

al establecer que sólo cuando se ejecuta el último de los actos que intervienen en la conformación de la falta, se entiende completado el hecho infractor, comenzando a partir de ese momento el cómputo de la prescripción<sup>15</sup>.

Por los motivos anteriormente expuestos, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña desestimó el recurso de suplicación, siendo la principal conclusión que debe extraerse de la Sentencia comentada que es a partir de la finalización del expediente disciplinario cuando comienza a computarse el plazo de la prescripción corta.

## § 72

### Denegación del subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales del campo a los trabajadores fijos discontinuos

por INMACULADA MARÍN ALONSO *Universidad de Sevilla*

*Sentencias comentadas:*

🔪 Comentario a la STSJ de Andalucía, Sala de Málaga, de 22 junio 2001 (AS 2001, 3917)

La Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, en fecha veintidós de junio de dos mil uno, falla a favor de las pretensiones deducidas por el Instituto Nacional de Empleo (INEM, en adelante), en contra de la petición de una trabajadora fija discontinua que alegaba un supuesto derecho a percibir el subsidio por desempleo para los trabajadores **eventuales** inscritos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social por cuenta ajena.

Para abordar el estudio de la cuestión principal que suscita la sentencia que vamos a comentar es importante señalar que en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social –en adelante, REASS<sup>1</sup>– la protección por desempleo se regula por normas diferentes en función del tipo de trabajador de que se trate, es decir, si es eventual del campo se prevé el derecho a un subsidio regulado actualmente por el **Real Decreto 5/1997, de 10 de enero** (RCL 1997, 70 y 735) (en adelante, RDE)<sup>2</sup>, con

de 1984 (RJ 1984, 6395); 12 de febrero de 1987 (RJ 1987, 842); 6 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7541); 15 de septiembre de 1989; 11 de julio de 1989 (RJ 1989, 5452).

15. PRADOS DE REYES, F. J.: «El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después», en *REDT*, Civitas, Edición especial núm. 100, pg. 1229.

1. El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social se regula por Decreto 2123/1971, de 23 de julio (RCL 1971, 1731 y NDL 27447) que aprueba el Texto Refundido del Régimen Especial Agrario –TRREA– y el Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre (RCL 1973, 295, 514 y NDL 27451), por el que se aprueba el Reglamento de dicho régimen -RREA-.
2. El RD 5/1997, de 10 de enero (RCL 1997, 70 y 735) (BOE 11 de enero de 1997), modificado recientemente por el RD 73/2000, de 21 de enero (RCL 2000, 194), fue el resultado del acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y las organizaciones sindicales (FECAMPO-CC OO y FTT-UGT) y empresariales (ASAJA) más representativas el 4 de noviembre de 1996; en él se acuerda también la conveniencia de extender a los trabajadores eventuales del campo la protección del sistema contributivo de desempleo, aunque ello, todavía, no ha tenido lugar. Sobre ello puede verse, RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. BRAVO FERRER: «Protección social y política de empleo en el trabajo eventual en la agricultura», en *RR LL*, núm. 12, 1997; también, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El nuevo régimen del subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario: innovación y continuidad de la reforma», en *La Ley*, I, 1997, pgs. 885 y ss.; CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «Trabajadores agrícolas: entre el subsidio y el desplazamiento temporal», en *Temas Laborales*, núm. 51, 1999.

aplicación exclusiva en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura<sup>3</sup>, y si, por el contrario, se trata de un trabajador fijo por cuenta ajena inscrito en el REASS, la protección por desempleo se determina por el **Real Decreto 1469/1981, de 19 de junio** (RCL 1981, 1716 y ApNDL 10610) (en adelante RDF)<sup>4</sup>, siendo su regulación la contenida con carácter general en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825) (en adelante LGSS)<sup>5</sup> y las normas reglamentarias a las que éste remite, con las peculiaridades que al respecto establece el mencionado RDF, desarrollado por la OM de 30 de abril de 1982 (RCL 1982, 1240 y ApNDL 10613)<sup>6</sup>.

#### A) ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos que motivan esta resolución son los siguientes: una trabajadora que presta servicios por cuenta ajena con carácter fijo discontinuo para una Sociedad Cooperativa Andaluza solicita al INEM, en fecha 29 de noviembre de 1999, el subsidio por desempleo para los trabajadores eventuales inscritos en el REASS al considerar que reúne todos los requisitos que el RDE establece para lucrar el mismo, particularmente, la acreditación de 155 jornadas reales cotizadas en el REASS.

El INEM, no obstante, deniega a la trabajadora la solicitud de subsidio por desempleo de los eventuales del campo en base al argumento de que carece del requisito

3. El ámbito geográfico de aplicación del subsidio agrario de los eventuales del campo se limita a las comunidades autónomas mencionadas en función de sus especiales circunstancias de paro, situación que en función de la Disposición Adicional Primera del RDE continuará como hasta ahora «mientras subsistan las actuales circunstancias de paro». Al respecto puede verse la STC 90/1989, de 11 de mayo (RTC 1989, 90), que declaró el carácter no discriminatorio de la limitación territorial a las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura. Sobre ello, puede verse, TORTUERO PLAZA, J. L.: «El subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales del campo y su posible inconstitucionalidad», en *REDT*, núm. 41, 1990; también, GARCÍA MURCIA, J.: «La protección por desempleo, una reseña de jurisprudencia constitucional», en *AL*, núm. 4, 1993.
4. La Ley 51/1980, Básica de Empleo, de 8 de octubre (RCL 1980, 2296 y ApNDL 2419), extendió, en su artículo dieciséis punto dos, el campo de aplicación de las prestaciones por desempleo a los trabajadores por cuenta ajena, de carácter fijo, incluidos en el régimen especial de la Seguridad Social Agraria, si bien diferenciando a la regulación reglamentaria la determinación de las condiciones y plazos. Ésta se sustancia en el mencionado RD 1469/1981, de 19 de junio (RCL 1981, 1716 y ApNDL 10610), por el que se regula el desempleo de los trabajadores fijos por cuenta ajena que, tras la derogación del Título II de la Ley Básica de Empleo por la Ley 31/1984, de 2 de agosto (RCL 1984, 2011 y ApNDL 10615), de Protección por desempleo, continuó expresamente en vigor por indicación de la Disposición Adicional 2ª del RD 625/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 1039, 1325 y ApNDL 10619), que desarrollaba a la ley anterior. No obstante, la Ley 31/1984 se derogó expresamente por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, entendiéndose ahora que las normas reglamentarias anteriormente mencionadas se refieren a la LGSS.
5. El art. 205.2 LGSS (RCL 1994, 1825) establece que «estarán comprendidos (en el ámbito de protección por desempleo), asimismo, con las peculiaridades que se establezcan reglamentariamente, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social que protegen dicha contingencia».
6. En la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 1039, 1325 y ApNDL 10619), por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto (RCL 1984, 2011 y ApNDL 10615), de Protección por desempleo, se prevé que «la prestación o subsidio por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena, de carácter fijo, incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, se regirán por lo establecido en el Real Decreto 1469/1981, de 19 de junio (RCL 1981, 1716 y ApNDL 10610), en todo lo que no se oponga a lo establecido en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, y en el presente Real Decreto». Sobre las prestaciones por desempleo de los trabajadores fijos de la agricultura, véase, HURTADO GONZÁLEZ, L. e I. MARÍN ALONSO: *La Seguridad Social Agraria*, Ed. Laborum. Murcia, 1999, pgs. 309-318.

de 35 jornadas reales mínimas cotizadas que, según el artículo 2.1 c) del RDE, dan derecho a la percepción del mencionado subsidio para los trabajadores eventuales del campo.

Tras la interposición de demanda por la trabajadora ante el Juzgado de lo Social, éste estima la pretensión de la actora y falla en el sentido de otorgar el derecho a la percepción del subsidio reconocido en el RDE.

Ante tal pronunciamiento del Juzgado de lo Social, el Organismo demandado, INEM, anuncia y formaliza recurso de suplicación, pretendiendo el examen y revisión del derecho aplicado. En él denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 1.1 y 2.1 c) del RD, así como la infracción, por no aplicación, del artículo 1.2º del Real Decreto 1469/1981, de 19 de junio (RCL 1981, 1716 y ApNDL 10610), en base a lo previsto en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563).

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, estima el recurso presentado por el INEM y revoca la sentencia de Instancia.

#### B) FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA

B.1. A los efectos de determinar el derecho de la actora a la percepción del subsidio agrario previsto para los trabajadores eventuales inscritos en el REASS debemos partir, en primer lugar, de la diferencia entre trabajador eventual, fijo y fijo discontinuo en tanto este último viene presentando, desde hace años, algunos problemas de ubicación o calificación jurídica en la normativa laboral que lo contempla.

La regulación actual del trabajador fijo-discontinuo se contempla en el artículo 12.3 TRET<sup>7</sup> en la redacción dada por el RDley 15/1998, de 27 de noviembre (RCL 1998, 2781), y el desarrollo reglamentario contenido en el RD 144/1999, de 29 de enero (RCL 1999, 440), así como en el nuevo apartado 8 del artículo 15 ET, introducido por la Ley 12/2001, de 9 de julio (RCL 2001, 1674), de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo que, aunque no era de aplicación en el momento en que se produjeron los hechos, resulta clarificador a nuestros efectos al señalar en lo que respecta a la duración del contrato que «el contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de la 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».

En cualquiera de los casos, lo que nos interesa resaltar es que, independiente-

7. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (RCL 1995, 997), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El art. 12.3 TRET (RCL 1998, 2781) señala que, sin perjuicio de que el contrato a tiempo parcial pueda celebrarse por tiempo determinado en los supuestos que prevea la ley, se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando: «a) se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa. b) se concierte 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. En este caso, los trabajadores serán llamados en el orden y forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria [...]».

mente de la polémica sobre si en las ya derogadas reglamentaciones y ordenanzas laborales se asimilaban esas actividades a los contratos de temporada o de carácter eventual<sup>8</sup> –criterio seguido incluso en la redacción originaria del ET<sup>9</sup>–, se trata de trabajos indefinidos, es decir, de carácter fijo<sup>10</sup>, enmarcándose en dichos preceptos la realización de labores agrarias con carácter permanente pero de forma discontinua que genera el derecho del trabajador a reincorporarse al trabajo cuando se reanude la actividad agrícola por un nuevo ciclo productivo<sup>11</sup>.

Ahora bien, la confusión que en el sector de la agricultura trae consigo esta modalidad contractual quizás radique en que una consolidada –y ya superada– línea jurisprudencial, que tiene su más conocido punto de arranque en dos antiguas sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo –en adelante TCT– de 19 de junio de 1979 (RTCT 1979, 4157), viniera rechazando la existencia de fijos discontinuos en el sector agrícola por entender que mientras estos trabajadores –en otros sectores– realizan una misma actividad concreta en un tiempo periódicamente reiterado, «el trabajador agrícola de temporada puede ser llamado a muy distintas actividades, e incluso referidas a diferentes cultivos o explotaciones en una misma finca, lo que les llevaba a alcanzar la condición de trabajadores de campaña o de temporada [...] pero no de fijos discontinuos»<sup>12</sup>.

Años más tarde, tras diversas vacilaciones, y a partir de las SSTCT de 25 de febrero (RTCT 1987, 4119) y 3 de marzo de 1987 (RTCT 1987, 4717) vino a postularse, sin embargo, que la figura del fijo discontinuo era admisible en el sector agrícola «bien por haber sido inicialmente contratado con tal carácter, bien por prestarse servicios con reiteración, en períodos cíclicos y sólo en determinadas y concretas campañas, que periódicamente se repiten como inherentes a la naturaleza de la explotación», lo que no sucede, por tanto, cuando los trabajadores «a lo largo de sucesivos años han desarrollado las más diversas tareas [...] en los más diversos parajes», dándoles esta circunstancia «la condición de personal de temporada [...] respecto a lo que no hay obligación de efectuar llamamiento alguno»<sup>13</sup>.

8. Véase el art. 32 de la derogada Ordenanza del Campo de 1 de julio de 1975 (RCL 1975, 1362 y 1489 y ApNDL 300) que sólo hablaba de temporeros y eventuales pero no de trabajadores fijos discontinuos.
9. La Ley 32/1984, de 2 de agosto (RCL 1984, 2012 y ApNDL 3006, nota), consideró, sin embargo, que el contrato para trabajos fijos de carácter discontinuo era «celebrado por tiempo indefinido» aunque sometido a reglas especiales. Tras la reforma laboral de 1994, el contrato para trabajos fijos de carácter discontinuo se considera una modalidad de trabajo a tiempo parcial.
10. Además, señala el art. 12.3 TRET (RCL 1998, 2781) que el trabajo fijo discontinuo se refieren al «volumen normal de la actividad de la empresa», el cual, señalan MARTÍN VALVERDE, A., F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2000, pg. 533, «tiene distinta configuración en empresas de temporada o campaña, donde típicamente se utiliza esta modalidad contractual, que en empresas de ciclo continuo, en las que también puede utilizarse pero en las que puede producirse alguna confusión con el contrato temporal celebrado por razones de eventualidad»; es decir, que «con aquella referencia legal, en definitiva, se quiere advertir sobre la diferencia entre el contrato para trabajos fijos y periódicos y aquellas otras modalidades contractuales que se pueden utilizar para la realización de trabajos eventuales o coyunturales, especialmente la modalidad prevista en el art. 15.1 b) ET (RCL 1995, 997)».
11. SSTs de 24 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1052) y 6 de febrero de 1995 (RJ 1995, 2004).
12. En el mismo sentido, SSTCT de 15 de marzo (RTCT 1983, 2087), 24 (RTCT 1983, 4648) y 31 de mayo (RTCT 1983, 4956), 8 de junio (RTCT 1983, 5356) y 5 (RTCT 1983, 6441) y 8 de julio de 1983 (RTCT 1983, 6649); de 28 de febrero de 1984 (RTCT 1984, 1769); de 29 de enero de 1985 (RTCT 1985, 507) y de 16 de abril (RTCT 1986, 2552) y 3 de diciembre de 1986 (RTCT 1986, 13061), entre otras.
13. SSTCT de 17 de marzo (RTCT 1987, 5951), 23 de junio (RTCT 1987, 13846) y 23 de septiembre de 1987 (RTCT 1987, 19691), entre otras.

Admitida pues, a mediados de los años ochenta, la distinción y diferencias –aunque difusas, en ocasiones– entre el trabajador fijo-discontinuo y el eventual del campo, los pronunciamientos judiciales advertían, pese a todo, que la condición de fijos discontinuos debía aplicarse restrictivamente en el sector agrícola y sólo a los trabajadores que con reiteración prestaran servicios en determinadas y concretas campañas que periódicamente se repetían como inherentes a la naturaleza de la explotación, siendo el principal argumento para apoyar esta postura restrictiva el riesgo de desaparición del obrero eventual, típico en la agricultura<sup>14</sup>.

Sin embargo, este último temor no sólo no se ha producido por distintos motivos –principalmente por el carácter estacional y poco seguro de la producción agrícola– sino que, por el contrario, es significativo que la presencia de los eventuales del campo ha sufrido un aumento considerable en los últimos años, tal como advierte un sector de la doctrina<sup>15</sup> y demuestran los Boletines y Anuarios de Estadísticas Laborales<sup>16</sup>.

En definitiva, superados en nuestros días los inconvenientes señalados por los Tribunales, ya no hay excesivos problemas en admitir la figura del fijo discontinuo en el sector de la agricultura pues la distinción entre esta figura y el eventual del campo se realiza por la normativa laboral –aunque todavía en el caso de los fijos discontinuos con problemas de ubicación en el articulado del TRET–, siendo a partir de ahora la normativa de Seguridad Social la encargada de determinar el posible derecho a prestaciones por desempleo según se trate de trabajadores fijos –o fijos discontinuos– o eventuales.

B.2. Sentada la premisa anterior, podemos continuar señalando que trabajador

14. Véase la STSJRM de 7 de febrero de 1990; asimismo, la STSJRM de 4 de abril de 1990 ya advirtió que «la existencia de fijos discontinuos en este sector de actividad es viable “bien que limitada esta posibilidad a las empresas en las que su actividad continuada a lo largo del año, la manipulación exclusiva o muy preferente de un solo producto durante todo él, y su funcionamiento cuasi-industrial permitan el reconocimiento de tal condición que sólo muy excepcionalmente cabe admitir en la actividad agrícola”. La STSJRM de 11 de marzo de 1991 vino a reafirmar tales cautelas al decir que “la admisión de la figura del fijo-discontinuo en la agricultura, no prevista en la Ordenanza del Campo de 1 de julio de 1975 (RCL 1975, 1362 y 1489 y ApNDL 300), debe hacerse con la mayor cautela, y no sólo en base al hecho de los reiterados llamados al trabajo, tan característica en el mundo agrario por la sucesión de las más variadas tareas, ya que lo contrario supondría la desaparición de la categoría del obrero eventual, típica en la agricultura; máxime, se añade ahora, cuando se cuenta con el dato de extraordinaria importancia interpretativa y merecedor de todo respeto, de que en el Convenio del Campo de ámbito provincial de 2 de mayo de 1989 (Boletín Oficial de la Región de Murcia de 18 mayo) vigente a la sazón, y suscrito por la patronal del sector y los sindicatos UGT y CC.OO. de máxima implantación en el mismo, no se incluyó la categoría del fijo-discontinuo en el art. 11 que clasifica a los trabajadores, ‘según su permanencia’, sólo en fijos de temporada, interinos y eventuales, con expresa remisión, respecto de los tres últimos a los arts. 32, 33 y 34 de la Ordenanza”».
15. Véase, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «De nuevo sobre la prestación de desempleo de los trabajadores eventuales agrarios. Breve comentario al RD 73/2000, de 21 de enero (RCL 2000, 194)», en *Temas Laborales*, núm. 60, 2001, pg. 11.
16. Conforme a los Anuarios de Estadísticas Laborales de 1998 y 1999 puede comprobarse que sumados los trabajadores eventuales de Extremadura y Andalucía, que son las únicas Comunidades Autónomas donde se aplica el mencionado subsidio, resulta que en 1997 el porcentaje de estos trabajadores afiliados al REASS era del 71,27%; en 1998, el 71,71% y, en 1999, el 72,16% del total nacional; en otros términos, los beneficiarios del subsidio agrícola para eventuales del campo, eran en 1997 de 192.700 trabajadores, en 1998 se elevaba a 201.600 trabajadores; en 1999 eran 210.700. Datos extraídos de CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «De nuevo sobre la prestación de desempleo de los trabajadores eventuales agrarios. Breve comentario al RD 73/2000, de 21 de enero (RCL 2000, 194)», en *Temas Laborales*, núm. 60, 2001.

fijo del campo es aquel que presta sus servicios por cuenta ajena de manera indefinida para una o varias explotaciones agrarias del mismo titular (art.1 Dos RDF), insertándose también en esta definición los trabajadores fijos discontinuos que, como se ha dicho, prestan sus servicios profesionales con carácter indefinido aunque de forma no continua para una o varias explotaciones agrarias del mismo titular. Por si hubiera alguna duda al respecto, el Informe de la Tesorería General de la Seguridad Social de 5 de agosto de 1997 corrobora, a efectos de cotizaciones, que en la definición de trabajador agrario de carácter fijo se engloba, igualmente, a los trabajadores fijos discontinuos.

Trabajador eventual del campo es, por su parte, aquel a quien se contrata por tiempo determinado para la realización de labores agrarias en una o varias explotaciones agrarias del mismo o distinto titular<sup>17</sup>.

B.2.1. Prestaciones por desempleo de los trabajadores fijos y fijos discontinuos de la agricultura. La normativa contenida en la LGSS<sup>18</sup> se completa con la regulación de la prestación por desempleo a nivel contributivo y asistencial prevista en el RDF, cuyo artículo 1 Uno señala que «los trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo, incluidos en el régimen especial agrario de la Seguridad Social, tendrán derecho a las prestaciones por desempleo previstas en la Ley 51/1980, de 8 de octubre (RCL 1980, 2296 y ApNDL 2419), Básica de Empleo, en las condiciones y con la extensión que se determinan en el presente Real Decreto». Además, la protección por la contingencia de desempleo del trabajador agrario fijo comprende «tanto las prestaciones por desempleo como las prestaciones complementarias, recogidas en los capítulos II y III del título II de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, en las cuantías y por los períodos en la misma establecidos»<sup>19</sup>.

#### b.2.1.1. Prestación por desempleo de nivel contributivo.

Como ya se ha indicado, a los trabajadores fijos discontinuos del campo también se les aplica el RD 625/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 1039, 1325 y ApNDL 10619), por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto (RCL 1984, 2011 y ApNDL 10615), de Protección por Desempleo –en adelante, RDD–, conforme al cual deberán acreditar la situación legal de desempleo cuando «dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa, mediante la presentación de la copia del contrato o de cualquier otro documento que acredite el carácter de la relación laboral y comunicación escrita del empresario acreditando las causas justificativas de la citada finalización o interrupción

17. Art. 1.2 RDE.

18. Véase, en particular, el art. 205.2 LGSS (RCL 1994, 1825).

19. Art. 4 RDF. No obstante, habida cuenta la derogación de la Ley 51/1980, de 8 de octubre (RCL 1980, 2296 y ApNDL 2419), Básica de Empleo y la Ley 31/1984, de 2 de agosto (RCL 1984, 2011 y ApNDL 10615), de Protección por desempleo, en base a la Disposición Derogatoria Única de la LGSS, las referencias efectuadas en esta materia por el RDF y el RDD se entienden realizadas a la regulación vigente contenida en la LGSS y su normativa de desarrollo. Véase el contenido de la nota a pie núm. 4 y, en concreto, respecto del RDF, véase la Disposición Adicional 2 del RDD que señala que «la prestación o subsidio por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo, incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, se regirán por lo establecido en el RD 1469/1981, de 19 de junio (RCL 1981, 1716 y ApNDL 10610), en todo lo que no se oponga a lo establecido en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, y en el presente Real Decreto».

[...]»<sup>20</sup>, considerando, además, situación asimilada al alta, a tales efectos, a los trabajadores fijos discontinuos que no sean llamados al reiniciarse la actividad correspondiente<sup>21</sup>.

La contrapartida necesaria para obtener el derecho a la percepción de la prestación por desempleo de los trabajadores fijos inscritos en el REASS es la cotización por desempleo de empresarios y trabajadores, la cual se efectúa sobre la base de cotización por jornadas reales y a los tipos establecidos en las sucesivas Leyes de Presupuestos y Ordenes Ministeriales de Cotización. La cotización a los efectos de cubrir la contingencia por desempleo está prevista en el RDD, norma en la que se indica que están obligados a cotizar por desempleo todas las empresas y trabajadores incluidos en el Régimen General y los Regímenes Especiales de la Seguridad Social que protegen la misma<sup>22</sup>.

Característica del REASS es, precisamente, que contemplándose esta contingencia para el sector agrícola, sólo lo hace respecto de los trabajadores fijos, siendo además la cotización por desempleo de los trabajadores fijos del campo la única cuota conjunta que efectúa el empresario agrícola, es decir, que la cotización por desempleo se realiza por el empresario a la par que la cotización empresarial por jornadas reales, siendo éste el sujeto responsable del pago por tal concepto –tanto de su aportación como de la de sus trabajadores fijos<sup>23</sup>–.

De esta peculiaridad no se excluyen los trabajadores fijos discontinuos incluidos en el REASS por lo que, también éstos, han de cotizar por la contingencia de desempleo<sup>24</sup>, siendo también el responsable del pago, el empresario agrícola.

No obstante, interesa reseñar que para poder lucrar la prestación por desempleo, han de tenerse cotizados, al menos, 360 días, requisito que la trabajadora fija discontinua que plantea el presente estudio no reúne al tener únicamente cotizados 155 días –jornadas reales–.

#### b.2.1.2. Prestación por desempleo del nivel asistencial (subsidio por desempleo).

Conforme al artículo 215 y ss. LGSS y, en particular, al mencionado RDD, el

20. La normativa mencionada continúa señalando en el art. 6.5 que «al trabajador fijo de carácter discontinuo que sea llamado para reiniciar su actividad se le suspenderá o extinguirá el derecho a la prestación según que la duración del trabajo sea inferior o igual o superior, respectivamente, a 6 meses. La falta injustificada de presentación del trabajador cuando sea llamado al reinicio de la actividad será causa de extinción de la prestación por desempleo. El empresario deberá remitir a la correspondiente Oficina de Empleo relación nominal de los trabajadores fijos discontinuos que sean llamados al trabajo, con indicación de las fechas de reincorporación».

21. Art. 2.2 RDD.

22. Art. 19 RDD que añade que «la base de cotización por desempleo será la misma que la prevista para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales». La normativa básica en materia de cotización se encuentra recogida, con carácter general, en el RD 2064/1995, de 22 de diciembre (RCL 1996, 251 y 603), que aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, a la que se une la regulación establecida por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y las correspondientes Ordenes de Cotización que la desarrollan.

23. Sin perjuicio de que el empresario descuenta el importe de la cuota por desempleo que corresponde a sus trabajadores fijos en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones. Recuérdese que el empresario es el obligado a ingresar la totalidad de la cuota de desempleo.

24. Véase el Informe de la Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS– de 5 de agosto de 1997 y la STSJ de la Región de Murcia de 13 de marzo de 1991.

trabajador fijo discontinuo tiene derecho a la percepción del subsidio por desempleo a nivel asistencial, siempre que cumpla los requisitos previstos en el mismo, y con las previsiones contenidas en él respecto a su duración<sup>25</sup>.

Ante la falta de datos que sobre la particular situación de la trabajadora proporciona el relato de los hechos contenido en la sentencia, podríamos pensar que la solicitud del subsidio por desempleo a nivel asistencial<sup>26</sup> se alzaría como la única prestación por desempleo que la trabajadora fija discontinua del supuesto que analizamos podría, en su caso, lucrar, en tanto no tiene cubierto el período mínimo de cotización que se exige para la prestación contributiva de desempleo.

**B.2.2. El subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales del campo.** Ya hemos indicado que del examen de la regulación contenida en el RDE **trabajador eventual** es quien estando inscrito en el censo del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social **sea contratado por tiempo determinado para la realización de labores agrarias en una o varias explotaciones agrarias del mismo o distinto titular.**

No obstante, a efectos de obtener el subsidio de desempleo, esta definición sólo puede alegarse en las Comunidades Autónomas donde el mismo se aplica, es decir, en Andalucía y Extremadura según la Disposición Adicional 1ª RDE, amparándose esta limitación territorial en lo previsto en el artículo 1.2 del RDE<sup>27</sup>.

Pero, sobre todo, es importante señalar que los trabajadores eventuales del campo no cotizan por la contingencia de desempleo<sup>28</sup>, por lo que no tienen derecho, en ningún caso, a la prestación por desempleo contributiva anteriormente vista, pudiendo sólo acceder, a diferencia de los trabajadores fijos-discontinuos, al subsidio específico para los trabajadores eventuales regulado en el RDE cuya naturaleza híbrida o mixta –es decir, ni exactamente contributiva ni tampoco asistencial– plantea problemas ciertamente interesantes.

Al respecto, la circunstancia anterior provoca un debate colateral sobre la propia

25. El art. 7 RDD establece los requisitos de acceso a este subsidio y el art. 8 determina la duración y cuantía del mismo, estableciendo al respecto en el caso de trabajadores fijos discontinuos con responsabilidades familiares, y que hayan agotado la prestación contributiva, su duración «será equivalente al número de meses cotizados en el año inmediatamente anterior al momento de solicitar el subsidio. En este supuesto, no será de aplicación la disminución prevista en la duración del subsidio en la letra c) del número 3 del art. 14 de la Ley 31/1984 (RCL 1984, 2011 y ApNDL 10615)». Un estudio algo más detallado puede verse en HURTADO GONZÁLEZ, L. y MARÍN ALONSO, I.: *La Seguridad Social Agraria*, ob. cit., pgs. 315-318.
26. El art. 215.1.2) LGSS establece que «los parados que, reuniendo los requisitos a que se refiere el apartado 1.1. de este artículo, salvo el relativo al período de espera, se hallen en situación legal de desempleo y no tengan derecho a la prestación contributiva, por no tener cubierto el período mínimo de cotización siempre que: a) hayan cotizado al menos tres meses y tengan responsabilidades familiares, b) hayan cotizado al menos seis meses aunque carezcan de responsabilidades familiares».
27. Dicho precepto establece que «el sistema del subsidio por desempleo se aplicará en aquellas Comunidades Autónomas donde el paro estacional de los trabajadores agrarios eventuales sea superior a la media nacional y donde el número de éstos sea proporcionalmente superior al de otras zonas agrarias. El Gobierno, teniendo en cuenta los criterios anteriormente señalados, determinará el ámbito de aplicación territorial del subsidio».
28. Recuérdese que el trabajador eventual del campo abona exclusivamente y a su cargo una cuota fija mensual por contingencias comunes fijada en las sucesivas Leyes Presupuestarias y Ordenes Ministeriales de Cotización. En este caso, el responsable del pago es siempre el trabajador, configurándose como una cotización independiente. En el REASS, además, no se aplican las reglas especiales de cotización que el Régimen General de la Seguridad Social prevé para los contratos a tiempo parcial. Más en detalle, HURTADO GONZÁLEZ, L. y I. MARÍN ALONSO: *La Seguridad Social Agraria*, ob. cit., pgs. 165 y ss.

naturaleza del subsidio agrícola de los eventuales del campo pues la mencionada falta de cotización por la contingencia de desempleo demuestra, según algunos autores, que el subsidio por desempleo de estos trabajadores tiene carácter asistencial<sup>29</sup>, mientras que, para otros, la exigencia de una cotización mínima y la constatación de proporcionalidad entre el período cotizado y la duración de la prestación delata la presencia de evidentes elementos contributivos en la misma<sup>30</sup>.

En base a tales datos, podemos concluir, en definitiva, que la trabajadora fija discontinua que se dedica a la realización de labores agrarias no tiene derecho al subsidio de los trabajadores eventuales inscritos en el REASS contemplado en el RDE puesto que aquélla, en su caso, sólo tendrá derecho a las prestaciones por desempleo a nivel contributivo y asistencial que contempla la normativa correspondiente.

### § 73

#### La confusa línea divisoria entre la contrata de obras y servicios y la cesión de trabajadores

por MARIOLA SERRANO ARGÜESO *Universidad de Deusto*

*Sentencias comentadas:*

Comentario a la STSJ de Madrid, de 17 julio 2001 (AS 2001, 3875)

#### 1. SUPUESTO ANALIZADO

Miguel B. S. entra a trabajar en la empresa Difusio Telemarketing Grup, SA el 12 de enero de 2000 con la categoría de Teleoperador y el salario mensual con prorrateo de pagas extras que se expone en el recurso. La relación laboral comienza por contrato de duración determinada, a tiempo completo, para la realización de una obra o servicio determinado. En la cláusula 7ª del contrato figura que el mismo es para la utilización de una compañía Telemarketing y telefónica contratada por Banco Central Hispano, y en las cláusulas adicionales que los servicios se prestarían en Avda. Europa, 26, ed. Ático de Pozuelo de Alarcón. Entre el BCH, SA y DTG, SA se firma el 1 de diciembre de 1997 un contrato de Arrendamiento de Servicio para realizar una campaña de Marketing Telefónico. La relación era arrendaticia, y el personal del arrendador –DTG, SA– dependería de esta última a efectos laborales. El 1 de noviembre de 1999 se realizó un nuevo contrato entre las mismas empresas que entre otros servicios comprendía el de Campaña de atención a clientes y el de

29. En tal sentido, ALARCÓN CARACUEL, M. R. y S. GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, pg. 348; también, GARCÍA BECEDAS, G.: «La reforma del Régimen Especial Agrario de Seguridad Social», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, julio-septiembre, 1991, pg. 25.
30. GALÁN, M. J. y LILLO, E.: «Subsidio de desempleo de trabajadores eventuales agrarios», en *La Ley*, 1988-I, pg. 400, entienden que el subsidio que tratamos es un derecho subjetivo dispensable en base a condiciones objetivas, es decir, como un derecho a prestación propio de un Sistema público de Seguridad Social, aunque surgen dudas sobre su naturaleza contributiva o asistencial. En general, la distinción entre prestaciones asistenciales y contributivas, puede verse en HURTADO GONZÁLEZ, L.: «Prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Prestaciones de Asistencia Social», Ed. Trotta, Madrid, 1992, pgs. 225 y ss.; también, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español*, Ed. Laborum, Murcia, 1998, pgs. 39 y ss.