se procede a la suspensión cautelar del abono de la prestación que venía percibiendo.

CUARTO: La demandante en tiempo y forma presentó escrito de alegaciones contra la citada resolución.

QUINTO: Por resolución de fecha 17-02-2015 dictada por la Dirección Provincial del SPEE, se acordó revocar la resolución de fecha 16-09-2014, y declarar la percepción indebida de la misma en la cantidad 3.853,91 euros correspondientes al periodo de 12-09-2014 al 30-12-2014.

SEXTO: Disconforme con dicha resolución, la actora, en fecha 23-03-2015, interpuso reclamación previa, que fue desestimada por resolución de fecha 17-04-2015.

SEGUNDO.- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Desestimo la demandada interpuesta por D^a. Andrea frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y TERRA FECUNDIS ETT, confirmo la resolución administrativa impugnada, absuelvo al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL de la pretensión en su contra deducida, y estimo la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la empresa TERRA FECUNDIS ETT con absolución de la misma".

TERCERO.- De la interposición de los recursos y sus impugnaciones.

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por la parte demandante, al que se adhirió la parte demandada Terra Fecundis E.T.T., S.L.

CUARTO.- De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por la parte demandada Servicio Público de Empleo Estatal.

QUINTO.- Admisión de los recursos y señalamiento de la votación y fallo.

Admitidos a trámite los recursos se señaló el día 7 de octubre de 2019 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 4 de Murcia dictó sentencia con fecha 15 de noviembre de 2017, en proceso, nº 402/2015, sobre desempleo, por la que se desestimó la demanda formulada por D^a. Andrea frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y TERRA FECUNDIS ETT, al considerar que el contrato de trabajo suscrito por la empresa Terra Fecundis ETT con la trabajadora demandante para prestar



servicios como trabajadora fija discontinua, solo puede considerarse valido en cuanto pacta su duración indefinida, siendo nula la estipulación que le atribuye fijeza discontinua, con aplicación de lo que dispone el art. 6.4 del Código civil, y en consecuencia, la finalización del contrato de puesta a disposición por terminación de la campaña no supone situación legal de desempleo de la demandante conforme al art. 208.4 de la Ley General de la Seguridad Social.

Frente a dicho pronunciamiento se interpone recurso de suplicación por la parte actora, al que se adhirió la empresa Terra Fecundis ETT, basado en el examen del derecho aplicado, de conformidad con el artículo 193, c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores (anterior 15.8) y del artículo 208.1, apartado 4 de la Ley General de la Seguridad Social y artículo 10 de la Ley 14/1994, reguladora de las ETT, así como las sentencia que se citan, entre ellas la de esta Sala de 13 de junio de 2016 (rec. 58/2016).

El Servicio Público de Empleo Estatal se opone al recurso, habiéndolo impugnado.

FUNDAMENTO SEGUNDO.- La cuestión que se debate en el presente recurso se centra en determinar si la actora se encuentra en la situación legal de desempleo prevista para los trabajadores fijos discontinuos y, más concretamente, la de decidir la validez del contrato de trabajo suscrito por aquel con la empresa Terra Fecundis ETT SL, para prestar servicios como trabajador fijo discontinuo.

La cuestión suscitada ha sido decidida por esta Sala en sentencias más recientes a las alegadas por la parte actora y recurrente en sentencias de 19 de julio de 2017 (nº 747/2017, rec. 366/2017) y de 31 de enero de 2018 (nº 103/2018, rec. 826/2017) en el sentido de que, "Si bien esta Sala en una anterior sentencia ha venido afirmando la validez de la contratación de trabajadores fijo discontinuos por parte de la empresas de trabajo temporal (ETT), tal criterio debe ser modificado, no solo porque la citada sentencia fundaba su decisión, tan solo, en el examen de las normas que regulan la constitución y funcionamiento de las ETT, sino también, en función de la reciente interpretación jurisprudencia del artículo 15.8 del ET que se contiene en la sentencia del TS de fecha 26 de octubre del 2016, recurso 3826/2015, dictada resolviendo cuestión diferente relacionada con la contratación temporal para obra o servicio determinado cuando se trata de ejecutar trabajos intermitentes o cíclicos, pero en la que la "ratio decidendi" se fundamenta en la definición de contrato fijo de carácter discontinuo, afirmándose que "existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad", de modo que cuando se dan tales circunstancias en la actividad de la empresa solo cabe tal tipo de contratación.

De conformidad con los términos del artículo 10 de la L 14/1994 de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, "El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición"; el artículo 15 de RD 4/1995 que contiene el desarrollo de la citada Ley, en relación con los trabajadores fijos de la ETT, se limita a establecer que "cuando el trabajador haya sido contratado por tiempo indefinido se le deberá entregar, cada vez que preste servicios en una empresa usuaria, la correspondiente orden de servicio, en la que se indicará: a) Identificación de la empresa usuaria en la que ha de prestar servicios. b) Causa del contrato de puesta a disposición. c) Contenido de la prestación laboral. d) Riesgos profesionales del puesto de trabajo a desempeñar. e) Lugar y horario de trabajo.

Contemplando solo tal regulación legal, en tanto en cuanto admite la posibilidad de que una ETT pueda contratar trabajadores fijos que pueden ser objeto de puesta a disposición de una empresa usuaria, siempre que ello sea para realizar trabajos temporales, en un principio no cabría excluir la posibilidad de que una ETT contrate a trabajadores fijos discontinuos.

Sin embargo tal posibilidad si está excluida por la propia regulación del contrato de trabajo para fijos discontinuos que se contiene en el artículo 15.8 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RDLeg 1/1995, vigente en la fecha en que el trabajador demandante solicitó las prestaciones por desempleo y en el artículo 16 del texto refundido aprobado por RDL 2/1995. Tales preceptos establecen: "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."

De la redacción del apartado 1, se desprende que el contrato de trabajo por tiempo indefinido fijo-discontinuo solo puede ser concertado por aquellas empresas que, por las características de su actividad, no tienen actividad productiva durante todos los días del año, sino que la misma se produce con carácter intermitente o cíclico. Esta característica no concurre en las empresas de trabajo temporal, si bien si puede concurrir en alguna de las empresas usuarias.

De conformidad con los términos de los restantes apartados de los preceptos antes citados, se desprende que la regulación del contrato fijo-discontinuo se desarrolla, de modo importante, a través de los convenios colectivos, pues tanto en la determinación del orden de preferencia para los llamamientos como en la determinación de los ciclos de actividad o campañas, la posibilidad de trabajo a tiempo parcial y la concurrencia de trabajadores temporales y fijos discontinuos depende de las diferentes posibilidades de los ciclos de actividad, de ahí la remisión que el estatuto de los trabajadores hace a la regulación sectorial que se contiene en los convenios colectivos.

La imposibilidad de contratación de trabajadores fijos discontinuos por parte de las empresas de trabajo temporal, no solo deriva de lo anteriormente expuesto, es decir, porque su actividad relacionada con el prestamismo laboral lícito no es intermitente ni cíclica, sino también porque a tal tipo de empresas no resultan de aplicación los convenios colectivos sectoriales que desarrollan la regulación de esta modalidad de prestación de servicios, de modo las mismas no están sujetas a las reglas que para determinar el orden de los llamamientos, ni la concurrencia de trabajadores eventuales con fijos discontinuos que se contiene en los convenio colectivos.

La singularidad de esta modalidad de contrato de trabajo viene a satisfacer las necesidades de las empresas cuya actividad productiva es intermitente o cíclica, de modo que el empresario solo está obligado a retribuir al trabajador y a cotizar por el mismo cuando es llamado a trabajar. Esta misma necesidad no existe en las empresas de trabajo temporal, no solo porque su actividad no presenta la misma característica, sino también, porque por efecto de lo dispuesto en el artículo 11 estas empresas solo pagan salarios a sus trabajadores y cotizan por ellos, ya sean eventuales ya sean fijos, cuando el trabajador es puesto a disposición de la empresa usuaria y mientras dura tal puesta a disposición. La empresa de trabajo temporal disfruta de unas obligaciones en materia de retribución de sus trabajadores similares a las que disfrutaban las empresas de actividad intermitente que contratan a trabajadores fijos discontinuos, pero ello no implica que las ETT puedan contratar bajo la modalidad de trabajo fijo discontinuo.

Se ha de tener en cuenta, así mismo, que, de conformidad con los términos del artículo 1, 6 y 7 de la Ley 14/1995, la ETT solo puede poner a disposición de una empresa usuaria trabajadores con carácter temporal, de modo que, en ningún caso cabe la posibilidad de puesta a disposición en calidad de fijo discontinuo; es por ello que cuando la puesta a disposición se produce durante un periodo prolongado coincidente con la duración de las campañas o ciclos, tal contrato de puesta a disposición reviste caracteres de fraude de ley. En tales casos la interposición de la ETT tiene por objeto disimular bajo la apariencia de una relación temporal lo que de hecho es una relación fija discontinua respecto de la empresa cesionaria, con la finalidad de evitar la aplicación de las reglas contenidas en los convenios colectivos que regulan la conversión de los contratos eventuales en contratos fijos discontinuos.

Consecuentemente con las singularidades de esta modalidad contractual, la relación laboral de duración indefinida se activa cuando el trabajador es llamado a trabajar y permanece en suspensión cuando cesa la actividad y en razón a tal suspensión, el artículo 208.4 de la LGSS (RD/L1/1994) determina que se encontraran en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos en los periodos de inactividad productiva y concede a los trabajadores fijos discontinuos el derecho a percibir la prestación por desempleo.

Por todo lo anteriormente expuesto, en el presente caso, el contrato de trabajo suscrito por la empresa Terra Fecundis ETT con la trabajadora, para prestar servicios como trabajador fijo discontinuo, solo puede considerarse válido en cuanto pacta su duración indefinida, siendo nula la estipulación que le atribuye fijeza discontinua, con aplicación de lo que dispone el artículo 6.4 del Código civil".

Consecuentemente con ello, y como consecuencia de la terminación del contrato de puesta a disposición en relación de la empresa usuaria, no cabe apreciar que la trabajadora demandante se encuentre en la situación legal de desempleo que establece el artículo 208.4 de la LGSS (RD/Leg 1/1994), por lo que, con aceptación



de los argumentos de la Magistrada de instancia, debe desestimarse el recurso de suplicación planteado, confirmándose la sentencia recurrida.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar los recursos de suplicación interpuestos por D^a Andrea y por TERRA FECUNDIS E.T.T., S.L., contra la sentencia número 481/2017 del Juzgado de lo Social número 4 de Murcia, de fecha 15 de noviembre, dictada en proceso número 402/2015, sobre DESEMPLEO, y entablado por D^a Andrea frente a TERRA FECUNDIS E.T.T., S.L. y SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco de Santander, S.A.

Dicho ingreso se podrá efectuar de dos formas:

- 1.- Presencialmente en cualquier oficina de Banco de Santander, S.A. ingresando el importe en la cuenta número: 3104-0000-66-1252-18.
- 2.- Mediante transferencia bancaria al siguiente número de cuenta de Banco de Santander, S.A.: ES55-0049-3569-9200-0500-1274, indicando la persona que hace el ingreso, beneficiario (Sala Social TSJ Murcia) y en el concepto de la transferencia se deberán consignar los siguientes dígitos: 3104-0000-66-1252-18.

En ambos casos, los ingresos se efectuarán a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco de Santander, S.A., cuenta corriente indicada anteriormente.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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