

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 135/2018, de 13 de febrero de 2018

Sala de lo Social

Rec. n.º 3825/2015

SUMARIO:

Actividad de agricultura. Peón agrícola con contrato de obra o servicio determinado para recogida de cítricos en diferentes campañas. Efectos de la falta de llamamiento. *Aplicación de convenio colectivo (sector del campo de Almería) que condiciona la adquisición de la cualidad de trabajador fijo discontinuo a la prestación de servicios durante un determinado número de días.* Las previsiones del artículo 13.II del convenio colectivo establecen dos formas de reconocimiento de fijo discontinuo: una primera, la de aquellos trabajadores contratados con tal carácter de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.8 del ET o norma vigente en cada momento y, una segunda, los trabajadores que presten sus servicios para una misma empresa durante dos campañas consecutivas o tres alternas, con un promedio de 180 días trabajados cada campaña, siempre que en dicha campaña no se produzca una interrupción de la relación laboral superior a treinta días. Tal cláusula no respeta el presupuesto objetivo del contrato fijo discontinuo tal como lo establece el artículo 15.8 del ET, ya que condiciona la adquisición de dicha condición a la prestación de servicios en varias campañas, bajo no se sabe que modalidad contractual, eludiendo la configuración legal del contrato en cuestión; y constituyendo, consecuentemente, un claro supuesto de regulación convencional *contra legem*, vedado en nuestro ordenamiento jurídico. Existe, por tanto, un despido verbal por falta de llamamiento, lo que implica la declaración del despido como improcedente.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 15.1 a) y 8 y 56.1.

Resolución de 28 de agosto de 2007 (Convenio Colectivo de trabajo en el campo de la provincia de Almería para los años 2007-2009), art. 13.II b).

PONENTE:

Doña Milagros Calvo Ibarlucea.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3825/2015

Ponente: Excm. Sra. D.ª Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol
D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

En Madrid, a 13 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Juan Luis , representado y defendido por la letrada Doña Silvia Martín Arcos contra la sentencia dictada el 3 de septiembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en recurso de suplicación nº 1413/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Almería , en autos nº 1431/2013, seguidos a instancia de D. Juan Luis contra la empresa Naranjas Jiménez, S.L., sobre despido, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido la empresa Naranjas Jiménez, S.L., representada y defendida por la letrada D^a Eva García Marina.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 26 de febrero de 2015, el Juzgado de lo Social nº 4 de Almería, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, desestimando la demanda formulada por Juan Luis , frente a Naranjas Jiménez, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos de la demanda».

Segundo.

Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO: El actor, Juan Luis , con NIE NUM000 , ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, Naranjas Jiménez SL, dedicada a la actividad de agricultura, en el centro de trabajo ubicado en Almería, con la categoría profesional de peón agrícola, con una retribución diaria bruta de 46,08 euros, desde el día 31 de enero de 2007, en diferentes campañas, con las siguientes jornadas reales (certificado de empresa): - campaña 2007: 236. - campaña 7-8: 102. - campaña 8-9: 153. - campaña 9.-10: 128. - campaña 10-11: 159. - campaña 11-12: 15. - campaña 12-13: 191. SEGUNDO : El actor ha prestado servicios para la demandada en virtud de sucesivos contratos de duración determinada para obra o servicio, con objeto consistente en exigencias circunstanciales del mercado para recogida de cítricos. TERCERO: Las campañas de la empresa demandada duran desde el 1 de septiembre hasta el mes de mayo aproximadamente cada año (indiscutido). CUARTO: Resulta de aplicación a la relación laboral de las partes el Convenio Colectivo Provincial de trabajo en el campo de Almería (BOP 17/09/07). QUINTO: El actor no ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de representante legal de los trabajadores de la empresa. SEXTO.- En fecha de 4 de noviembre de 2013 tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación, teniéndose por intentada sin efecto».

Tercero.

Contra la anterior sentencia, por la representación legal de D. Juan Luis , se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, dictó sentencia en fecha 3 de septiembre de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Juan Luis contra Sentencia dictada el día 26 de Febrero de 2.015 por -Juzgado de lo Social núm. Cuatro de los de Almería , en autos seguidos a instancia del recurrente contra la empresa NARANJAS JIMÉNEZ, S.L., en reclamación sobre despido, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida».

Cuarto.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, por la representación legal de D. Juan Luis , se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fechas 7 de marzo de 2003 (rcud. 36/2002) y 18 de septiembre de 2012 (rcud. 3880/2011).

Quinto.

Se admitió a trámite el recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. No habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 7 de febrero de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

El trabajador ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, Naranjas Jiménez S.L., dedicada a la actividad de agricultura, en el centro de trabajo ubicado en Almería, con la categoría profesional de peón agrícola, desde el día 31 de enero de 2007, en diferentes campañas, hasta la última de 2012/2013. Tales servicios lo fueron en virtud de contratos para obra o servicio determinado con objeto consistente en exigencias circunstanciales del mercado para recogida de cítricos. Las campañas de la empresa demandada duran desde el 1 de septiembre hasta el mes de mayo aproximadamente cada año. Las jornadas reales realizadas por el demandante fueron: campaña 2007: 236, campaña 2007-2008: 102, campaña 2008-2009: 153, campaña 2009-2010: 128, campaña 2010- 2011: 159, campaña 2011-2012: 15, campaña 2012-2013: 191. La relación laboral se rige por el Convenio Colectivo Provincial de trabajo en el campo de Almería (BOP 17/09/07). El trabajador no fue llamado para la campaña 2013/2014. Presenta demanda por despido y el Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería, en sentencia de 26 de febrero de 2015 , autos 1431/2013, desestima la demanda. El actor formula recurso de suplicación que fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en sentencia de 3 de septiembre de 2015 (rec. 1413/2015), al considerar que el demandante no reúne los requisitos del Convenio Colectivo para tener la condición de trabajador fijo discontinuo.

Por la parte actora se recurre en casación para la unificación de doctrina formulando un motivo o punto de contradicción, en el que invoca como sentencia de contraste la dictada por esta Sala, el 18 de septiembre de 2013 (rcud. 3880/2011). En el segundo motivo, con amparo en el apartado b) del art. 224.1 LRJS , se denuncia la infracción de la doctrina recogida en la sentencia antes invocada y, en el tercer motivo, con igual amparo procesal que el anterior, denuncia la infracción de los artículos 15.1 a) y 8 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el art. 3 del mismo texto legal , con cita de la sentencia de esta Sala, de 7 de marzo de 2003 (rec. 36/2002). Finalmente, señala un cuarto motivo en el que denuncia la vulneración del art. 97.2 LRJS , en relación con los arts. 24 CE , 218.1 LEC y 3 LOPJ , invocando la existencia de incongruencia omisiva en la sentencia recurrida por no haberse pronunciado la sentencia sobre el cómputo como tiempo efectivo de trabajo de los descansos semanales, festivos vacaciones.

Del escrito de interposición del recurso se obtiene que la parte recurrente destina el que denomina como primer motivo a describir la contradicción, en lo que constituye la relación precisa y circunstanciada a la que se refiere el apartado a) del art. 224.1 LRJS , dedicando los motivos siguientes a la infracción legal cometida. Pues bien, respecto del último motivo, en el que se denuncia una incongruencia omisiva de la sentencia recurrida debemos rechazar su examen por cuanto que nada de ello se recogió en el escrito de preparación del recurso y, en consecuencia, no es posible introducirlo en este momento cuando, además, no se ha identificado sentencia de contraste alguna para poder entrar a resolver la infracción procesal que se denuncia. Por tanto, rechazado el último motivo que, por ser de naturaleza procesal debió haberse planteado con carácter previo a los demás, pasamos

seguidamente a analizar si entre la sentencia recurrida y la de contraste concurre la contradicción en relación con el carácter fijo discontinuo de la relación laboral que la parte actora invoca, señalando que el Ministerio Fiscal ha emitido informe manifestando la procedencia del recurso.

Segundo.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R. 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010 , 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 .

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007 ; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006 ; 18 de julio de 2008, R. 437/2007 ; 15 y 22 de septiembre de 2008 , R. 1126/2007 y 2613/2007 ; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007 ; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007 ; 3 de noviembre de 2008, 2637/2007 y 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, 2470/2007 ; y 18 y 19 de febrero de 2009 , 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010 , 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011 , 18 de enero de 2012, 1622/2011 y 24 de enero de 2012 R. 2094/2011 .

Entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la LRJS , tal y como ya se advirtiera por esta Sala, en la sentencia de 26 de octubre de 2016 (rcud. 3826/2015), apartándose del criterio adoptado en los AATS de 9 de marzo de 2016 (rcud 1498/2015), y 7 de junio de 2016 (rcud. 2809/2015), y que motivó que esta Sala declarara la nulidad del auto de inadmisión dictado con fecha 13 de diciembre de 2016.

Así es, según se dijo en nuestra sentencia, de la invocada como contradictoria " se desprenden los siguientes datos relevantes: 1) El actor había prestado servicios para la estación de esquí de Sierra Nevada, CETURSA, con la categoría de peón. 2) Los períodos acreditados de trabajo fueron los siguientes: Desde el 27 de febrero de 2008 hasta el 2 de abril de 2008; 36 días. -Desde el 25 de noviembre de 2008 hasta el 25 de mayo de 2009; 182 días. -Desde el 12 de enero de 2010 hasta el 23 de abril de 2010; 102 días. -Desde el 14 de febrero de 2011 hasta el 20 de febrero de 2011; 7 días. En total 327 días. 3) el último contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicio determinado a tiempo completo, folios 68 y 69, estableciendo en la cláusula tercera que la duración del contrato se extenderá desde el 14/02/2011 hasta terminación de trabajos. 4) Era de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de trabajo para la empresa Cetursa Sierra Nevada, S.A. (Remontes). 5) El artículo 31 de dicho convenio disponía que: "Adquirirán la condición de fijos discontinuos aquellos trabajadores que, incorporados a la Empresa el día 10 de febrero de 2003, tengan acreditados 450 días trabajados en la misma, aunque no sea de forma continuada e independientemente de las categorías profesionales en que haya desempeñado su función". 6) Al actor se le comunicó por escrito de fecha 14 de febrero de 2011 que con efectos 20 de febrero de 2011 finalizaba el contrato suscrito por terminación de los trabajos.

Con este panorama fáctico, la Sala de Granada desestimó la demanda declarando que no hubo despido sino extinción válida del contrato de trabajo de obra o servicio determinado por finalización de los trabajos objeto del contrato. Sin embargo, esta Sala Cuarta, reiteró doctrina en el sentido de que la relación laboral examinada era fija discontinua porque la actividad se repetía en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y con una cierta homogeneidad, respondía a las necesidades normales, habituales y permanentes de la demandada durante la temporada de esquí, de forma que tal actividad no podía cubrirse con contratos temporales porque no

había limitación temporal del servicio o la obra, sino reiteración en el tiempo, de forma permanente, de las tareas en determinados períodos que se repiten todos los años, aunque no en las mismas fechas.

Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS, tal como informa el Ministerio Fiscal. Ambas sentencias contemplan la misma cuestión litigiosa: determinar si el contrato que unía a las partes era temporal de obra o servicio determinado o fijo discontinuo, cuestión que plantean los respectivos actores cuando se les rescinde el contrato de obra que venía cubriendo la última temporada en la que estaban prestando servicios. En ambos supuestos existe una previsión convencional que limita el acceso a la condición de fijos discontinuos en función de un número de jornadas trabajadas. La recurrida decide la cuestión planteada aplicando las previsiones limitativas del convenio colectivo, mientras que, por el contrario, la sentencia de contraste ignora lo previsto en el convenio de empresa y aplica la norma pertinente (artículo 15.8 ET -en la actualidad artículo 16 ET) de conformidad con la doctrina unificada sobre los contratos para fijos discontinuos.

No impide la contradicción que se trate de dos actividades diferentes, agrícola una, el esquí la otra, pues tal circunstancia resulta irrelevante dado que el problema planteado es el mismo y en él no influye el tipo de actividad de que se trate, pues ambas son actividades estacionales que se repiten de manera cíclica y permanente, aunque no en las mismas fechas. Tampoco resulta relevante que en ambos supuestos se apliquen convenios diferentes por razón de la actividad, puesto que lo relevante, en este caso, es que ambos contienen sendas cláusulas limitativas, muy parecidas, que condicionan la adquisición de la cualidad de trabajador fijo discontinuo a la prestación de servicios durante un determinado número de días".

Por tanto, apreciada la contradicción, pasamos a resolver los motivos de infracción de norma que se han denunciado.

Tercero.

Como se ha indicado anteriormente, bajo el segundo motivo y con amparo en el apartado b) del art. 224.1 LRJS se denuncia la infracción de la jurisprudencia, recogida en la sentencia de 18 de septiembre de 2012 (rcud 3880/2011), que es la que anteriormente se ha analizado a los efectos de la contradicción. En el siguiente motivo, con igual amparo procesal, se denuncia la infracción del art. 15.1 a) y 8 del ET y el art. 3 del mismo texto legal, con cita de la sentencia de esta Sala, de 7 de marzo de 2003 (rcud 36/2002). Según la parte recurrente, la doctrina seguida en la sentencia recurrida vulnera los preceptos legales y la jurisprudencia que los ha interpretado ya que su actividad laboral debe ser calificada como fija discontinua al responder a las características que la definen.

Los dos motivos deben ser resueltos conjuntamente por cuanto que ambos se destinan a hacer valer el carácter fijo discontinuo de la relación laboral existente entre las partes, ya desde el aspecto normativo como jurisprudencial.

Pues bien, la cuestión suscitada en el recurso ha sido resuelto por esta Sala, tal y como venimos exponiendo, por lo que debemos seguir el criterio adoptado por la sentencia de 26 de octubre de 2016, al encontrarnos ante un trabajador de la misma empresa y que desarrolla la misma actividad.

Y en esa línea, lo primero que se advierte es que la actividad del demandante no encaja en la contratación para obra o servicio determinado sino que, como se ha entendido por esta Sala, la relación laboral de los trabajadores que atienden la campaña agrícola en la empresa demandada, son trabajadores fijos discontinuos porque la actividad desplegada por ellos, aunque limitada en el tiempo, no es de duración incierta. Y en ese sentido se ha dicho por esta Sala que: " En efecto, la doctrina jurisprudencial de esta Sala es constante en la apreciación de la clara distinción entre el contrato temporal para obra o servicio determinado y el contrato fijo discontinuo. Así en las SSTs de 30 de mayo de 2007, recurso 5315/05, siguiendo lo establecido en las de 5 de julio de 1999, recurso 2958/98 y 21 de diciembre de 2006, recurso 4537/05, en doctrina reiterada por la sentencia aquí aportada como de contraste la Sala ha establecido lo siguiente:

«cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados. Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando esta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular.

Por el contrario 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 conformidad con el artículo 15.1 a) ET , el contrato para obra o servicio determinado tiene por objeto la realización de una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia y, cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; en cambio, el contrato fijo discontinuo descansa en el carácter permanente e integrante del volumen normal de la actividad empresarial. En el supuesto que examinamos, al igual que ocurría en el que está en la base de la sentencia de contraste, resulta que la actividad contratada (recolección de cítricos), que se prestó durante más de ocho campañas consecutivas con distinta intensidad, constituye una necesidad empresarial que se repite en intervalos separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad. La actividad de peón en la recolección de cítricos responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa durante la campaña agrícola de recolección de la fruta y no puede cubrirse a través del contrato eventual porque la misma no responde a necesidades extraordinarias por circunstancias de producción temporalmente limitadas, ni tampoco puede atenderse mediante contratos de obra o servicio determinados, porque no hay limitación temporal de la obra o servicio, sino reiteración en el tiempo de forma permanente de las tareas en determinados períodos que se repiten todos los años, aunque no en las mismas fechas" .

Igualmente, y en orden a las previsiones del Convenio Colectivo que rige la relación laboral del recurrente, en relación con la adquisición de la condición de trabajador fijo discontinuo, debemos recordar que el citado convenio, en su art. 13.II, sobre Clasificación del personal, según su permanencia en la empresa, destina el apartado b) al "trabajador fijo discontinuo diciendo que " Son aquellos trabajadores contratados con tal carácter de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores o norma vigente en cada momento.

También adquirirán la condición de fijos discontinuos, los trabajadores que presten sus servicios para una misma empresa durante dos campañas consecutivas o tres alternas, con un promedio de 180 días trabajados cada campaña, siempre que en dicha campaña no se produzca una interrupción de la relación laboral superior a treinta días, adquiriendo dicha condición al inicio de la siguiente campaña.

El trabajador fijo-discontinuo prestará sus servicios en las labores agrícolas, forestales o pecuarias para las que esté contratado, dentro de la campaña o período cíclico de producción de servicios, los días que tengan la condición de laborales.

Dicha prestación, por su naturaleza, puede ser intermitente, ya que dependerá del estado de los terrenos, grado de maduración de los productos, demanda de pedidos, circunstancias climatológicas, etc. .

La ejecución del trabajo se desarrollará con las intermitencias propias de las actividades cíclicas o periódicas no continuas y los días de trabajo efectivos durante la campaña dependerán de las circunstancias indicadas en el párrafo anterior.

Los trabajadores fijos de trabajos discontinuos, deberán ser llamados por riguroso orden de antigüedad dentro de cada especialidad. El trabajador, en caso de incumplimiento, podrá reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

A los efectos del cómputo de los días a que se refiere el párrafo segundo de este apartado, para las labores hortofrutícolas en invernadero se computará desde el 1 de septiembre al 31 de agosto de cada año, en tanto que para el resto de actividades se estará al año natural.

En ambos casos, la actividad no tendrá que desarrollarse en todo el período completo, ya que la duración de la campaña dependerá de lo establecido en los párrafos anteriores".

Sobre esa regulación del Convenio Colectivo hemos dicho que allí se contempla la figura propia del art. 15.8 ET , al remitirse a dicho precepto, pero junto a ella recoge otras formas de adquirir la condición de tal que pueden entrar en colisión con la norma estatal, los que nos llevaría a la jerarquización de las fuentes del derecho porque, en definitiva, lo que hace la norma convenida es establecer otro modelo de trabajo fijo discontinuo que no se ajusta a la previsión del ET, al vincularlo a la necesidad de alcanzar un número determinado de jornadas u horas de actividad. Y así se ha dicho por esta Sala que " En primer lugar, las previsiones del artículo 13.II del Convenio Colectivo provincial de trabajo en el campo de Almería establecen dos formas de reconocimiento de fijo discontinuo: una primera la de aquellos trabajadores contratados con tal carácter de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores o norma vigente en cada momento; y, una segunda, los trabajadores que presten sus servicios para una misma empresa durante dos campañas consecutivas o tres alternas, con un promedio

de 180 días trabajados cada campaña, siempre que en dicha campaña no se produzca una interrupción de la relación laboral superior a treinta días. Estas dos previsiones no agotan las posibilidades para que un trabajador pueda adquirir la condición de fijo discontinuo, puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.8 ET (hoy artículo 16 ET) será también trabajador de esta naturaleza el que realice trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas dentro del volumen de actividad de la empresa; y ello con independencia, del número de jornadas que realice anualmente, porque es, como se avanzó, el carácter de necesidad reiterada y permanente el tiempo de la actividad contratada la que determina la presencia de la modalidad contractual.

En segundo lugar, en todo caso, la cláusula que se contiene en el precepto convencional examinado que reserva la condición de fijo discontinuo a la prestación de servicios durante determinados períodos temporales resulta ilegal en cuanto que determine que, a salvo los trabajadores contratados directamente como tales, sólo podrían adquirir la condición de fijos aquéllos que cumplieran los requisitos allí establecidos. Tal cláusula no respeta el presupuesto objetivo del contrato fijo discontinuo tal como lo establece el artículo 15.8 ET (hoy artículo 16 ET) ya que condiciona la adquisición de dicha condición a la prestación de servicios en varias campañas, bajo no se sabe que modalidad contractual, eludiendo la configuración legal del contrato en cuestión; y constituyendo, consecuentemente, un claro supuesto de regulación convencional contra legem, vedado en nuestro ordenamiento jurídico por los artículos 3 y 82 ET " .

Y a lo anteriormente razonado no se opone la remisión que hace el art. 15.8 ET 1995 (hoy art. 16.4 ET), a la negociación colectiva, o lo que sería la previsión legal disponible por el convenio y que no debe entenderse como una dejación general del régimen jurídico de los trabajadores fijos discontinuos a aquella negociación, como parece desprenderse de la sentencia recurrida, sino que dicha previsión los es a los efectos, simplemente, de transformar contratos temporales, legalmente suscritos, en fijos pero no la de impedir que un contrato temporal fraudulento pueda desplegar los efectos propios que el fraude legal lleva aparejados, tal y como sucede en este caso. Y en ese sentido sigue diciendo nuestra sentencia que " En tercer lugar, la cláusula convencional no puede considerarse cubierta por la remisión que el artículo 15.8 ET (hoy artículo 16.4 ET) realiza a la negociación colectiva en los siguientes términos: "los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las necesidades del sector así lo justifiquen, los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en fijos-discontinuos". Tales cláusulas pueden favorecer la estabilidad en el empleo de quienes han venido prestando servicios temporales lícitos en la empresa o de quienes han trabajado en campañas previas en la misma empresa; pero lo que no pueden hacer es establecer condicionamientos no previstos en la ley para la adquisición de la condición de fijos discontinuos, ni exigencias de permanencia previa en la empresa para adquirir tal condición en supuestos en los que la actividad contratada es, desde su principio, una actividad claramente estacional cíclica y permanente".

La aplicación de lo anteriormente expuesto lleva a la estimación del motivo al ser la doctrina correcta la que se recoge en la sentencia de contraste. Todo ello sin que aquí sea necesario hacer uso de lo dispuesto en el art. 163.4 LRJS al haber sido ya adoptada en la sentencia de 26 de octubre de 2016 (rcud. 3826/2015), la medida que en él se contempla, de puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de la ilegalidad de la disposición convencional analizada en los extremos que en ella ya se advirtieron.

Cuarto.

La estimación del motivo hace necesario resolver el debate en suplicación y, en consecuencia, estimar el recurso de igual clase interpuesto por el demandante, estimando la demanda interpuesta por el trabajador al ostentar éste la condición de trabajador fijo discontinuo y existir un despido verbal por falta de llamamiento para la campaña 2013/2014, conforme dispone el art. 13.II b), párrafo 6 del Convenio Colectivo , todo lo cual lleva a revocar la sentencia de instancia y declarar la improcedencia del despido, conforme a lo dispuesto en el art. 56.1 ET y art. 110.1 LRJS , con condena a la empresa Naranjas Jiménez SL a las consecuencias inherentes a dicha declaración, lo que supone la opción en el plazo de cinco días por la inmediata readmisión en las mismas condiciones con abono de los salarios de tramitación (artículo 56.2 ET) o el pago de la indemnización en la cuantía resultante de lo dispuesto en el artículo 56 ET y Disp. Trans . 11ª ET , sin que haya lugar a la imposición de las costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LRJS .

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Juan Luis representado y asistido por la letrada D^a Silvia Martín Arcos.
2. Casar y anular la sentencia dictada el 3 de septiembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en el recurso de suplicación núm. 1413/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería, de fecha 26 de febrero de 2015 recaída en autos núm. 1431/2013, seguidos a instancia de D. Juan Luis , contra Naranjas Jiménez SL, sobre despido y, estimando el recurso de tal clase con revocación de la sentencia de instancia, estimar la demanda interpuesta por D. Juan Luis , declarando la improcedencia del despido, condenando a la empresa Naranjas Jiménez SL a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la inmediata readmisión del demandante, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación o el pago de la indemnización legal.
3. Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.