



Roj: **STSJ AND 8497/2011 - ECLI:ES:TSJAND:2011:8497**

Id Cendoj: **18087340012011101274**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2011**

Nº de Recurso: **1407/2011**

Nº de Resolución: **2137/2011**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAFAELA HORCAS BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

M.F.R.

SENT. NÚM. 2137-2011

ILTMO. SR. D. JOSÉ MARÍA CAPILLA RUIZ COELLO

ILTMO. SR. D. JUAN CARLOS TERRÓN MONTERO

ILTMO. SR. D. MANUEL MAZUELOS FDEZ FIGUEROA

ILTMA. SRA. D^a RAFAELA HORCAS BALLESTEROS

MAGISTRADOS

En Granada, a veintidós (22) de septiembre de dos mil once.

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. **1407-11**, interpuesto por Don Torcuato contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. CUATRO DE JAÉN, en fecha 15 de marzo de 2011, en autos núm. **608-10**. Ha sido ponente la Iltma. Sra. Magistrado Doña **RAFAELA HORCAS BALLESTEROS**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Don Torcuato, sobre desempleo, contra INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (INEM) y "NUESTRA SEÑORA DE LA MISERICORDIA, S.C.A."; y admitida a trámite y celebrado juicio, se dictó sentencia en fecha 15 de marzo de 2011, por la que se desestimó la demanda planteada por el actor, absolviendo al INEM de las pretensiones deducidas en su contra.

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

PRIMERO .- Don Torcuato, mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000, vecino de Torreperogil (Jaén), prestó servicios para Sociedad Cooperativa Agraria Nuestra Señora de la Misericordia, dedicada a la actividad de almazara, como trabajador fijo discontinuo, con la categoría profesional de oficial 2^a de patio.



La sentencia dictada el 26.03.2010 por este Juzgado, autos 13/10, declara como despido improcedente la falta de llamamiento del actor en la campaña iniciada el 5.12.2009 y contiene, entre otros, los siguientes hechos probados:

" **SEGUNDO.**- *El actor inició su relación laboral con la demandada en la campaña de recolección de aceituna 1996/1997.*

Los periodos en que el actor ha estado en alta en la empresa demandada han sido:

- 26.12.1996 a 9.03.1997.
- 12.12.1997 a 4.03.1998.
- 5.12.1998 a 14.02.1999.
- 9.12.1999 a 20.01.2000.
- 12.12.2000 a 25.03.2001.
- 30.03.2001 a 21.05.2001.
- 11.12.2001 a 1.03.2002.
- 14.03.2002 a 20.08.2002.
- 1.10.2002 a 30.11.2002.
- 4.12.2002 a 17.03.2003.
- 25.03.2003 a 10.03.2004.
- 13.12.2004 a 17.02.2005.
- 11.12.2006 a 10.03.2007. "

" **TERCERO.**- *En la campaña de recolección de aceituna 2007/2008, el Presidente del Consejo Rector de la cooperativa agraria demandada dirigió el 8.11.08 escrito al actor con el siguiente tenor "Estando próxima la recolección de la aceituna Campaña 2007/2008, le rogamos que a la mayor brevedad posible y siempre antes de quince días comunique en estas oficinas, si está dispuesto a prestar servicios durante dicha Campaña.", contestando el actor mediante escrito de 3.12.2008 que "en la actualidad me encuentro en incapacidad temporal derivada del accidente de trabajo sufrido en esa empresa el día 14.07.2003, ..., estando pendiente en la actualidad de pasar por tribunal el día 5/12/2008."*

La duración de esta campaña fue de 10.12.07 a 5.03.08, hecho probado 4º de la sentencia firme dictada por este Juzgado, autos 69/09. En la campaña de recolección de aceituna 2008/2009, el Presidente del Consejo Rector de la cooperativa agraria demandada dirigió el 22.12.08 escrito al actor con el siguiente tenor "Estando próxima la recolección de la aceituna Campaña 2008/2009 y perteneciendo Ud. a la plantilla de personal de esta Almazara, le rogamos que a la mayor brevedad posible y siempre antes de quince días comunique en estas oficinas, si está dispuesto a prestar servicios durante dicha Campaña."

El actor contestó mediante escrito el 30.12.2009 en el que comunicaba "nuevamente les manifiesto que me encuentro en situación de incapacidad temporal por recaída desde 29/12/2004 por accidente de trabajo sufrido en esa cooperativa.....En lo que se refiere a mi incorporación al trabajo, les indico que en la actualidad y al haber pasado por la Comisión de Valoración de Incapacidades estoy pendiente que dicten resolución sobre invalidez permanente, cuestión que creo me será notificada en breve plazo. Por la razón antes indica y porque me encuentro en la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, no puedo incorporarme hasta tanto no sea alta por no ser declarado invalido permanente." La empresa no adoptó decisión alguna."

En el fundamento de Derecho segundo se razona que " *También ha de abonar la empresa demandada a la actora los salarios de tramitación a razón de 39,18 euros diarios desde la fecha del despido, 5.12.09. Cuestión que también se ve afectada por la condición de fijo discontinuo, pues sólo se le retribuye los días efectivos de trabajo.*

En el caso de autos, de un lado, la empresa no ha acreditado el número de días efectivos de trabajo realizados durante la presente campaña, pese a la facilidad de prueba de la misma, de otro y partiendo de los propias campañas anteriores, dada la fecha de dictado de la presente resolución, la campaña 09/10 o ha debido finalizar o está muy próxima su finalización, luego en el cálculo de los salarios de tramitación ha de volverse a tener en cuenta la media aritmética de días de trabajo efectivo en las anteriores campañas, de 90 días de trabajo efectivo por campaña, obteniéndose en este concepto la suma de 6.576,3 euros "



SEGUNDO .- En cumplimiento de la sentencia dictada por este Juzgado, autos 13/10, la empresa, quien optó por el abono de la indemnización, cotizó por el actor en concepto de salarios de tramitación por el periodo 6.12.2009 a 5.03.2010 (90 días).

TERCERO .- El actor solicitó, con fecha de 5.05.10, la prestación por desempleo, que le fue denegada por resolución de 1.05.2010 porque "en el momento de la situación legal de desempleo, no tiene cotizados a un régimen que proteja la contingencia por desempleo al menos 360 días en los últimos seis años".

El INEM computa como periodos cotizados de 13/12/2004 a 17/02/2005, 67 días, de 11/12/2006 a 10/03/2007, 90 días y de 6/12/2009 a 5/03/2010, 90 días.

CUARTO .- La parte actora interpuso reclamación administrativa el 1.07.10 interesando le sean tenidos en cuenta para el cómputo de días cotizados a efectos de reconocimiento de prestación por desempleo los días de incapacidad temporal de las campañas de aceituna 2007/2008 y 2008/2009 y como salarios de tramitación hasta 26.03.2010, siendo desestimada dicha reclamación previa por resolución de 3.08.10.

QUINTO .- El último periodo de prestación por desempleo percibido por el actor fue 1.05.2006 a 26.06.06 y percibió subsidio de 26.10.06 a 10.12.2006.

El actor percibió pago directo de incapacidad temporal en el periodo 18.02.2005 a 13.12.2005., y prestación de la mutua Fremap de 16.06.2004 a 12.12.2004.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por Don Torcuato , recurso que posteriormente formalizó, 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.- La sentencia de instancia desestima la pretensión del actor, frente a la misma se alza mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de un motivo de censura jurídica al amparo del art. 191.c de la LPL por infracción del art. 207.b y 210 de la LGSS , en relación con el art. 1 de la Resolución de la Dirección General del Régimen Económico de la SS de 12 de febrero de 1979 , por entender que si el trabajador recurrente que es llamado a desarrollar su trabajo como fijo discontinuo y que no puede reincorporarse por encontrarse en situación de IT derivada de recaída de un accidente de trabajo sufrido en la empresa en una campaña anterior, tiene derecho a que la empresa cotice a la seguridad social por dicho trabajador, durante el periodo que dure la campaña en la que no ha podido incorporarse por estar en situación de IT. El recurso ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO . - Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la recurrente la infracción citada anteriormente. Del relato de hechos probados de la sentencia pone de manifiesto que durante las campañas 2007/2008 y 2008/2009 el actor no se reincorporó a la empresa a prestar servicios por encontrarse en situación de incapacidad temporal.

La Sala considera que siendo cierto que los trabajadores fijos discontinuos disfrutan de un régimen jurídico peculiar, derivado del derecho a ser contratados cuando la empresa precisa efectuar las labores propias de su categoría profesional, lo que no puede equivocarse con el derecho a mantener el contrato cuando no se precisan los servicios de tales trabajadores, también lo es que, solo cuando los trabajadores son contratados y prestan servicios efectivos, esta obligada la empresa a causar en Seguridad Social el alta correspondiente. Concluye que el alta que no se justifica cuando el trabajador es llamado a prestar servicios pero no se reincorpora por encontrarse, como en este caso, en situación de IT, pues aunque no desvinculado de la empresa totalmente, la no prestación de servicios efectivos, no permite mantener un alta en Seguridad Social como trabajador activo, actividad que es lo que justifica la obligación de cotizar consecuencia del alta a tenor del art. 15 de la LGSS , sin que exista norma alguna que permita mantener el alta y cotización de trabajadores que no prestan servicios por encontrarse en IT iniciada con anterioridad. En este sentido es claro y expreso el citado art. 15 de la LGSS según el cual: "...2. La obligación de cotizar nacerá desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente, determinándose en las normas reguladoras de cada Régimen las personas que hayan de cumplirla...". En consecuencia, al no existir tal obligación cuando no se reincorpora a la correspondiente campaña, es por lo que no procede la estimación del recurso interpuesto, al no haberse cometido las infracciones jurídicas citadas por el recurrente.

Se desestima el motivo del recurso por ello.

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



FALLAMOS

Que **desestimando el recurso de suplicación** interpuesto por Don Torcuato contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. CUATRO DE JAÉN, en fecha 15 de marzo de 2011, en autos nº **608-10**, seguidos a su instancia, sobre desempleo, contra INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (INEM) y "NUESTRA SEÑORA DE LA MISERICORDIA, S.C.A.", **debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.**

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 artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ