

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 227/2018 de 28
Feb. 2018, Rec. 999/2016**

Ponente: Castro Fernández, Luis Fernando de.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 999/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 227/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 28 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la representación legal de Sergio , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en 23 de noviembre de 2015, [recurso de Suplicación nº 370/2015], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Cartagena, autos 894/2013, en virtud de demanda presentada por Don Sergio contra LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U., sobre despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 3 de Cartagena, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda interpuesta por DON Sergio contra LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U. declaro NULO el despido del demandante y condeno a la empresa demandada a la inmediata readmisión del actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con de los salarios dejados de percibir desde el día del despido (5/11/2013) hasta el día de la notificación de la sentencia al demandado, a razón de 55,41 € diarios. Todas estas cantidades sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico.».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- El actor DON Sergio con NIE numero NUM000 cuyas demás circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, ha venido prestando servicios para la empresa demandada. LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U., con CIF nº B30850952, dedicada a la actividad explotación

agrícola, con una antigüedad desde el 19/07/2000, con la categoría profesional de regante, y un salario regulador diario de 55,41 C. con prorrata de pagas extraordinarias. Las jornadas trabajadas han sido 2.698, de las que 2.586 se han realizado con anterioridad al 12/02/2012.- SEGUNDO.- El trabajador no ha sido llamado a la campaña del año 2013, a pesar de que la empresa ha realizado 99 contratos para personal agrícola en noviembre de 2013 con personal cedido por la ETT INTENGRA EMPLEO ETT S.L.- TERCERO.- En fecha 11 de Octubre de 2013 la FITAG UGT (Murcia) realizó un comunicado de convocatoria de huelga para la empresa demandada con el siguiente tenor literal: "DON Evelio con D.N.I número NUM001 , como Secretario General de FITAG UGT (Murcia), Y Melchor con NIF NUM002 , como vicepresidente del comité de empresa de LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.O ante la dirección de esta mercantil comparecen, y como mejor proceda en derecho, DICEN: Que por medio del presente escrito venimos a comunicar a esta MERCANTIL, acuerdo de la convocatoria de una HUELGA LEGAL, al amparo de las previsiones del Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de Marzo, que afectara a los trabajadores del centro de trabajo, de la mercantil LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U, con domicilio Carretera Fuente Mamo, Las Palas, Km. 8 CPP 30334 Las palas Fuente Alamo (Murcia) en base a los siguientes y verídicos: HECHOS: PRIMERO. Antes de nada, vamos a relatar lo sucedido en la mercantil LANGNEAI) PRODUCCIONES S.LU, en lo referente a un grupo de trabajadores fijos discontinuos que han visto reducidos sus llamamientos desde este año 2013, por circunstancias ajenas a los mismos, e imputables al empresario, tal y como se detallan: Al principio la empresa se llamaba LANGMEAD ESPAÑA S.L, hasta junio de 2011, a partir del 1 de julio de 2011, se produce una subrogación donde la nueva sociedad se pasa a llamar LANGMEAD PRODUCCIONES, S.L. Se produce una Segregación. Se traspa una unidad económica diferenciada dedicada a la producción, almacenaje, comercialización y distribución de espinaca y hojas tipo baby leaf que se traspa en bloque a Langmead producciones no trabajándose ya la lechuga con dicha segregación. Entre las cuadrillas de fijos discontinuos que han visto reducidos sus llamamientos de manera notable, se encuentra la cuadrilla de limpieza de espinacas, que desde tiempo inmemorial se dedicaba a la limpieza y almacenaje de las mismas, dentro del almacén de Lagmead S.A, ahora llamada Lagrnead Producciones. Pues bien tras una decisión unilateral de la mercantil de arrendar el almacén, donde se realizaba la limpieza y almacenaje de espinacas, a otra mercantil, llamada AGROHERNI SOCIEDAI) COOPERATIVA, los mismos, desde la presente campaña de 2013, ya no realizan estas funciones por lo que se les ha reducido los llamamientos, y para colmo, esas funciones las realizan ahora trabajadores de Agroherni y de una empresa de trabajo temporal A consecuencia de ello se va produciendo una reducción de llamamiento de todas las cuadrillas de trabajo. El 19 de septiembre de 2013, hay reunión de empresa con los representantes de los trabajadores, donde se aborda el programa de producción de la campaña 2013-2014, además la representación legal de los trabajadores solicita información económica de la empresa, igualmente se solicita a la mercantil, aclaración sobre la decisión unilateral de efectuar el llamamiento para cuadrillas de regadores y montaje. La empresa manifiesta que uno de los socios, que proporciona el grueso de los pedidos en el extranjero, va a abandonar la misma, y que a consecuencia de dio la producción de espinaca descenderá en un 40 %, o 50 %. Que en fecha 26 de septiembre de 2013, se celebra una segunda reunión en la que se aborda la problemática de la disminución de los pedidos, en la que los representantes de los trabajadores proponen, que cuando no haya trabajo en la mercantil Langmead Producciones, trabajen en otras empresas del grupo, como Agromen, Agroherni, Tecnología y labranza, dándose la circunstancia de que en estas empresas trabajan trabajadores de empresas de trabajo temporal, toda vez que en fecha 19 de septiembre de 2013, la propia mercantil ya realizo una subrogación los tractoristas de Langmead Producciones, a Tecnología y Labranza S.L. De otra parte la representación de los trabajadores, manifestó que en las antiguas fincas donde prestaban sus servicios los trabajadores de Langmead realizando la producción de espinaca, ahora trabajan trabajadores de Agroherni y de empresas de trabajo temporal, cuando esta mercantil nunca ha trabajado la espinaca, dándose la paradoja que los propios trabajadores de Langmead para poder seguir trabajando en la fincas que trabajaban, han tenido que hacerlo a través de empresas de trabajo temporal, ejemplo, fincas de Jumilla (Murcia). De otro lado en la reunión mantenida, la representación de los trabajadores para el caso y de manera subsidiaria de que no fuera posible la

ocupación efectiva de los trabajadores, y la imposible recolocación de los, mismos en otras empresas del grupo, debido a la reducción cada vez más notable de los llamamientos, planteo extinguir los contratos de trabajadores, a lo que la empresa manifestó que las indemnizaciones que se pudieran pactar podrían ser ligeramente superiores a la indemnización legal, y pactar despidos individuales. Que en fecha 2 de octubre de 2013, la empresa se desdijo de lo manifestado en la anterior reunión, no entrando a negociar las posibles indemnizaciones. El comité de empresa también recordó a la mercantil que antes realizaban las funciones de recoger los aperos y material de riego, y paneles de solarización, funciones que ahora realizan una empresa de servicios, con la consiguiente disminución del empleo para los trabajadores fijos discontinuos. En esta reunión la propia mercantil ya manifestó que la colocación de paneles de solarización se vería disminuida por un cambio técnico, con la consiguiente también minoración del trabajo para las cuadrillas de Clavillas, Demeshing, y Malla Por último manifestar, que la mercantil antes de vaciar de trabajo a todas las cuadrillas de los trabajadores de la empresa, debería haber realizado un expediente de regulación de empleo para extinguir los contratos, y no realizar una maniobra de quita de trabajo de manera gradual y imputable al empresario, para reducir de manera sensible el llamamiento de los mismos. TERCERO. La huelga se llevará a efecto el día 17 de octubre de 2013 desde las 00.00 horas de ese día siendo INDEFINIDA la misma, en el centro de trabajo sito en Carretera Fuente Alamo, Las Palas, Km. 8 CPP 30334 Las palas Fuente Álamo (Murcia), y en las fincas donde la mercantil despliega su actividad. CUARTO. La Huelga abarca a todos los trabajadores del centro de trabajo y fincas antes referenciados. QUINTO.- Que el Comité de Huelga estará formado por las personas que a continuación se detallan: Candido NUM003 Jesús NUM004 Vicente NUM005 Melchor NUM002 Cesareo NUM006 , Hermenegildo NUM007 Pedro . OBJETIVOS ÚNICO .- El objetivo de la HUELGA, es que la mercantil de trabajo efectivo a las cuadrillas que por decisiones no imputables a los trabajadores, han visto reducidos de manera sensible sus llamamientos, y carga de trabajo, dándoles ocupación en otras empresas del grupo. Y de manera subsidiaria para el caso de que no fuera posible, la misma realice un expediente de Regulación de empleo en materia de extinción de los contratos. La presente comunicación se realiza a los efectos de lo dispuesto en el Real decreto ley 17/1.977 de 4 de Marzo, es decir con CINCO días de antelación.- CUARTO.- En fecha 1 de noviembre de 2013 la empresa y el comité de empresa y la FITAG UGT firmaron un documento cuyo tenor literal es: *ACUERDO SOBRE LA CONVOCATORIA DE HUELGA EN LANGMEAD PRODUCCIONES, S.L. En Las Palas de Fuente Alamo, siendo las 9:30 h del día 1 de Noviembre de 2.013, reunidos, de una parte Don Juan Pedro , en representación de la mercantil y de otra parte, Don Cesareo , Melchor , Hermenegildo , Vicente , Candido y Jesús , como miembros del Comité de Empresa, y Don Pedro , en representación de UGT, alcanzan el siguiente ACUERDO sobre los motivos de la huelga convocada: Primero.-Por el sindicato UGT se interpondrá papeleta y demanda de despido a consecuencia de falta de llamamiento, por los trabajadores fijos discontinuos de Langmead Producciones, sl. afectados y la Empresa llegará a un acuerdo en el Juzgado en la Demanda que se interpondrá en su nombre, para fijar una indemnización por despido en base a 25 días de indemnización por año de ocupación cotizada. El importe de dicha indemnización será abonado mediante transferencia bancaria a la cuenta donde perciben su salario, en el mismo Acto de Conciliación del Acuerdo, en el Juzgado. Segundo.- La Empresa entregará listado de trabajadores al Comité de Empresa, no más allá del próximo Martes, 5 de Noviembre. Dicho listado contendrá entre un mínimo de veinticinco y un máximo de cincuenta trabajadores. El Comité de Empresa, entregará a la Empresa, como máximo el próximo Lunes 4 de Noviembre un listado de, como máximo cinco trabajadores, que voluntariamente quieren ir incluidos. Tercero.- Con los restantes trabajadores fijos discontinuos, a los que la Empresa garantiza su ocupación y llamamiento, se elaborará un nuevo Censo de Fijos Discontinuos con base en la propuesta de UGT y El Comité de Empresa, realizada el pasado 29 de Octubre de 2.013 en la ORCL (Oficina de Resolución de Conflictos Laborales de la Región de Murcia), para regular el llamamiento al trabajo. Estos listados estarán consensuados entre las partes, antes del acuerdo en el Juzgado sobre los despidos. Cuarto.- UGT y Melchor , en representación del Comité de Empresa, suspenden la convocatoria de huelga en éste mismo acto, que quedará definitiva y automáticamente desconvocada una vez se alcance el ACUERDO en el Juzgado de lo social. Y en prueba de conformidad firman las partes*

en el lugar fecha arriba indicado.- La empresa LANGMEAD PRODUCCIONES, S.L interpuso demanda en reclamación de "derechos" solicitando se declarase la validez de dicho acuerdo en proceso 190/2014, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social numero uno de los de Cartagena de 16/07/2014 , que absolvía de la demanda, señalando en sus fundamentos de derecho que tal acuerdo no era válido. No consta la firmeza de dicha sentencia.- QUINTO.- El demandante presentó papeleta de acta de conciliación por despido ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación, habiéndose celebrado el preceptivo acto de conciliación el día 27/01/2013 con el resultado de SIN AVENENCIA».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de LAGMED PRODUCCIONES S.L.U., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, la cual dictó sentencia en fecha 23 de noviembre de 2015 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Estimar en parte el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de octubre del 2014, dictada por el Juzgado de lo Social, nº 3 de Cartagena , en el proceso 894/2013, y, en consecuencia, se revoca la misma en cuanto declara la nulidad del despido del actor y condena a la empresa al pago de salarios de tramitación, para, en su lugar, declarar que la falta de llamamiento del actor ocurrida el día 5/11/2013 es constitutiva de despido improcedente, condenando a la empresa a que, a su opción, bien readmita al trabajador, condenándola, en tal caso, a que abone al mismo los salarios correspondientes a los días en que debería de haber trabajado desde el 5 de Noviembre del 2013 hasta la fecha de notificación de la presente sentencia, bien de por extinguida la relación laboral, con efectos del 5/11/2013, condenándola en tal caso al pago de una indemnización calculada con aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria 5 de la Ley 32/2012 en función de los 2.698 días trabajados desde el inicio de la relación laboral, de los que 2586 días son anteriores al 12 de febrero de 2012 y el salario regulador de 55,41€.- 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, por la representación legal de Sergio se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 8 de julio de 2012 (R. 2341/11).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de febrero de 2018, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Se debate en las presentes actuaciones si la extinción del contrato de trabajo del accionante, fijo discontinuo de la empresa demandada, debe o no calificarse como despido nulo por no haberse seguido el procedimiento de despido colectivo, siendo así que conjuntamente con el actor fueron cesados -por falta de llamamiento- un número de trabajadores también discontinuos que superaba los umbrales numéricos del art. 51 ET . Y en el marco de un pacto colectivo -impugnado en vía judicial- que con sus previsiones en orden a la extinción contractual de los citados trabajadores, eludía la tramitación del procedimiento de despido colectivo.

2.- La sentencia dictada por el J/S nº 3 de Cartagena en 10/10/14 [autos 894/13] accedió a la pretensión de nulidad, pero la misma fue revocada por la STSJ Murcia 23/Noviembre/2015 [rec. 370/15], en la que se argumenta que «del hecho de que la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos afecte a un importante número de trabajadores ... excediendo de las cifras que se fijan en el artículo 51.1 del ET , no se puede concluir que estamos ante un despido colectivo de los regulados en dicho precepto: De un lado porque ... la extinción de la

relación se ha producido en virtud de la demanda individual formulada por el trabajador y la empresa no invoca ninguna de las causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o relacionadas con la producción) que son las que posibilitan al empresario la extinción del contrato de trabajo por la vía del artículo 51... la falta de llamamiento se produce a petición de los propios trabajadores y como consecuencia de los acuerdos adoptados con la empresa para poner fin a la huelga... el trabajador demandante y otros en similar situación no aceptaron las condiciones ofertadas con ocasión del acuerdo de fin de huelga pactado por los representantes de los trabajadores y un sindicato...».

3.- En su recurso de casación unificadora, el trabajador denuncia la infracción de los arts. 207 y 224 LJS, en relación con el 51 ET y 124 LJS, así como del art. 1 de la Directiva Comunitaria 98/59. Y señala como contradictoria la STS 08/07/12 [rcud 2341/11].

4.- La cuestión así planteada ya ha sido resuelta por la Sala en tres precedentes decisiones [SSTS -tres- de 10/05/17 rcud 1246/16, 1247/16 y 1623/16], con ocasión de reclamaciones de otros trabajadores discontinuos que coetáneamente con el actor vieron desatendidos su llamamiento por la misma empresa demandada «Langmead Producciones S.L.U». Decisiones a cuyo criterio hemos de estar, en aras a la estabilidad de la jurisprudencia, que es la razón de ser del recurso de casación para la unificación de doctrina, remitiéndonos -para un examen más profundo de la cuestión- a sus más detalladas argumentaciones.

SEGUNDO.- 1.- En tales decisiones se aporta también como referencial nuestra sentencia de 08/07/12 [rcud 2341/11] y se aprecia la concurrencia de contradicción, por entender «sustancialmente coincidentes los elementos esenciales a tener en cuenta a tal efecto, a pesar de las más irrelevantes diferencias que, sin duda, son de apreciar en la génesis de uno y otro supuesto», porque -se dice- tales diferencias han de ceder «ante la mayor relevancia que debe atribuirse a la más sustancial circunstancia de que en ambos casos se trata de supuestos en los que, sin ninguna duda, subyacen razones organizativas y productivas en la decisión empresarial de extinguir un elevado número de contratos de trabajo que supera los umbrales del despido colectivo».

2.- Sobre la cuestión de fondo, aquellas decisiones de la Sala se manifiestan rotundamente en contra de la eficaz operatividad del pacto colectivo de que tratamos y declaran la nulidad de los despidos. Y la argumentación al efecto ofrecida -y que nuevamente asumimos- puede esquematizarse en las siguientes afirmaciones:

a).- «La conjunción de los artículos 51.1 y 52.c) no deja lugar a la duda: cuando el empresario procede a efectuar despidos en número superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 ET estamos en presencia de un despido colectivo y hay que seguir los trámites y procedimiento que la ley ha previsto para la tramitación de tales extinciones colectivas».

b).- «La noción de despido colectivo se diseña normativamente a través de la referencia a dos elementos distintos: por un lado, están los requisitos numérico- temporales...; por otro, se encuentran las exigencias causales, es decir, que el despido esté motivado por la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción. A tales efectos... constituyen claramente normas absolutamente imperativas o de derecho necesario absoluto, inmodificables por convenio colectivo. El fundamento de tal calificación como estructuras normativas de orden público se presenta evidente puesto que en tal concepto extintivo no sólo intervienen intereses empresariales, sino que se atiende -de manera especial- a intereses públicos evidentes (minorar - en lo posible- la destrucción del tejido productivo), y también los de los trabajadores afectados...».

c).- «Nuestra jurisprudencia... es clara al reseñar que en nuestro ordenamiento jurídico, desde siempre, el Estatuto de los Trabajadores ha sancionado con la nulidad los despidos o extinciones del contrato que, vulnerando la letra y el espíritu de la ley, han eludido la tramitación colectiva en los casos exigidos en el artículo 51.1 ET ».

d).- «... cuando la ley sanciona con la nulidad las extinciones contractuales computables que, superando los umbrales del artículo 51.1 ET no se tramitaron como despido colectivo, tal nulidad es predicable no sólo cuando las impugnaciones de esas nuevas extinciones se realicen colectiva (artículo 124.11 LRJS) o individualmente en el seno de un despido colectivo incorrecto llevado a cabo por el empresario (artículo 124.13. a. 3º); también es nulo de pleno derecho cuando, omitiéndose los trámites exigibles ex artículo 51.1 ET , la impugnación se lleva a cabo individualmente por el trabajador despedido, al margen de cualquier impugnación colectiva».

3.- Tal doctrina -reiterada por el Pleno de la Sala en sentencia de 10/10/17 rco 86/17, asunto «Cafestore SAU », aunque para supuesto diverso- nos lleva una vez más a acoger el recurso, habida cuenta de que es incuestionado dato fáctico que la falta de llamamiento de que tratamos ha afectado a un colectivo de fijos-discontinuos que numéricamente supera el umbral previsto en el art. 51 ET .

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida casada y revocada. Sin imposición de costas [art. 235.1 LJS].

FALLO

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

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Sergio .

2º.- Revocar la sentencia dictada por el TSJ Murcia en fecha 23/Noviembre/2015 [rec. 370/15], que a su vez había revocado la resolución -estimatoria de la demanda- que en 10/Octubre/2015 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Cartagena [autos 894/13].

3º.- Resolver el debate suscitado en Suplicación, desestimando el de tal clase formulado y confirmando la sentencia de instancia, manteniendo en su integridad la condena de «LANGMEAD PRODUCCIONES SLU».

4º.- No imponer costas.

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

Así se acuerda y firma.