

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

TRIBUNAL SUPREMO

*Sentencia 728/2020, de 30 de julio de 2020**Sala de lo Social**Rec. n.º 3898/2017*

SUMARIO:

Trabajador contratado como fijo discontinuo por una ETT. Derecho a desempleo cuando se encuentra en periodo de inactividad en la empresa usuaria. Si bien desde el punto de vista de la regulación de las ETT no existe prohibición alguna para la celebración de un contrato de trabajo indefinido fijo-discontinuo, las empresas usuarias únicamente pueden concertar contratos de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada, en prácticas o para la formación y el aprendizaje, no estando permitido que entre ambas se puedan celebrar contratos indefinidos. No obstante, si está prevista la posibilidad de que la ETT celebre un contrato de duración indefinida con el trabajador, con la finalidad de poder suscribir sucesivos contratos con las empresas usuarias de puesta a disposición, sin necesidad de firmar cada vez un contrato con el mismo, debiendo observar el cumplimiento de determinados requisitos recogidos en el artículo 15 del RD 4/1995. No hay, por el contrario, previsión alguna respecto a la posibilidad de que la ETT celebre un contrato indefinido fijo-discontinuo. Tal ausencia de regulación obedece a que no cabe este tipo de contratación por parte de una ETT. En efecto, si el contrato suscrito por la ETT con el trabajador se vincula –como en el caso de los contratos temporales– al contrato de puesta a disposición, ex artículos 6.2 y 10.1 LETT, ocurriría que el contrato de puesta a disposición sería un contrato indefinido, ya que la empresa usuaria interesaría el contrato para cubrir necesidades permanentes, cuales son las típicas de los trabajos fijos discontinuos. Teniendo el contrato de puesta a disposición siempre carácter temporal no procede un contrato de puesta a disposición indefinido fijo-discontinuo, debiendo realizarse por la empresa usuaria la contratación directa de un trabajador fijo-discontinuo. Si el contrato suscrito por la ETT con el trabajador se entiende que ha de atender únicamente a la relación entre ambos contratantes, al margen de la empresa usuaria, no cabría la celebración de dicho contrato. El artículo 16 del ET dispone que 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. No cabe calificar de trabajos fijos-discontinuos la actividad de la ETT que consiste en poner a disposición de la empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. El hecho de que en el supuesto de que la ETT haya realizado contrataciones de trabajadores con carácter indefinido y pueda acontecer que termina un contrato de puesta a disposición y pasa un cierto tiempo hasta que la ETT suscribe otro contrato de tal naturaleza, no significa que estemos en presencia de actividades de carácter fijo-discontinuo, ya que se trata de una peculiar actividad que no puede ser equiparada a las así denominadas. No hay que olvidar 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. No cabe calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT, ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal –a tenor del artículo 6.1 de la LETT– y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad, ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria. No es posible, por tanto, poner a disposición de la empresa usuaria a un trabajador para la realización de tareas cíclicas, que se repiten periódicamente, ya que en ese caso estaríamos ante un trabajador indefinido fijo discontinuo de la empresa usuaria, lo que no está permitido por la LETT, que solo contempla la posibilidad de realizar contratos temporales. Sala General. **Votos particulares.**

PRECEPTOS:

RDLeg 2/2015 (TRET), art. 16.

Ley 14/1994 (ETT), arts. 1, 6, 7, 8, 10 y 15.

PONENTE:

Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Magistrados:

Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don ROSA MARIA VIROLES PIÑOL
Don MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO
Don MARIA LUZ GARCIA PAREDES
Don CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA
Don JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE
Don RICARDO BODAS MARTIN
Don IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3898/2017

Ponente: Excm. Sra. D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 728/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

Dª. María Luisa Segoviano Astaburuaga

Dª. Rosa María Virolés Piñol

Dª. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

Dª. María Luz García Paredes

Dª. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 30 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de la mercantil TERRA FECUNDIS E.T.T. S.L., y por el Letrado D. Francisco Javier Navarro Arias, en nombre y representación de D. Rubén, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 19 de julio de 2017, recaída en el recurso de suplicación núm. 366/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia, dictada el 16 de septiembre de 2016, en los autos de juicio núm. 68/2016, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Rubén, contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y la entidad TERRA FECUNDIS ETT S.L., sobre prestación por desempleo.

Ha sido parte recurrida el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL representado por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 16 de septiembre de 2016, el Juzgado de lo Social nº 2 de Murcia, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva, absuelvo a la empresa "TERRA FECUNDIS ETT, S.L." de las pretensiones deducidas en su contra, y que estimando la demanda interpuesta por D. Rubén contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, declaro el derecho del demandante a percibir prestación por desempleo y condeno al organismo demandado a estar y pasar por esta declaración con los efectos inherentes a la misma".

Segundo.

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " PRIMERO.- En fecha 5-12-13 el demandante formalizó contrato de trabajo fijo-discontinuo con la empresa "Terra Fecundis ETT, S.L.".

SEGUNDO.- El demandante ha sido llamado para la prestación de servicios en actividades agrícolas en los periodos que figuran en los documentos 2 a 5 de los aportados con la demanda, en virtud de los contratos de puesta a disposición aportados por la empresa demandada como documento nº3 de su ramo de prueba.

TERCERO.- Tras el último cese en la actividad, producido el 15-11-15, el demandante solicitó prestación por desempleo, que fue denegada por resolución del Servicio Público de Empleo Estatal de 24-11-15.

CUARTO.- Disconforme con la anterior resolución, el demandante interpuso reclamación administrativa previa, que desestimada".

Tercero.

Contra la anterior sentencia, la representación letrada del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dictó sentencia en fecha 19 de julio de 2017, recurso 366/2017, en la que consta el siguiente fallo: "Estimar el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de septiembre del 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Murcia en el proceso 68/2016, revocarla y, en su lugar, desestimar la demanda interpuesta por D. Rubén contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, confirmando la resolución impugnada de la Dirección Provincial del SPEE de fecha 24-11-2015.

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

Cuarto.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de la mercantil TERRA FECUNDIS E.T.T., S.L., y el Letrado D. Francisco Javier Navarro Arias, en nombre y representación de D. Rubén, interpusieron sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, que se formalizaron ante esta Sala mediante escritos fundados en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 23 de septiembre de 2014, recurso 939/2014.

Quinto.

Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

Sexto.

Se señaló para la votación y fallo el día 17 de marzo de 2020, acto que fue suspendido y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala fijándose para el día 15 de julio de 2020, fecha en que se llevó a efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en resolver si tiene derecho a percibir las prestaciones por desempleo el trabajador contratado como fijo discontinuo por una ETT, cuando se encuentra en periodo de inactividad en la empresa usuaria, planteándose si las ETT pueden celebrar contratos de fijos discontinuos.

2.- El Juzgado de lo Social número 2 de Murcia dictó sentencia el 16 de septiembre de 2016, autos número 58/2016, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva absolviendo a la empresa TERRA FECUNDIS ETT SL. de las pretensiones deducidas en su contra y, estimando la demanda interpuesta por D. Rubén contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y TERRA FECUNDIS ETT SL, declaró el derecho del demandante a percibir prestación por desempleo, condenando al organismo demandado a estar y pasar por dicha declaración, con los efectos inherentes a la misma.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor suscribió contrato de trabajo fijo-discontinuo con la empresa TERRA FECUNDIS ETT SL. Ha sido llamado para la prestación de servicios en actividades agrícolas, en sucesivas fechas, en virtud de los contratos de puesta a disposición.

En todos los contratos, presta servicios para TERRA FECUNDIS ETT SL., que celebró contrato de puesta a disposición con la empresa Scea Reveny, siendo las fechas de inicio de la prestación el 5 de diciembre de 2013, el 30 de enero de 2014, el 6 de noviembre de 2014 y el 30 de julio de 2015.

Tras el último cese en la actividad, producido el 15 de noviembre de 2015, solicitó prestación por desempleo que le fue denegada, mediante resolución del SPEE de 24 de noviembre de 2015.

3.- Recurrida en suplicación por el Letrado del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia dictó sentencia el 19 de julio de 2017, recurso número 366/2017, estimando el recurso formulado y desestimando la demanda interpuesta por D. Rubén.

La sentencia entendió que de la redacción del apartado 1 del artículo 15.8 del ET "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 ¿jo-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 ¿jos 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 ¿jos 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 ¿jos discontinuos que se contiene en los convenio colectivos."

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de TERRA FECUNDIS ETT SL, recurso de casación para la unificación de doctrina, y por el Letrado D. Francisco Javier Navarro Arias, en representación de D. Rubén, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando ambos recurrentes, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 23 de septiembre de 2014, recurso número 939/2014.

El Abogado del Estado, en representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.

Segundo.

Hay que poner de relieve que la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Murcia, de fecha 16 de septiembre de 2016, autos número 58/2016, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por TERRA FECUNDIS ETT SL, absolvió a la citada demandada, pronunciamiento que devino firme pues si bien contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Letrado del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, en representación de dicho organismo, en ningún momento se alegó que no existía falta de legitimación pasiva de la empresa, ni se interesó su condena.

En el propio escrito de impugnación del recurso de suplicación presentado por el Letrado D. Mauricio Maggiora Romero, en representación de TERRA FECUNDIS ETT SL, se hace constar textualmente:

"Con carácter previo a cualquier otra consideración, por esta parte se debe hacer constar que, tal y como se desprende del tenor literal del fallo de la Sentencia transcrito, se produjo la estimación de la excepción procesal de falta de legitimación pasiva alegada por i representada en el acto del Juicio.

Esta cuestión no es combatida, y ni siquiera mencionada, en el Recurso de Suplicación presentado por el SEPE.

Por tanto, y sin perjuicio de las alegaciones que posteriormente se realizarán, debe entenderse que el pronunciamiento de falta de legitimación pasiva de TERRA FECUNDIS deviene firme en el presente pronunciamiento."

Habiéndose apreciado la excepción de falta de legitimación pasiva de TERRA FECUNDIS ETT SL, pronunciamiento que ha devenido firme por no combatido, se plantea si esta mercantil tiene legitimación para interponer recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 19 de julio de 2017, recurso número 366/2017, que estimó el recurso de suplicación formulado por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL.

El artículo 17.5 de la LRJS dispone: "Contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta ley por haber visto desestimadas cualesquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores"

En la sentencia frente a la que la empresa TERRA FECUNDIS ETT SL interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, si bien no existe condena a dicha empresa, en el fundamento jurídico tercero consta textualmente: "Por todo lo anteriormente expuesto, en el presente caso, el contrato de trabajo suscrito por la empresa Terra Fecundis ETT con el trabajador Rubén, 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, como consecuencia de la terminación de contrato de puesta a disposición en relación de la empresa francés Scea Reveny, no cabe apreciar que el trabajador demandante se encuentre en la situación legal de desempleo que establece el artículo 208.4 de la LGSS (RDLeg 1/1994)"

El motivo único del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de TERRA FECUNDIS ETT SL, denuncia infracción de lo dispuesto en los artículos 16 del Estatuto de los Trabajadores y 10 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las empresas de trabajo temporal, señalando en el escrito de interposición del recurso: "El motivo casacional se basa en la errónea aplicación por parte de la sentencia recurrida del artículo 16 del ET y el artículo 10 LETT en relación con la validez de la contratación de trabajadores fijos discontinuos por las Empresas de Trabajo Temporal, y por lo tanto el derecho o no de los trabajadores a percibir la prestación por desempleo durante los periodos de inactividad."

El recurso se orienta a combatir la posible eficacia de cosa juzgada que pudiera adquirir el pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida anteriormente transcrito, que resuelve que respecto al contrato de trabajo suscrito por la empresa TERRA FECUNDIS ETT SL con el trabajador D. Rubén es nula la estipulación que le atribuye fijeza discontinua, con aplicación de lo que dispone el artículo 6.4 del Código Civil.

A la vista del pronunciamiento de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 19 de julio de 2017, recurso número 366/2017, anteriormente transcrito, y del recurso formulado por la empresa TERRA FECUNDIS ETT SL, la Sala concluye que, al amparo de lo establecido en el artículo 17.5 de la LRJS, la citada empresa está legitimada para interponer recurso de casación para la unificación de doctrina contra la precitada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 19 de julio de 2017, recurso número 366/2017.

Tercero.

1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 23 de septiembre de 2014, recurso número 939/2014, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Doña Delfina frente a la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Alicante, en autos número 834/2012, confirmando la sentencia recurrida.

Consta en dicha sentencia que la actora solicitó prestación por desempleo derivada de la interrupción de la actividad como trabajadora fija discontinua, siendo dicha prestación reconocida. Que mediante comunicación posterior se acordó la suspensión cautelar del abono de la prestación, dictándose resolución posterior en la que se declaró la existencia de una percepción indebida en cuantía de 7.305,43 correspondiente al período 8/9/2009 al 12/8/2011, aducándose la condición de la actora como fija discontinua en una empresa de trabajo temporal.

La sentencia entendió que: "Constatado que se produjo el cese efectivo de actividad al concurrir un período de interrupción de los servicios, entendemos que la actora sí que ostentaba el derecho al percibo de prestación por desempleo ya que el propio art. 10 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal señala de manera específica que "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", de donde se infiere que la ETT sí que podía legalmente contratar a la trabajadora como personal fijo discontinuo - art. 15.8 del ET - y no solo en base a contratos de duración determinada de los previstos en el art.15.1 del mismo ET (por obra o servicio, eventual o de sustitución), y por lo tanto, el contrato por tiempo indefinido fijo discontinuo genera la situación legal de desempleo cuando la trabajadora se encuentre en período de inactividad laboral".

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores que han sido contratados como fijos discontinuos por una ETT y que solicitan prestación de desempleo al cesar la actividad en la empresa usuaria, siéndoles denegada la prestación de desempleo por el SPEE, al considerar que no pueden ser contratados como fijos discontinuos por una ETT y, por lo tanto, el cese en su trabajo no genera situación legal de desempleo. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, mientras la sentencia recurrida entiende que no cabe que la ETT celebre un contrato de fijo-discontinuo y, por lo tanto, el trabajador no se encuentra en situación de desempleo al cesar en la empresa usuaria, la de contraste resuelve que si procede la celebración de dicho tipo de contrato por la ETT y, en consecuencia, el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo al cesar en la empresa usuaria.

No se opone a la existencia de contradicción, en contra de lo que alega el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, al impugnar el recurso, que en la sentencia recurrida conste que el trabajador, en virtud del contrato de puesta a disposición, estuvo dedicado a la realización de labores agrarias, lo que no sucede en la sentencia de contraste en la que además no estuvo demandada la ETT, ya que, si bien en la sentencia de contraste no consta la actividad a la que se dedica la empresa, si se consigna expresamente que el SPEE no cuestionó la condición de fija discontinua de la trabajadora dentro de una empresa de trabajo temporal, sino que tan solo ponía en duda -al igual que en la sentencia recurrida- la validez del contrato, al sostener que las ETT no podían celebrar contratos de dicha naturaleza.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

Cuarto.

1.- Ambos recurrentes denuncian vulneración del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 10 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

En esencia aducen que los citados preceptos permiten a las ETT la realización de contratos indefinidos con sus trabajadores de puesta a disposición, sin distinguir dentro del mismo las submodalidades -como el trabajo fijo-discontinuo- que puedan existir.

El Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de TERRA FECUNDIS ETT SL, alega que hay que distinguir dos supuestos:

a) Aquel en el que existe necesidad de la empresa usuaria de cubrir una vacante estrictamente temporal, en el que se encuentra, por tanto, legitimada para gestionar esa actividad a través de una ETT.

b) El segundo supuesto es aquel en que la ETT tiene que cubrir una necesidad permanente pero discontinua, al tener que servir a las empresas usuarias trabajadores de puesta a disposición en aquellos momentos en los que estas se encuentran en campaña. Podría entenderse que esta puesta a disposición tiene carácter fraudulento, pero tal entendimiento no puede realizarse sino analizando caso por caso cada uno de los supuestos que se planteen.

2.- Para una mejor comprensión de la cuestión debatida pasamos a consignar los preceptos que han de tomarse en consideración para su resolución.

- RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores:

Artículo 16 -anterior 15.8-. Contrato fijo-discontinuo.

"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".

-Ley 14/1994, de 1 de junio por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

Artículo 1. Concepto.

"Se denomina empresa de trabajo temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley".

Artículo 6. Supuestos de utilización.

"1. El contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél.

2. Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

Asimismo, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores.

3. El contrato de puesta a disposición se formalizará por escrito en los términos que reglamentariamente se establezcan".

Artículo 7. Duración.

"1. En materia de duración del contrato de puesta a disposición, se estará a lo dispuesto en los artículos 11 y 15 del Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones de desarrollo para la modalidad de contratación correspondiente al supuesto del contrato de puesta a disposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12.3 de esta ley en cuanto a los eventuales períodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios.

2. Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido.

3. Será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición".

Artículo 8. Exclusiones.

"Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos:

a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.

b) Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos.

c) Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c), del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor.

d) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal."

Artículo 10. Forma y duración.

"1. 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.

Dichos contratos se deberán formalizar por escrito de acuerdo a lo establecido para cada modalidad. Asimismo, la empresa de trabajo temporal deberá de comunicar su contenido a la oficina pública de empleo, en los términos que reglamentariamente se determinen, en el plazo de los diez días siguientes a su celebración.

2. Las empresas de trabajo temporal podrán celebrar contratos de trabajo en prácticas y contratos para la formación y el aprendizaje con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora de dichos contratos.

3. La empresa de trabajo temporal podrá celebrar también con el trabajador un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que tales contratos de puesta a disposición estén plenamente determinados en el momento de la firma del contrato de trabajo y respondan en todos los casos a un supuesto de contratación eventual de los contemplados en la letra b) del apartado 1 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo formalizarse en el contrato de trabajo cada puesta a disposición con los mismos requisitos previstos en el apartado 1 de este artículo y en sus normas de desarrollo reglamentario".

-Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal

Artículo 15. Contrato entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador contratado para prestar servicios en empresas usuarias.

"1. El contrato celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para ser puesto a disposición de empresas usuarias se formalizará siempre por escrito, por triplicado, debiendo registrarse en la oficina de empleo dentro de los diez días siguientes a su celebración.

2. El contrato de trabajo de duración determinada, coincidente con la del contrato de puesta a disposición, contendrá, como mínimo, los siguientes datos:

a) Identificación de las partes contratantes, haciendo constar en el caso de la empresa de trabajo temporal el número de autorización administrativa, y su vigencia temporal, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

b) Identificación de la empresa usuaria, especificando el número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

c) Causa del contrato de puesta a disposición.

d) Contenido de la prestación laboral.

e) Riesgos profesionales del puesto de trabajo.

f) Duración estimada del contrato de trabajo.

g) Lugar y horario de trabajo.

h) Remuneración convenida.

3. 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".

3.- Del examen de los preceptos transcritos se concluye, tal y como alegan los recurrentes, que en la regulación de las ETT no aparece precepto alguno que prohíba la realización de un contrato entre la ETT y el trabajador de carácter fijo discontinuo. En efecto, tal y como resulta del artículo 10 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, en adelante LETT, el contrato de trabajo celebrado entre la ETT y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o con una duración determinada, coincidente con la del contrato de puesta a disposición. El contrato indefinido puede ser fijo-discontinuo, tal y como expresamente reconoce el

artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores por lo que, en principio, al permitir la LETT que el contrato entre una ETT y un trabajador pueda ser indefinido, está permitiendo que pueda ser indefinido fijo-discontinuo.

Ocurre, sin embargo que, si bien desde el punto de vista de la regulación de las ETT, no existe prohibición alguna para la celebración de un contrato de trabajo indefinido fijo-discontinuo, las empresas usuarias únicamente pueden celebrar contratos de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada en prácticas o para la formación y el aprendizaje.

A este respecto hay que señalar que el artículo 6.2 de la LETT dispone que podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del ET. Asimismo, se pueden celebrar estos contratos en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, únicamente cabe la celebración de contratos de puesta a disposición entre ETT y empresa usuaria en los mismos supuestos en que la empresa usuaria podría celebrar contratos temporales, contrato en prácticas o para la formación, no estando permitido que entre ambas se puedan celebrar contratos indefinidos.

No obstante, está prevista la posibilidad de que la ETT celebre un contrato de duración indefinida con el trabajador, tal y como establece el artículo 10.1 de la LETT. La razón de ser de dicho contrato es permitir que la ETT pueda celebrar sucesivos contratos con las empresas usuarias de puesta a disposición de dicho trabajador, sin necesidad de suscribir cada vez un contrato con el mismo, debiendo observar el cumplimiento de determinados requisitos.

Dichos requisitos aparecen en el artículo 15 del RD 4/1995 que establece 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 servicio.

No hay, por el contrario, previsión alguna respecto a la posibilidad de que la ETT celebre un contrato indefinido fijo-discontinuo.

Tal ausencia de regulación obedece a que no cabe este tipo de contratación por parte de una ETT.

En efecto, si el contrato suscrito por la ETT con el trabajador se vincula -como en el caso de los contratos temporales- al contrato de puesta a disposición, ex artículos 6.2 y 10.1 LETT, ocurriría que el contrato de puesta a disposición es un contrato indefinido ya que la empresa usuaria interesa el contrato para cubrir necesidades permanentes, cuales son las típicas de los trabajos fijos discontinuos. Teniendo el contrato de puesta a disposición siempre carácter temporal no procede un contrato de puesta a disposición indefinido fijo-discontinuo, debiendo realizarse por la empresa usuaria la contratación directa de un trabajador fijo- discontinuo.

Si el contrato suscrito por la ETT con el trabajador se entiende que ha de atender únicamente a la relación entre ambos contratantes, al margen de la empresa usuaria, no cabría la celebración de dicho contrato. El artículo 16 del ET dispone que 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. No cabe calificar de trabajos fijos-discontinuos la actividad de la ETT que consiste en poner a disposición de la empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. El hecho de que en el supuesto de que la ETT haya realizado contrataciones de trabajadores con carácter indefinido y pueda acontecer que termina un contrato de puesta a disposición y pasa un cierto tiempo hasta que la ETT suscribe otro contrato de tal naturaleza, no significa que estemos en presencia de actividades de carácter fijo-discontinuo ya que se trata de una peculiar actividad que no puede ser equiparada a las así denominadas.

A este respecto conviene recordar, tal y como ha establecido la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2016, recurso 3826/2015, reiterando lo establecido en sentencias de 30 de mayo de 2007, recurso 5315/2005 y 22 de diciembre de 2006, recurso 4537/2005:

"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"

Por su parte la sentencia de 22 de febrero de 2011, recurso 2498/2010, reiterando doctrina anterior, ha señalado:

"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 periodo limitado"; que "En principio, por tanto, la contratación temporal procede cuando la necesidad de trabajo sea extraordinaria y resulte insuficiente el personal fijo (por ejemplo, para la elaboración del censo demográfico decenal del INE: SSTS 26-12-2002 y 2-11-2005, Rec. 73/02 y 3893/04; también como *obiter dicta*?... STS 11-3-2004, R. 3679/03) o resulte imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular. En estas ocasiones, la insuficiencia de plantilla en el ámbito de las Administraciones Públicas puede actuar de modo equivalente a la acumulación de tareas, permitiendo la contratación temporal, si concurren además causas coyunturales (entre otras, SSTS 16-5-2005, R. 2412/04)"; pero que "Por el contrario, existe un contrato indefinido 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? (SSTS 5-7-1999 y 4-5-2004, R. 2958/98 y 4326/03)".

Se han calificado de fijos discontinuos, entre otros, los trabajos agrícolas, de extinción de incendios forestales, de elaboración de encuestas en el INE, peón de mantenimiento de pistas de esquí, socorristas de piscinas municipales...

4.- No cabe calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal -a tenor del artículo 6.1 de la LETT- y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria.

No sería posible el poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador para la realización de tareas cíclicas, que se repiten periódicamente ya que en ese caso estaríamos ante un trabajador indefinido fijo discontinuo de la empresa usuaria, lo que no está permitido por la LETT, que solo contempla la posibilidad de realizar contratos temporales.

Quinto.

No habiéndose planteado ningún otro motivo de recurso, procede por todo lo razonado, la desestimación de los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de TERRA FECUNDIS ETT SL y por el Letrado D. Francisco Javier Navarro Arias, en representación de D. Rubén, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 19 de julio de 2017, recurso número 366/2017, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Murcia el 16 de septiembre de 2016, autos número 58/2016.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Desestimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de TERRA FECUNDIS ETT SL y por el Letrado D. Francisco Javier Navarro Arias, en representación de D. Rubén, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 19 de julio de 2017, recurso número 366/2017, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Murcia el 16 de septiembre de 2016, autos número 58/2016, seguidos a instancia de por D Rubén contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y TERRA FECUNDIS ETT SL, en reclamación de PRESTACIÓN DE DESEMPLEO.

Confirmar la sentencia recurrida.

Se condena en costas a la recurrente TERRA FECUNDIS ETT SL., incluyendo la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que impugnó el recurso por importe de 1500 €.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

que formulan los Excmos. Sres. Magistrados D. Ángel Blasco Pellicer, D. Sebastián Moralo Gallego y D^a. María Luz García de Paredes,

Haciendo uso de la facultad conferida por el 260.2 LOPJ, formulamos el presente voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 3898/2017, por discrepar, siempre con la mayor consideración y respeto, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, y por los siguientes motivos:

PRIMERO. 1.- Como así se dice en la sentencia, la cuestión a resolver es la de dilucidar si el trabajador demandante tiene derecho a las prestaciones de desempleo que le fueron denegadas por el SEPE en la resolución de la que trae causa el litigio.

Tal y como aparece en los hechos probados, ha venido trabajando para la ETT codemandada desde 5/12/2013, mediante la formalización de un contrato de trabajo indefinido fijo discontinuo.

Desde esa fecha ha sido llamado en determinados periodos para prestar servicios en actividades agrícolas en la empresa usuaria con la que la ETT ha concertado un contrato de puesta a disposición.

Tras el último cese en la actividad producido el 15/11/2015, solicita prestaciones de desempleo conforme al específico supuesto previsto en el art. 267.1 letra d) LGSS.

Recordemos que este precepto legal dispone lo siguiente "1. Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos: d) Durante los períodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas. Las referencias a los fijos discontinuos del título III de esta ley y de su normativa de desarrollo incluyen también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas".

La entidad gestora desestima la solicitud con el argumento de que las empresas de trabajo temporal no pueden concertar contratos de trabajo indefinidos no fijos, y la sentencia de la que discrepamos confirma esa resolución del SEPE.

2.- Nuestra disparidad con el criterio de la mayoría se sustenta en dos diferentes consideraciones.

En primer lugar, entendemos que no hay precepto legal alguno que impida a una ETT la realización de contratos de trabajo fijos discontinuos.

Y además, porque pensamos que las hipotéticas irregularidades en las que hubiere incurrido la empresa no pueden justificar la denegación de la prestación de desempleo, cuando no hay connivencia con el trabajador, debiendo de haberse reconocido en todo caso la prestación sin perjuicio de declarar la pertinente responsabilidad empresarial en el pago de la misma.

SEGUNDO. 1.- En lo que se refiere a la posibilidad de que las ETTs pueda contratar trabajadores fijos discontinuos.

El art. 10 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, bajo el capítulo de "Relaciones laborales en la empresa de trabajo temporal", dispone que "1. 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".

Admite por lo tanto la validez de cualquier fórmula de contratación indefinida, sin excluir ninguna de las posibles modalidades en las que puede sustentarse esta clase de relación laboral, entre ellas los contratos fijos discontinuos, que por su propia naturaleza son siempre indefinidos.

La dicción literal del precepto conduce a ese resultado, en la mera aplicación de la regla hermenéutica que impide distinguir donde la Ley no distingue, que plasma el art. 3.1 CC cuando señala que: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...".

No nos parece razonable que pueda desprenderse de ese precepto la prohibición de utilizar una determinada y concreta modalidad de contratación indefinida, cuando el legislador no solo no ha querido imponerla, sino que habilita expresamente a las ETTs para que puedan hacer uso de la contratación indefinida sin imponer ninguna clase de limitación o condicionamiento.

2.- Y la misma solución ofrece la sistemática e integradora interpretación de otros preceptos de esa misma Ley 14/1994.

En su art. 2.3 establece que "La empresa de trabajo temporal deberá contar con un número mínimo de doce trabajadores, o el que corresponda proporcionalmente, contratados para prestar servicios bajo su dirección con contratos de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, por cada mil trabajadores contratados en el año inmediatamente anterior..." para poder iniciar su actividad de puesta a disposición de trabajadores, la empresa deberá contar al menos con tres trabajadores con contrato de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, mínimo que deberá mantenerse durante todo el tiempo de actividad".

Reparemos en que se trata de un precepto legal cuya finalidad es, precisamente, la de imponer a las ETTs la obligación de contratar un número mínimo de trabajadores con carácter indefinido.

No solo no impone tampoco ninguna clase de limitación a tal efecto, sino que, por el contrario, admite expresamente que esa contratación pueda ser a tiempo completo o mediante contratos indefinidos a tiempo parcial, con lo que claramente se observa que el legislador no ha querido excluir a las ETTs de ninguna de las clases de contratación indefinida previstas en nuestro ordenamiento jurídicos.

En lo que abunda una consideración especialmente relevante.

Cuando se promulga la Ley 14/994, de 1 de junio, ni tan siquiera existía en nuestro ordenamiento jurídico el contrato indefinido fijo discontinuo como una modalidad autónoma de contratación, sino que estaba subsumido dentro de los contratos indefinidos a tiempo parcial.

Recordemos que el art. 4 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de Fomento de la Ocupación, que constituye la legislación en vigor cuando se promulga la Ley 14/1994, de la misma forma que recoge posteriormente el art. 12.3 del texto original del ET aprobado mediante RD Legislativo 1/1995 de 24 marzo de 1995, señalaba que "El contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Quienes presten servicios en trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas...".

Como es de ver, la normativa legal en vigor a la promulgación de la Ley 14/1994 regulaba dentro de los contratos indefinidos a tiempo parcial los que tenían por objeto la realización de toda clase de trabajos discontinuos de temporada, con independencia de que no se repitieran en fechas ciertas.

Los actuales contratos fijos discontinuos, tenían por lo tanto en aquel momento la consideración legal de contratos indefinidos a tiempo parcial

En consecuencia, el legislador no solo no quería establecer ninguna distinción a tal efecto entre los contratos indefinidos a tiempo parcial y los fijos discontinuos, sino que ni tan siquiera podía hacerlo, porque no estaban contemplados en nuestra legislación como dos clases de contratos diferentes.

Partiendo de ese presupuesto y conforme a la legalidad entonces vigente, el art. 2 de la Ley 14/1994 ya admite desde su redacción original que las ETTs puedan realizar contratos fijos discontinuos, sin que se haya producido ninguna posterior modificación legislativa en sentido contrario, una vez que la regulación de esa clase de contratos se separa en algunos aspectos de la contratación indefinida a tiempo parcial

3.- A mayor abundamiento, en la actual regulación del ET el art. 12.3 sigue diciendo que: "...el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa", reiterando de esta forma la integración en el contrato indefinido a tiempo parcial de esa clase de actividades fijas discontinuas.

Es verdad que el contrato fijo discontinuo, propiamente dicho, se regula actualmente de forma autónoma en el art. 16 ET, pero también en ese precepto se pone de manifiesto la indisoluble asociación con los contratos indefinidos a tiempo parcial para trabajos discontinuos, cuando señala que "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".

Y en ese mismo sentido, el art. 16.4 ET dice incluso, que: "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...".

De lo que se infiere que la única diferencia entre los contratos indefinidos a tiempo parcial para trabajos discontinuos, y los fijos discontinuos propiamente dichos, reside en que los primeros se repiten en cada temporada en fechas ciertas, mientras que los segundos carecen de una concreta fecha de inicio.

No nos parece razonable que esa única circunstancia, relativa a la mayor o menor certeza de la fecha de inicio de la temporada, sea determinante para negar la posibilidad de que las ETTs puedan concertar contratos fijos

discontinuos, cuando el art. 2. 3 Ley 14/1994 permite que pueden formalizar contratos indefinidos a tiempo parcial para trabajos discontinuos.

4 - Es cierto que parece en principio extraño, por infrecuente, que una ETT contrate a trabajadores fijos discontinuos, pero eso no puede ser una razón jurídica para vetar la utilización de esta clase de contratos cuando no lo ha hecho el legislador.

Se afirma en la sentencia que "No cabe calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal -a tenor del artículo 6.1 de la LETT- y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria. No sería posible el poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador para la realización de tareas cíclicas, que se repiten periódicamente ya que en ese caso estaríamos ante un trabajador indefinido fijo discontinuo de la empresa usuaria, lo que no está permitido por la LETT, que solo contempla la posibilidad de realizar contratos temporales".

No estamos de acuerdo con esa conclusión.

Ya hemos dicho que el art. 2.3 de la Ley 19/1994, permite a las ETTs la contratación de trabajadores indefinidos a tiempo parcial, y que el art. 12.3 ET incluye entre esta clase de contratos los que se conciertan "para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa", por lo que no hay obstáculo legal para admitir que las ETTs puedan utilizar esa fórmula de contrato a tiempo parcial con la finalidad de cubrir sus propias necesidades productivas de realizar trabajos fijos y periódicos que se repitan en determinadas temporadas y épocas del año.

Además, y contra lo que se sostiene en la sentencia, pensamos que es perfectamente posible que las ETTs puedan tener una necesidad fija y periódica de mano de obra, dotada de suficiente homogeneidad, y derivada de la necesidad de realizar tareas cíclicas que se repiten periódicamente, para lo que haya de recurrir legítimamente la utilización de esta fórmula de contratación de trabajadores fijos.

Ninguna duda cabe que la ETT puede disponer de una cartera de clientes - empresas usuarias-, que por su tipo de negocio tengan necesidad de mano de obra temporal en determinados periodos del año, y esto significa, a su vez, una mayor actividad de la propia ETT en esos mismos periodos, de manera regular y homogénea, todos los años, en similares fechas, y en coincidencia con el inicio y desarrollo de la temporada de las empresas usuarias.

En esas circunstancias no vemos obstáculo para que la ETT pueda recurrir a la contratación de trabajadores fijos discontinuos, para asegurar de esta forma que dispondrá de una plantilla de trabajadores suficiente con la que atender de manera inmediata el incremento de peticiones de las empresas usuarias en esas mismas fechas, especialmente, cuando pudiere tratarse de sectores que requieran mano de obra más cualificada.

De hecho, lo lógico y razonable, es que las empresas usuarias que puedan tener un gran volumen de actividad de naturaleza fija discontinua, tengan a su vez una mayor necesidad de mano de obra temporal durante esos mismos periodos, y por ello la necesidad de recurrir con mayor intensidad a las ETTs, para cubrir, por ejemplo: las bajas médicas, o por otras causas de suspensión del contrato de sus trabajadores fijos discontinuos que pudieren aparecer intempestivamente durante la temporada; por una excepcional acumulación de tareas en tales periodos; en definitiva, por cualquiera de las razones que pudieren permitir a la empresa usuaria la contratación de trabajadores temporales dentro de los periodos de actividad fija discontinua.

No vemos por lo tanto obstáculo para que las ETTs puedan contratar a trabajadores fijos discontinuos para atender esa clase de demanda de las empresas usuarias en determinadas épocas del año, que se presenta de manera cíclica y homogénea en cada temporada, en lugar de recurrir sobre la marcha a la contratación temporal de los trabajadores que vayan necesitando para dar respuesta a las puntuales demandas de las empresas usuarias.

Evidentemente, a la ETT le corresponde la carga de probar que realmente tiene una necesidad productiva de tal naturaleza que le permite la utilización de la modalidad contractual fija discontinua.

Necesidad productiva que debe concurrir en la propia ETT, que no en las empresas usuarias a las que posteriormente pueda ceder estos trabajadores, que como seguidamente diremos, no pueden contratar a sus trabajadores fijos discontinuos a través de una ETT.

Y en el supuesto de que la ETT pretenda eludir con ello la contratación de trabajadores indefinidos a tiempo completo, entrará en juego la regla general sobre el fraude de ley y sus consecuencias jurídicas del art. 6.4 CC, cuando señala que "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

El fraude de ley en la contratación de trabajadores no concurre únicamente cuando se contrata a trabajadores temporales para atender necesidades productivas permanentes y eludir la contratación indefinida.

Hay fraude de ley si lo que la ETT pretende es eludir la contratación de trabajadores indefinidos a tiempo completo, mediante el subterfugio de contratarlos como fijos discontinuos.

Será entonces de aplicación la norma que se ha tratado de eludir y consecuente calificación del contrato de trabajo como indefinido a jornada completa, con todas las consecuencias legales inherentes, y en los mismos términos que dispone expresamente el art. 12.4. letra a) ET, al establecer que de no observarse las exigencias legales de la contratación a tiempo parcial "...el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios".

5.- Como ya hemos avanzado, y no puede ser de otra forma, estamos totalmente de acuerdo con la sentencia de la mayoría cuando afirma que "únicamente cabe la celebración de contratos de puesta a disposición entre ETT y empresa usuaria en los mismos supuestos en que la empresa usuaria podría celebrar contratos temporales, contrato en prácticas o para la formación, no estando permitido que entre ambas se puedan celebrar contratos indefinidos".

Compartimos enteramente esa afirmación. Las empresas usuarias no pueden recurrir a la contratación de trabajadores a través de las ETTs para la realización de actividades permanentes e indefinidas, sea de naturaleza ordinaria o de carácter fijo discontinuo.

Como establece el art. 6.2 Ley 14/1994, "Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores".

Es por lo tanto evidente que la empresa usuaria tan solo puede recurrir a la ETT para contratar a sus trabajadores temporales en los supuestos previstos en el art. 15 ET, pero no puede hacerlo para cubrir una actividad de carácter fijo discontinuo y por consiguiente indefinida

En estos casos -al igual que entendemos que así sucede en realidad en el presente supuesto-, estaremos ante una situación de cesión ilegal de mano de obra con las consecuencias legales que de ello se deriva.

Como recuerda la STS 3/11/2008, rcud.1697/2007, citando las de 4 de julio de 2.006 (Rec. 1077/2005), 29 de septiembre de 2.006 (Rec. 2691/2005) y 17 de octubre de 2.006 (Rec. 2426/2005), hay cesión ilegal de trabajadores en los términos que contempla el art. 43 ET, cuando una ETT cede trabajadores a la empresa usuaria a través de los correspondientes contratos de puesta a disposición, para llevar a cabo actividades normales, ordinarias y permanentes en el seno de la empresa usuaria, de manera que "la temporalidad aparente que figuraba en los contratos de trabajo se veía desvirtuada, como acertadamente razona la sentencia recurrida, hasta constituir una verdadera interposición ilícita de mano de obra, incluíble en el artículo 43. 1 ET, con los efectos de solidaridad contemplados en el número 3 del mismo precepto".

Lo que reiteramos en STS 19/2/2009, rcud. 2748/2007, al afirmar que el contrato de puesta a disposición "no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal".

6.- Pero una cosa es que el contrato de puesta a disposición pueda resultar por ese motivo contrario a derecho, cuando se produzca su torticera y fraudulenta utilización para atender una actividad de la empresa usuaria de carácter permanente y discontinua, dando con ello lugar a una situación de cesión ilegal de trabajadores, y otra muy distinta que esto suponga una genérica, apriorística y abstracta prohibición de la posibilidad de que las ETTs utilicen la modalidad contractual de fijos discontinuos conforme a derecho, cuando legítimamente se adapta correctamente y de acuerdo a ley con el tipo de actividad que realizan.

Ya hemos visto que el art. 10 Ley 14/1994, permite a las ETTs contratar a sus trabajadores "por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición".

También estos contratos incurrirán en fraude de ley y darán igualmente lugar a la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, si el posterior contrato de puesta a disposición tiene por objeto la cobertura de una actividad fija y permanente de la empresa usuaria.

Pero no por ello puede sostenerse que esté prohibida su utilización por parte de las ETTs.

Dicho de otra forma, los mismos argumentos que se exponen en la sentencia de la mayoría para sustentar la ilegalidad de la contratación fija discontinua por parte de las ETTs, sirven perfectamente para sostener la ilegalidad de cualquier contrato indefinido o temporal que puedan concertar esta clase de empresas, cuando finalmente se

utilizan para atender contratos de puesta a disposición cuyo objeto son actividades productivas permanentes de la empresa usuaria.

Si el contrato de puesta a disposición es contrario a derecho estaríamos ante una cesión ilegal de trabajadores.

Pero eso sucede, exactamente igual, en el caso de que el contrato de trabajo entre la ETT y sus trabajadores sea indefinido ordinario, a tiempo parcial, fijo discontinuo, o de carácter temporal.

7.- Por todos esos motivos entendemos que deberían de haberse estimado los recursos de casación para la unificación de doctrina, para confirmar en sus términos la sentencia de instancia que estima la demanda y reconoce la prestación de desempleo con absolución de la empresa.

TERCERO. 1.- Subsidiariamente, también pensamos que las eventuales e hipotéticas irregularidades en las que pudiere haber incurrido la ETT al formalizar con el demandante un contrato fijo discontinuo, no podría en ningún caso incidir en el derecho del trabajador a las prestaciones de desempleo, salvo que pudiere apreciarse la existencia de connivencia entre el trabajador y la empresa en la comisión de dicha irregularidad

Esta misma Sala IV ya ha tenido ocasión de señalar, en supuestos en los que la entidad gestora de seguridad social deniega al trabajador la pensión de jubilación parcial con base a los incumplimientos en los que pudiere haber incurrido su empresa, que " las posibles irregularidades de la contratación entre la empresa y el sustituto podrán originar los perjuicios correspondientes para ambas partes contratantes, pero no se proyectan a la jubilación anticipada del trabajador sustituido, salvo el caso de que se alegue y pruebe su participación en tales irregularidades" (STS 22/9/2006, recud. 1289/2005).

Doctrina que reiteramos en STS 17/9/2013, rcud. 3178/2012, así como en la STS 15/07/2010, 2784/2009, en la que indicamos que: "en ningún caso puede interpretarse una normativa -que, como hemos dicho, pretende facilitar la jubilación parcial- en un sentido tal que se haga recaer sobre el jubilado parcial las consecuencias de un incumplimiento que no es suyo sino del empresario -al no sustituir al relevista cesado- y que pueden ser extraordinariamente graves en términos de disminución drástica de la base reguladora, y por ende de la cuantía final, de su pensión definitiva cuando se produzca su jubilación completa".

2.- Consideramos que ese mismo criterio es de aplicación al caso de autos.

Las posibles irregularidades en las que eventualmente hubiere incurrido la ETT al contratar al demandante bajo la modalidad de fijo discontinuo, no han de privarle del derecho a las prestaciones de desempleo, tras la notificación empresarial mediante la que le anuncia la finalización del periodo de actividad de esa temporada, puesto que ni tan siquiera se alega por el SEPE la posible connivencia entre el trabajador y la empresa, ni se invoca por la entidad gestora el más mínimo indicio en tal sentido, limitándose a denegar la prestación con el argumento de que las ETTs no pueden concertar esa clase de contratos.

Creemos que el SEPE no puede cuestionar en ese momento la validez en abstracto del contrato de trabajo fijo discontinuo, salvo que indique expresamente las razones y motivos que pudieren determinar su ineficacia en razón de la posible confabulación del trabajador con tales irregularidades.

Puesto que en el presente asunto no hay ningún indicio en tal sentido, lo procedente hubiere sido reconocer en todo caso la prestación de desempleo y declarar la consiguiente responsabilidad empresarial en el pago de la prestación, una vez que la empresa es parte codemandada en el proceso.

QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a. CONCEPCIÓN ROSARIO URESTE GARCÍA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 3898/2017.

PRIMERO.- 1. Formulo, con el debido respeto, el presente voto particular a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de esta Sala IV en el rcud 3898/2017, discrepando, no del fallo alcanzado, sino de la argumentación desarrollada al enjuiciar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la dirección letrada de la empresa TERRA FECUNDIS ETT, S.L.

Asumo en consecuencia, y tomo como punto de partida, los antecedentes y los fundamentos de derecho que la resolución adoptada por la mayoría plasma al otorgar respuesta al recurso de aquella naturaleza planteado por la parte demandante. Y asumo igualmente el fallo desestimatorio declarado en este recurso, en el que la actora no adujo ni mencionó siquiera la cobertura normativa específica en materia de seguridad social que pudiera amparar su derecho.

El motivo esencial de este voto concurrente es que el razonamiento vertido al dirimir el deducido por la mercantil contiene consideraciones que no se ajustan a las bases conceptuales sobre las que sustentar el instituto de la legitimación pasiva en el presente pleito, de reclamación de prestación por desempleo, ni a las atinentes al elemento habilitante del gravamen necesario para recurrir la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Murcia en fecha 19.07.2017. Núcleo que anudará otras derivadas en orden a la carencia de denuncia de una eventual existencia de incongruencia extra petita y déficit aparejado del elemento de contradicción (ex art. 219 LRJS), como seguidamente se verá.

2. La sentencia emitida por el Pleno sostiene la legitimación empresarial para recurrir en casación unificadora, que enlaza a la posible eficacia de la cosa juzgada.

SEGUNDO.- 1. Brevemente ha de recordarse el iter procesal acaecido:

- La demanda formulada en materia de prestación por desempleo se encabeza aludiendo a TERRA FECUNDIS ETT, S.L. más siendo su suplico del siguiente tenor literal: "Que teniendo por presentado este. escrito, lo admita y tenga por interpuesta DEMANDA JUDICIAL en materia de PRESTACIONES DE POR DESEMPLEO frente a la DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL DE MURCIA y frente a TERRA FECUNDIS ETT S.L., cite a las partes para la celebración del Juicio Oral y, los trámites legales, dicte Sentencia por la que estimándose la demanda se determine el Derecho de esta parte a percibir la correspondiente prestación contributiva de desempleo".

- Combate el actor la resolución denegatoria de la prestación que había solicitado, alegando como situación legal de desempleo su cese como fijo-discontinuo en una ETT. La resolución de 24.11.2015 fundamentó aquel rechazo en las previsiones del " art. 10 de la ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal (ETTs), sólo admite los contratos temporales causales y el contrato indefinido ordinario con los trabajadores que cede a otras empresas El cese en el trabajo que Ud. alega es una suspensión del contrato ordinario con su ETT. 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 Texto Ref. de la Ley Gen. Seg Soc. aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, circunstancia que no concurre en su caso", y fue confirmada por la de 14.12.2015 en base a los siguientes hechos: "1º. Que la Interrupción de su trabajo en la empresa TERRA FECUNDIS E.T.T., S.L. el 15/11/2015 no es causa de situación legal de desempleo.

2º. Que la empresa TERRA FECUNOIS, E.T.T., S.L. no es una empresa de trabajadores fijos discontinuos, por lo que el contrato celebrado con usted no puede ser un contrato de fijo discontinuo, sino un contrato fijo ordinario.

3º. Que para acreditar estar en situación legal de desempleo, en el caso de una suspensión temporal de un contrato ordinario, se necesita que la decisión sea adoptada por el empresario al amparo del procedimiento establecido en el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores".

- La sentencia del juzgado de lo social nº 2 de los de Murcia estima la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la empresa, razonando que no tiene responsabilidad en el pago de las prestaciones reconocidas al actor, estimando la demanda y declarando el derecho de éste a percibir la prestación, con la correlativa condena del SPEE a estar y pasar por dicha declaración y efectos legales inherentes.

- Contra la sentencia identificada formuló recurso de suplicación el SPEE, sin referencia ninguna a la excepción estimada en la instancia, ni petición interesando una situación litisconsorcial diferente. La empresa presentó escrito de alegaciones a ese recurso, destacando la firmeza del pronunciamiento sobre dicha excepción: "Con carácter previo a cualquier otra consideración, por esta parte se debe hacer constar que, tal y como se desprende del tenor literal del fallo de la Sentencia transcrito, se produjo la estimación de la excepción procesal de falta de legitimación pasiva alegada por mi representada en el acto del Juicio.

Esta cuestión no es combatida, y ni tan siquiera mencionada, en el Recurso de Suplicación presentado por el SEPE.

Por tanto, y sin perjuicio de las alegaciones que posteriormente se realizarán, debe entenderse que el pronunciamiento de falta de legitimación pasiva de TERRA FECUNDIS deviene firme en el presente pronunciamiento".

- La Sala del TSJ de Murcia resuelve la suplicación siendo la dicción del fallo la que sigue: "Estimar el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Murcia en el proceso 68/2016, revocarla y, en su lugar, desestimar la demanda interpuesta por D. Rubén contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, confirmado la resolución impugnada de la Dirección Provincial del SPEE de fecha 24-11-2015".

- Frente a dicha resolución se interpusieron sendos recursos por la demandante y por la empresa Terra Fecundis ETT, S.L., de similar contenido y defendiendo idénticos intereses, salvo en el extremo relativo a la legitimación para recurrir en casación, sobre el que esta última argumenta ahora su concurrencia, invocando las previsiones del art. 17.5 LRJS y centrandó su interés en el perjuicio que entiendo le provocan las consideraciones contenidas en la fundamentación de la sentencia de suplicación que "anula parte de un contrato de trabajo suscrito

por la misma, con las consecuencias laborales y de Seguridad Social pertinentes". Extremo inédito en el recurso del trabajador, que tampoco postula condena ninguna de la entidad mercantil; antes, al contrario, y como acabamos de indicar, su escrito evidencia un interés conteste al empresarial, ocupando así la empresa y el trabajador la misma posición actora.

2. Las circunstancias desglosadas permiten ya detectar el innegable obstáculo derivado de la firmeza del pronunciamiento de instancia, alejando a la sociedad de un proceso deducido por el demandante contra el SPEE, sobre prestación por desempleo.

La propia empresa, desde el nacimiento del litigio, había peticionado su apartamiento mediante la oposición de la excepción en la instancia, reafirmando su postura en fase de suplicación al invocar ante la Sala la misma firmeza y situación de intangibilidad -aun conociendo la causa denegatoria de la prestación de desempleo argüida por la EG en la resolución de la reclamación previa-, de la erradicación estimada por el Juzgado de lo Social, y no combatida por quienes realmente tenían la condición de partes procesales.

Además, procede destacar que esta condición o calidad nunca pudo ostentarla la mercantil en este concreto proceso prestacional.

Diversas consideraciones enervarían esa naturaleza: nada se peticionó contra ella en demanda y ninguna responsabilidad podía asumir respecto de la solicitud de desempleo articulada por el actor, tal y como evidencia la simple lectura del fallo estimatorio pronunciado en la instancia. En consecuencia, resultaba de todo punto innecesaria su llamada a la litis en orden a constituir la pertinente y correcta relación jurídico procesal, a diferencia de lo que pudiera suceder en procedimientos diversos en los que estuviere en juego la responsabilidad empresarial por defectos en el alta o en la cotización, o cuando se cuestiona o denuncia, por ejemplo, un potencial defecto en medidas preventivas, o en los casos en que se pusiere en marcha el mecanismo del 147 LRJS.

TERCERO.- 1. Ausente la condición de parte, derivada de la configuración concerniente al pleito prestacional y de los actos propios de la afectada, nos situamos en un segundo plano: el atinente a la existencia o no de un gravamen que en su caso pudiese habilitar el acceso al estadio de casación unificadora.

Quiero insistir en ese voto concurrente en que la petición actora se ciñe a la obtención de una prestación de desempleo, dirigida contra el organismo gestor responsable de su abono. La condición objetada en este supuesto era la de encontrarse el demandante en situación legal de desempleo. La oposición del SPEE cuestionando que el contrato suscrito con Terra Fecundis, S.L. diere lugar a la misma y la reacción del demandante contra la denegación de la prestación, no cabía entenderlas inmersas en una acumulación limitada por el art. 26 LRJS. Por ello, el argumento de la sentencia recurrida considerando nula la estipulación contractual que atribuye fijeza-discontinua al vínculo, no podía en modo alguno trasladarse al pronunciamiento final, so pena de vulnerar la necesidad de congruencia con el petitum de la demanda y la oposición formulada.

El dictado de un fallo sobre denegación de desempleo que en nada alcanzaba a la empresa conlleva en principio un nuevo obstáculo al gravamen e interés sustentadores de su recurso, pues junto a la inexistencia de responsabilidad, ninguna pretensión o excepción propias se han visto desestimadas. Y tampoco cabría enjuiciar su perjuicio en el marco del fundamento de derecho acabado de explicitar, pues hubiera requerido de quien ahora lo invoca -si prescindiésemos de la carestía de la condición de parte o acudiésemos a la figura de tercero interviniente plasmada en la sentencia que cita el mismo recurrente (art. 13 LEC), la denuncia y fundamento de una línea de casación unificadora diferente a la articulada.

Concretamente, la de existencia de una incongruencia interna de la sentencia, atendido así mismo que ninguna pretensión se había postulado de declaración de nulidad del contrato de trabajo, y que tampoco el reparo del organismo gestor sobre la consideración de este último como contrato fijo ordinario resultaba tributario de un pronunciamiento anulatorio de una cláusula contractual. Esta denuncia, desconocida en el escrito de recurso, hubiera precisado a su vez del correspondiente elemento de contradicción, no siendo suficiente a tal fin la sentencia actualmente seleccionada de contraste, respecto de la que igualmente ha de indicarse ni siquiera consta la llamada a juicio de la ETT, ni asomo de defecto en la constitución de la relación jurídico procesal.

La extensión del ámbito del gravamen, en base a una interpretación laxa de los efectos colaterales, indirectos o reflejos, no resulta trasladable al actual, pues cuenta con el límite lógico e inherente a la proscripción de desnaturalización del proceso mismo. Y las reflexiones acerca de la prevención de eventuales consecuencias futuras que la decisión final de la resolución pudiera reportar a la posición empresarial, constituyen meras hipótesis o conjeturas, sin la concreción debida. A diferencia de otros casos enjuiciados por la Sala, el actual adolece de toda determinación.

2. De otro modo, e intentando vislumbrar el soporte de este segundo elemento, cabe aventurar tres escenarios:

- si lo pretendido por la empresa es situar el gravamen en el punto concreto de declaración de nulidad de una cláusula del contrato suscrito con el actor, el déficit se sitúa irremediablemente en la inexistencia de articulación de un motivo que aborde los límites de esa manifestación producida en este concreto pleito de prestación de desempleo y acerca de la congruencia misma de la sentencia; motivo al que le hubiera sido exigible el cumplimiento de los requisitos procesales inherentes a este recurso de corte extraordinario.

- si se entiende que el gravamen abarca toda la respuesta judicial a la petición prestacional y examen de la causa denegatoria de la situación de desempleo, retornamos a la posición inicial de falta de legitimación y declaración de su firmeza. Pues, conociendo desde el principio los términos del debate, se produjo un apartamiento voluntario (antes incluso del dictado de la sentencia de instancia) y reiterado (alegaciones empresariales en sede de suplicación) de un proceso puramente prestacional en el que, ya señalamos, no debía ostentar la condición de parte.

- por último, la empresa genéricamente alude a las consecuencias laborales y de Seguridad Social pertinentes, sin precisar ni justificar un futuro gravamen ni mencionar en modo alguno el instituto de la cosa juzgada. Abocaría inexorablemente a que la Sala tuviera que construirlo de oficio, averiguando las potenciales o eventuales incidencias en la esfera patrimonial y obligacional de la mercantil. Recordemos, sin más consideraciones, que estamos ante una contratación formalizada en 2013.

3. El apoyo jurisprudencial de la tesis que configura el voto concurrente lo encuentro, entre otras, en las sentencias dictadas por esta Sala IV, que identifico sin ánimo de exhaustividad:

- STS 23.02.2016, rcud 3331/2014. Aunque finalmente no acoge la pretensión de nulidad por falta de efectos prácticos deducida por las gestoras recurrentes, examina el debate acerca de la legitimación pasiva de la parte empresarial en un procedimiento de seguridad social, entendiendo que teóricamente habría de resolverse en el sentido pretendido (inexistencia de legitimación). La referencial entonces era la STC 207/1989, de 14.12.1989 (RA 984/1987), que otorgó el amparo solicitado por la trabajadora declarando la nulidad de la sentencia del TCT, arguyendo que las únicas partes legitimadas para solicitar la invalidez permanente eran el INSS, de oficio, o el trabajador beneficiario de las prestaciones y, en su caso, la Mutua de Accidentes de Trabajo, de modo que si la resolución del INSS es impugnada por el trabajador, el objeto litigioso del correspondiente proceso especial queda "única y exclusivamente delimitado por la pretensión del trabajador demandante y la oposición del INSS demandado", y que, finalmente, "la sentencia dictada por la Magistratura producirá sus efectos exclusivamente entre el INSS y el trabajador, sin que tercero alguno pueda verse afectado en su esfera patrimonial, puesto que las prestaciones dimanantes de la declaración judicial de incapacidad corresponden, una vez más, única y exclusivamente al INSS".

- STS 30.01.2012, rcud 2720/2010. Su fundamentación partía precisamente del pronunciamiento constitucional referenciado: Ciertamente que con arreglo a antigua doctrina constitucional, en los procesos sobre Seguridad Social el empresario no ostenta titularidad alguna sobre la relación jurídico-material de Seguridad Social debatida, siquiera quede vinculado por los efectos reflejos del procedimiento judicial, de manera que no lesiona el derecho del empresario a la tutela judicial efectiva, la omisión de su citación en el proceso de Seguridad Social (STC 207/1989, de 14/Diciembre).

Y de manera consecuente aludía a supuestos en los que se concluyó la misma falta de legitimación (con puntos de conexión semejantes al actual): Tal doctrina justifica que hayamos afirmado que la empresa carece de legitimación activa para pretender el reconocimiento a favor del trabajador de una pensión de IP, porque lo que en tal caso se ejercita es un derecho subjetivo en el marco de una relación jurídica de seguridad social y la titularidad de ese derecho corresponde únicamente al trabajador"; o, precisaba que carece de legitimación para impugnarla, cuando de ella se derivan consecuencias en orden a la extinción del contrato de trabajo [art. 49.5 del Estatuto de los Trabajadores, en este caso en relación con el convenio aplicable; y la obligación convencional de asignar nuevo puesto de trabajo en situación de IPT], porque en este caso se trata de efectos reflejos y que en sí mismos no constituyen el objeto del proceso de seguridad social sobre el grado de invalidez en cuanto proceso en el que se ejercita una acción de condena contra una Entidad Gestora. Supuestos en los que -hemos afirmado- "el interés empresarial en la declaración de invalidez podría justificar una intervención adhesiva, pero no puede convertir al empresario en sujeto activamente legitimado para iniciar un proceso sobre calificación de la invalidez permanente comprometiendo derechos del trabajador y provocando consecuencias que afectan a su esfera personal y profesional con un alcance, desde luego, más amplio que el propio del contrato de trabajo, ya que la declaración de

incapacidad permanente total se refiere al ámbito de la profesión habitual del trabajador y la absoluta se proyecta sobre toda profesión u oficio [art. 135.4 y 5 de la Ley General de la Seguridad Social]. Se invadiría así además el ámbito propio del titular del derecho, a quien el ordenamiento confía su ejercicio y defensa" (SSTS 14/10/92 -rcud 2500/92-; y 04/04/11 -rcud 556/10-).

- La STS de 7.10.1992 (SG), rcud 2500/1991 ya había utilizado la terminología de los efectos reflejos examinando su alcance: el empresario puede tener un interés real en la declaración que ha de producirse en ese proceso en la medida en que de ella se derivan consecuencias en orden a la extinción del contrato de trabajo (artículo 49.5 del Estatuto de los Trabajadores, en este caso en relación con el convenio aplicable). Pero se trata de efectos reflejos y que en sí mismos no constituyen el objeto del proceso de seguridad social. Y con cita de la misma doctrina constitucional argumentaba que la sentencia que se dicte en ese proceso "producirá efectos exclusivamente entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el trabajador sin que tercero alguno pueda verse afectado en su esfera patrimonial" cuando las prestaciones corresponden exclusivamente al organismo gestor (fundamento jurídico segundo), y el empresario, aunque quede vinculado por los efectos reflejos del pronunciamiento judicial, no ostenta en ese proceso "titularidad alguna sobre la relación jurídica material de Seguridad Social debatida, ni legitimación procesal alguna".

En asuntos posteriores se ha ido perfilando una apertura controlada en la configuración de la legitimación en estos pleitos prestacionales. Los transcribimos a continuación, pues su simple lectura evidencia la divergencia con el actual:

a).- En los procesos sobre prestaciones de IP cuando pretenda la revisión hacia un grado inferior de la invalidez de la que ha sido previamente declarado responsable o cuando impugne la resolución administrativa que le haya declarado responsable de las prestaciones, pues "es claro el legítimo y efectivo interés empresarial en ejercitar tal pretensión porque la misma no le afectaría sólo de modo indirecto o reflejo, sino que ... incide directamente en su patrimonio, pues el reconocimiento de la prestación genera una obligación de pago para ella" (SSTS 14/10/92 -rcud 2500/92-; y 04/04/11 -rcud 556/10-).

b).- Pero -es más- la legitimación se extiende en todo caso a los procesos por accidente de trabajo, de forma que ha de apreciarse falta de litisconsorcio pasivo necesario si la empresa no ha sido parte en el proceso, aunque no pudiera derivarse responsabilidad directa para ella por haber cumplido con sus obligaciones en materia de Seguridad Social, y ello o pese a que ya no están vigentes los preceptos que anteriormente lo proclamaban con rotundidad [arts. 171 TRRAT; 71 LPL /1973/1980], siendo así que la necesidad se deriva del art. 141 LPL , y "aunque no existiera, resulta evidente que la empresa debe ser demandada en los procesos de accidentes de trabajo, dada su condición de titular de la relación triangular jurídico-material de aseguramiento, que está siempre en la base de una controversia como la presente. Es cierto que su interés en su solución solo sería inequívocamente evidente y directo si hubiera incumplido las obligaciones que al respecto le imponen las normas de S. Social. Pero también lo es que, aunque haya actuado correctamente, las consecuencias que se deriven de la sentencia que recaiga en este proceso, no le afectarían sólo de modo indirecto o reflejo, como precisa la jurisprudencia para excluir la existencia del litisconsorcio pasivo necesario; le vincularían con tal real intensidad, que su ausencia en este proceso podría lesionar grave e irreparablemente su legítimo derecho de defensa, ínsito en el derecho fundamental a la judicial efectiva o, en el mejor de los casos, podría dar lugar a las sentencias contradictorias que el litisconsorcio pasivo necesario pretende eludir" (STS 16/07/04 -rcud 4165/03-).

c).- En la misma forma que no puede negarse que la empresa está legitimada para recurrir una declaración sobre prestación - Viudedad- derivada de enfermedad profesional, aunque hubiese sido absuelta, porque "la llamada de la empresa al proceso por contingencias profesionales responde a que... la cobertura de estas contingencias ... se produce como consecuencia de una responsabilidad del empresario cuya cobertura asume la entidad gestora o colaboradora... Por ello, en la condena a la aseguradora en estos procesos ha de entenderse implícita una condena al empresario responsable de la contingencia profesional; condena que ... puede tener consecuencias en otros procesos sobre responsabilidades distintas de las que se sustancian en los procesos de Seguridad Social [indemnización adicional por culpa, recargo...] al margen de las responsabilidades que pueda entrañar en el caso concreto que se enjuicia, evidentemente comporta el reconocimiento y declaración judicial de la concurrencia de unas circunstancias en el desarrollo de la actividad laboral en el seno de la empresa que, sin duda alguna, afectan al interés empresarial en la materia que se enjuicia" (STS 20/05/09 -rcud 2405/08-). (STS de 2012 ya identificada).

CUARTO.- 1. Las precedentes consideraciones vetan la proyección en este caso del art. 17.5 LRJS nombrado por sentencia mayoritaria.



Ello por cuanto la hermenéutica de esa disposición, en consonancia con la doctrina constitucional, ha sido el otorgamiento de legitimación a quien en el proceso ostente un interés directo o indirecto, derivado del pronunciamiento y cimentado en los dos elementos acabados de aquilatar.

En ese sentido lo expresa la STS IV de 31 de mayo de 2020, R. 4233/2017 que recuerda la STS de 29 de junio de 2018, rcud 2889/2016, con reseña de la sentencia de 4 de abril de 2018, R. 1308/2016: "...además de la condición de parte en el proceso, para poder recurrir la sentencia (de suplicación, en nuestro caso) es necesario que concurra el llamado "gravamen" o perjuicio experimentado por quien recurre, por no haber obtenido satisfacción (parcial o total) a sus peticiones. El artículo 17.5 LRJS condensa ese enfoque: contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible e?cacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores". Criterio seguido por las SSTS de 19 de julio de 2018, R. 158/2017, y 15 de enero de 2019, rcud 2735/2016.

2. Y, como precedentemente expuse, en el actual procedimiento de seguridad social, la empresa ha renunciado voluntaria y reiteradamente a una condición de parte que nunca debió lucir y que constituye uno de los presupuestos diseñados por aquel precepto. A la firmeza e intangibilidad de esa situación se anudan los defectos y obstáculos explicados que enervarían la posibilidad de apreciar el segundo de ellos (el denominado gravamen).

Otra interpretación más flexible, extensiva o laxa de la norma conllevaría en este caso la irremediable desnaturalización del proceso prestacional interpuesto por el demandante frente al SPEE, y la quiebra tanto del principio de congruencia como de los presupuestos procesales diseñados por el legislador para recurrir.

3. Disiento, con la mayor consideración y respeto y amparo en los arts. 260. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los razonamientos de la sentencia mayoritaria emitidos al resolver el recurso de la mercantil Terra Fecundis ETT, formulando este voto particular que cabe calificar de concurrente, al confluir en el correlativo fallo desestimatorio. La fase casacional ante la que nos encontramos así lo determinaba.

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.