

BASE DE DATOS DE NORMACEF**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REGIÓN DE MURCIA***Sentencia 903/2015, de 23 de noviembre de 2015**Sala de lo Social**Rec. n.º 371/2015***SUMARIO:**

Trabajador fijo discontinuo. Falta de llamamiento. Despido. Nulidad. *Pacto de fin de huelga que prevé la imposición al sindicato firmante del acuerdo de la obligación de interponer papeleta de conciliación y demanda de despido en nombre de un número de entre 25 y 50 trabajadores a consecuencia de la falta de llamamiento que se produciría tras el pacto (como así fue), quedando la empresa obligada, por su parte, a reconocer en el juzgado una indemnización de 25 días de salario por año de servicio.* Del hecho de que la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos de la empresa afecte a un importante número de ellos, excediendo de las cifras que se fijan en el artículo 51.1 del ET, no se puede concluir que estemos ante un despido colectivo de los regulados en dicho precepto: de un lado porque, en el presente caso, la extinción de la relación se ha producido en virtud de la demanda individual formulada por el trabajador y, de otro, la empresa no invoca ninguna de las causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) que son las que posibilitan al empresario la extinción del contrato de trabajo por la vía del artículo 51, con derecho a una indemnización reducida de 20 días por año de servicio. En el presente caso, dado que los afectados han sido trabajadores fijos discontinuos, la empresa no hubiera podido promover con éxito un despido colectivo, pues, aunque hubieran podido existir las causas objetivas (no invocadas en el presente proceso), la extinción de los contratos de los fijos discontinuos no podría ser una medida razonablemente idónea para hacer frente a una situación económica negativa, dado que la empresa no sufre quebranto económico por causa de los costes laborales de los fijos discontinuos no llamados a trabajar; lo mismo cabe decir en el caso de necesidades productivas, pues para hacer frente a una disminución de las mismas, basta con no llamar a los fijos discontinuos. La falta de llamamiento está propiciada por los términos del acuerdo de fin de huelga y la empresa ha visto sorprendida su buena fe, cuando los trabajadores han decidido no aceptar los términos de tal acuerdo, al resultarles más beneficioso alcanzar una sentencia que declare la improcedencia del despido (art. 56 ET), pero no cabe declarar la nulidad del mismo, por el hecho de que existan más trabajadores en la misma situación que la del actor. No concurre el despido colectivo de hecho a que alude la STS 52/2013. Voto particular. El despido es nulo por no haber acudido al procedimiento legalmente previsto, incurriendo en fraude de ley. No cabe reservar el procedimiento de despido colectivo para trabajadores que no sean fijos-discontinuos, ya que ello vulnera el artículo 14 CE.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 15.8, 51 y 56.1.

Ley 36/2011 (LRJS), arts. 124.13 b).

Código Civil, art. 6.4.

RDLeY 17/1977 (Relaciones de Trabajo), art. 8.2.

PONENTE:*Don Rubén Antonio Jiménez Fernández.*

Magistrados:

Don JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ

Don JOSE LUIS ALONSO SAURA

Don RUBEN ANTONIO JIMENEZ FERNANDEZ

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00903/2015

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

P.º GARAY, 5-2ª PLANTA. 30005-MURCIA

Tfno: 968 22 92 16

Fax: 968 22 92 13

NIG: 30016 44 4 2013 0302780

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000371 /2015

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000898 /2013

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U.

ABOGADO/A: JOSE TARRAGA POVEDA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FONDO DE GARANTIA SALARIAL, Juan María, COMITE DE EMPRESA DE LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U., MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL, FITAG-UGT

ABOGADO/A: FOGASA, PEDRO CATALAN RAMOS

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

En MURCIA, a veintitrés de Noviembre de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos Sres D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U., contra la sentencia número 0357/2014 del Juzgado de lo Social número 3 de Cartagena, de fecha 10 de Octubre, dictada en proceso número 0898/2013, sobre DESPIDO, y entablado por Juan María frente a LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U.; FITAG-UGT; COMITÉ DE EMPRESA DE LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U.; FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y MINISTERIO FISCAL.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

El Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, emite Voto Particular.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Hechos probados en la instancia.*

La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figuran declarados los siguientes hechos probados:

PRIMERO. El actor DON Juan María 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 2/10/2006, con la categoría profesional de peón agrícola, y un salario regulador diario de 73,60 euros. con prorrata de pagas extraordinarias. Las jornadas trabajadas han sido 2086.

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 Fidel con D.N.I número NUM001, como Secretario General de FITAG UGT (Murcia), Y Miguel con NIF NUM002, como vicepresidente del comité de empresa de LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U 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 Álamo (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 traspasa una unidad económica diferenciada dedicada a la producción, almacenaje, comercialización y distribución de espinaca y hojas tipo baby leaf que se traspasa 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 Lagmead 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 d 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 Álamo, 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: Adrian NUM003 Eloy NUM004 Alexander NUM005 Miguel NUM002 Pedro Francisco NUM006, Feliciano NUM007 Norberto . 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 Álamo, siendo las 9:30h del día 1 de Noviembre de 2.013, reunidos, de una parte Don Fulgencio Hernández Solano, en representación de la mercantil y de otra parte, Don Pedro Francisco, Miguel, Feliciano, Alexander, Adrian y Eloy, como miembros del Comité de Empresa, y Don Norberto, 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,, si. 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 bancada 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 despedidos. Cuarto-UGT y Miguel, 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.

El fallo fue del tenor siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por DON Juan María contra LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U. declaro NULO el despido del demandante y condeno a las 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 73,60 euros 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. Interposición del recurso.

Se interpuso recurso de suplicación por el Letrado don José Tárraga Poveda, en representación de la empresa demandada.

El Letrado don Pedro Catalán Ramos, en representación de la parte demandante impugnó el recurso, oponiéndose.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento Primero.

La sentencia de fecha 10 de octubre del 2014, dictada por el juzgado de lo social n.º 3 de Cartagena en el proceso 898/2013,- previo rechazo de las excepciones de litispendencia, falta de legitimación pasiva por litisconsorcio pasivo necesario- estimó la demanda deducida por D. Juan María contra la empresa Langmead Producciones SLU, en virtud de la cual, en su condición de trabajador fijo discontinuo de la citada empresa, accionaba por despido ante la falta de llamamiento al trabajo ocurrida el 5/11/2013 y declaro la nulidad del despido, condenando a la empresa a la readmisión del trabajador y al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia.

Disconforme con la sentencia, la empresa demandada interpone contra la misma recurso de suplicación, solicitando: a) Al amparo del apartado a) del artículo 193 la nulidad de la sentencia, por no haber suspendido el trámite hasta que recayera sentencia firme en el conflicto colectivo tramitado ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Cartagena, proceso 190/2014, al existir una situación de litispendencia y falta de legitimación pasiva por litisconsorcio pasivo necesario; b) La revisión de los hechos declarados probados; c) La revocación de la sentencia para que se dicte otra que desestime la demanda, por falta de acción, denunciando la vulneración del artículo 8.2 del RDLRT 17/1977 y artículo 49.1 del ET o, subsidiariamente, se declare la improcedencia del despido, por la vulneración del artículo 51 del ET y 124.13 de la LRJS o, en caso de mantener la declaración de nulidad que limite la obligación al pago de salarios de tramitación a los días trabajados por el actor en la anterior campaña.

El trabajador demandante se pone al recurso, habiéndolo impugnado.

Fundamento Segundo.

La sentencia recurrida ha rechazado la litispendencia invocada por la empresa demandada, de cuyo criterio discrepa con ocasión del recurso, tanto con ocasión del primero como del tercero de los motivos del recurso.

La situación de litispendencia se fundamenta en la existencia de los acuerdos de fecha 1/11/2013, adoptados por la empresa y los representantes de los trabajadores, a fin de desactivar la huelga convocada y por la demanda deducida por la empresa con el fin de que se declare la validez o nulidad de tal acuerdo, demanda que se tramita ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Cartagena., en el proceso n.º 190/2014, de conflicto colectivo promovido por la citada empresa en el que se solicita el cumplimiento de los acuerdos adoptados.

Como ya ha mantenido esta Sala en sentencias precedentes, en relación a los mismos hechos (por todas la sentencia de fecha 1 de junio 2015, rsu 1035/20) la litispendencia tiene por finalidad garantizar la seguridad jurídica impidiendo sentencias contradictorias y esta intimamente vinculada a la cosa juzgada, de modo que la iniciación de un procedimiento produce como efecto la incoación o tramitación de otro posterior, cuando entre los dos procesos existe la identidad que establece el artículo 222 de la LEC, en relación a la cosa juzgada (identidad de personas, objeto y causa de pedir), aunque tal requisito de identidad se ha flexibilizado por la jurisprudencia, en el sentido de apreciar la existencia de litispendencia cuando existe una identidad fundamental entre ambos procesos, de modo que la resolución recaída en el primero impediría un pronunciamiento en el segundo- con mayor concreción, la sentencia de fecha 19/9/2005, rec, con cita de las de e fecha 7 de julio de 2005 (Rec- 1968/2004 de 25-10-1995 (Rec- 318/95) 13-10-1994 (Rec- 208/94), 28-12-1994 (Rec- 1424/94), 14-3-1995 (Rec- 1797/94), 12- 4-1995 (Rec- 1798/94), 15-5-1995 (Rec- 1515/94)., viene estableciendo que, para que pueda apreciarse dicha excepción "las acciones ejercitadas han de ser de la misma naturaleza", y si bien es cierto que "la finalidad esencial de la excepción de litispendencia es evitar sentencias contradictorias", sin embargo "esta contradicción ha de ser plena y no meramente circunstancial", de modo que "cuando se ejerciten acciones tan plenamente diferenciadas que es obligado ejercitarlas en procedimientos distintos, no son acciones aptas para causar la litispendencia, pues la satisfacción del derecho que amparan prevalece sobre el riesgo de una eventual contradicción circunstancial que nunca podrá ser plena, dado el perfil propio e individualizado de las acciones objeto de los litigios".

En el presente caso (trabajador fijo discontinuo), el actor ejercita una acción por despido porque la empresa no le ha llamado a trabajar al iniciarse la campaña. En el proceso que se tramita en el Juzgado de lo Social n.º 1 de Murcia lo que se postula es la validez o nulidad del acuerdo de fecha 1 de noviembre del 2013, adoptado por la empresa, el comité de empresa y el representante de UGT, acuerdo que de conformidad con los términos de los apartados 10, 11, 12, consistía en que: a) El sindicato UGT habría de interponer papeleta de conciliación y demanda de despido a consecuencia de falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos de Langmead Producciones SL afectados; b) Los afectados habrían de ser los que la empresa concretara en una

lista que debía entregar antes del 5 de noviembre, la cual incluiría un mínimo de 25 y un máximo de 50, entre los cuales estarían los que, como voluntarios, indicaría el comité de empresa, en un listado de un máximo de 5 trabajadores que habría de entregar el día 4 de Noviembre, c) Que la empresa se comprometía a alcanzar un acuerdo para fijar una indemnización de 25 días de indemnización por año de ocupación cotizada.

Esta Sala coincide con el criterio del Juzgador de instancia, no solo porque la acción ejercitada en uno y otro proceso es sustancialmente diferente, lo cual implica diversidad de objeto y causa; tampoco existe identidad de partes, porque el acuerdo de referencia no concreta cuales son los trabajadores afectados por el mismo, de modo que no se puede determinar si el actor estaba entre los afectados o, por el contrario, entre los fijos discontinuos cuyo derecho sería respetado; es por ello que, en el hipotético caso en que por el Juzgado de lo Social n.º 1 se declarara su fuerza vinculante, tal acuerdo no constituiría un obstáculo para que el actor, al no ser llamado al trabajo al iniciarse la campaña, ejercitara acción por despido.

El Conflicto Colectivo fue resuelto por la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Cartagena, desestimando la demanda y tal sentencia ha sido confirmada por la de esta Sala de fecha 1 de junio del 2015, rsu 1035/2014 .

Fundamento Tercero.

La sentencia recurrida desestimo la excepción de falta de legitimación pasiva por litisconsorcio pasivo necesario; de tal criterio discrepa el autor del recurso, insistiendo, con ocasión del primer motivo del recurso, en la necesidad de demandar a los trabajadores llamados por la empresa.

Esta Sala coincide con los argumentos del Juzgador de instancia, pues el actor acciona por despido ante la voluntad de la empresa de extinguir su contrato que se manifiesta por el hecho de haber llamado a trabajar a otros trabajadores con peor derecho a ser llamados que el demandante; no se discute la preferencia para ocupar un determinado puesto de trabajo, sino, tan solo, la voluntad extintiva del vinculo laboral por parte de la empresa por lo que, tratándose de acción por despido ejercitada por un trabajador fijo discontinuo no se precisa dirigir la demanda contra otros trabajadores.

Fundamento Cuarto.

Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS se solicita la revisión de los hechos declarados probados que afecta a los apartados Primero, Segundo y Quinto.

El apartado Primero refleja las circunstancias de la relación laboral Y 2086 jornadas; se solicita su revisión, proponiendo redacción alternativa que difiere de la judicial en dejar constancia de su condición de trabajador fijo discontinuo y de que las jornadas trabajadas fueron 1086. La revisión no puede prosperar: a) En cuanto a d reflejar su condición de trabajador fijo discontinuo, por ser compatible con la versión judicial, la cual se remite para ello a las circunstancias expresadas en la demanda y en esta se deja constancia de tal condición; b) En cuanto a hacer constar 1086 jornadas trabajadas, la revisión si debe prosperar, pues este es el número de días trabajados que el actor afirma en su demanda y son los que resultan de los informes de la tesorería General de la SS(folios 193 a 196).

El apartado segundo refiere: "El trabajador no ha sido llamado a la campaña 2013, a pesar de que la empresa ha realizado 99 contratos para personal agrícola en noviembre 2013 con personal cedido por la ETT Integra Empleo ETT SL.". Se solicita su revisión con el fin de incorporar dos párrafos de nueva redacción: A. El primero para dejar constancia de que "en la demanda conjunta interpuesta en nombre de todos los trabajadores por el letrado D. Alfredo Lorente Sánchez, mediante poder notarial al efecto, se dice que: De otra parte se pretende realizar conciliación judicial con la mercantil demandada sobre el fondo del asunto, tras acuerdo alcanzado tras una huelga legal indefinida, acuerdo que se alcanzó en fecha 1 de noviembre del 2013 y que se pretende homologar en el juzgado"; la revisión se fundamenta en la demanda de referencia (doc obrante a los folios 229 a 242), pero no puede prosperar por carecer de relevancia para alterar el sentido de la sentencia, pues del examen de tal documento no se puede concluir que la citada demanda llegara a presentarse. B El segundo para hacer constar que "Como consecuencia del acuerdo alcanzado el 1 de noviembre del 2013, al que alude el hecho probado numero cuarto, el trabajador dejó de asistir al trabajo. Posteriormente la empresa realizó 99 contratos para personal agrícola con personal cedido por la ETT Integra Empleo SL; la ampliación se fundamenta en la demanda antes referida (folio229 y ss) y en el acuerdo de referencia (folio 228), pero no puede prosperar pues de tales documentos no se puede concluir que el actor ya estaba trabajando y que dejara de hacerlo por efecto del citado acuerdo.

El apartado Quinto deja constancia del intento de conciliación por parte del trabajador demandante. Se solicita su ampliación para dejar constancia de determinados manifestaciones de la empresa, contenidos del acto de conciliación de fecha 27/12/2013, promovido por papeleta presentada por el letrado D. Alfredo Lorente Sánchez en representación de un grupo de trabajadores; la revisión se fundamenta en el documento obrante al folio 55 (acta de conciliación), por lo que debe prosperar, en el sentido de ampliar tal apartado con el párrafo siguiente: En

el citado acto de conciliación, la empresa se opuso a la reclamación planteada, poniendo de manifiesto su deseo de cumplir con el acuerdo alcanzado el 1 de Noviembre del 2013, entre la empresa, el sindicato UGT y el comité de Empresa con motivo de convocatoria de huelga, por el que se comprometía a indemnizar a los trabajadores con 25 días de salarios por año de servicio, al tiempo que discrepaba de la antigüedad y jornadas reales trabajadas expresadas en la papeleta de conciliación".

Fundamento Quinto.

La empresa demandada discrepa de la sentencia en cuanto esta rechaza la falta de acción invocada y denuncia la infracción del artículo 8.2 del RDLRT 17/1977, (fuerza vinculante de los acuerdos fin de huelga en relación con el art. 37 de la CE y del artículo 49.1ª del ET, argumentando que el acuerdo fin de huelga de fecha 1 de Noviembre del 2013, es vinculante y comporta la extinción de la relación laboral. La censura jurídica que se formula no puede prosperar: a) De un lado, porque del contenido del citado acuerdo no se puede concluir la voluntad del actor de dar por extinguido su contrato de trabajo, pues no existe constancia de que el actor lo suscribiera ni que estuviera entre los afectados por el mismo y de sus términos lo que se desprende es que la extinción se podría producir en el momento de la conciliación, cuando el trabajador conviniera la extinción de su contrato con el pago de la indemnización que la empresa ofrecía; b) De otro, porque los acuerdos fin de huelga están sometidos al control de legalidad como cualquier otro tipo de acuerdos y, en el presente caso, su fuerza vinculante fue rechazada por la sentencia de fecha 16 de julio 2014, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Cartagena, la cual fue confirmada por la de esta Sala de fecha 1 de junio del 2015 .

Fundamento Sexto.

La sentencia recurrida estima que la falta de llamamiento del trabajador, a pesar de haberse iniciado la campaña, demandante es constitutiva de un despido tácito y declara su nulidad tanto porque se trata de un despido colectivo como porque el mismo, aunque no se pueda considerar como represalia al ejercicio del derecho de huelga del trabajador, trae causa de la misma. De tal criterio discrepa la empresa demandante, denunciando la vulneración del artículo 51 del ET y artículo 124.13.b) de la LRJS, en cuanto la sentencia declara la nulidad del despido, por tratarse de un despido colectivo, así como del artículo 28.2 de la CE, en cuanto la sentencia estima que el despido del actor trae causa de la huelga en la que el mismo tomo parte.

Fundamento Séptimo.

Esta Sala no comparte el criterio del Juzgador de instancia, en cuanto fundamenta la declaración de nulidad del despido en que la extinción del contrato del actor es una reacción a la huelga en la que tomo parte. Los hechos declarados probados (apartado tercero) ponen de manifiesto que la huelga se declara porque los trabajadores fijos discontinuos han visto reducido el número de días de llamamiento al trabajo, reducción de llamamientos que puede obedecer a diferentes causas; los promotores de la huelga manifiestan dos objetivos o peticiones: El principal, que la empresa incremente los días de llamamiento, dándoles ocupación en otras empresas vinculadas; el secundario, que la empresa promueva un ERE. Para concluir la huelga, se adoptan unos acuerdos, suscritos por el comité de empresa y un sindicato, encaminados a la extinción de los contratos de trabajo de un número de trabajadores fijos discontinuos no concretado, mediante el pago de una indemnización de 25 días de salario por año servicio, pero, en lugar de acordar la tramitación de un ERE, lo que se acuerda es que un número no determinado de trabajadores (entre 30 y 50) a identificar por la empresa no sean llamados al trabajo, que estos accionen por despido y, que en el juzgado, la empresa llegaría a un acuerdo de extinción con el pago de una indemnización de 25 días de salario por año de servicio. La empresa cumple con lo convenido y no llama al trabajo a una serie de trabajadores fijos discontinuos, entre los que se encuentra el actor; la empresa y los trabajadores, en el acto de conciliación celebrado el 27/12/2013, continúan dando cumplimiento a lo acordado, si bien no alcanzan acuerdo conciliatorio por no estar conformes con el número de días trabajados y, por tanto, el importe de la negociación. Finalmente, la demanda se presenta en el juzgado, en la que, en un principio, solo se pide la declaración de improcedencia del despido, la cual, tras un cambio del letrado que asiste al trabajador, se amplía, solicitando la nulidad del despido; ante el juzgado la empresa insiste en cumplir con lo pactado, pero el acuerdo no es aceptado por el trabajador que no consiente la extinción de su contrato con el percibo de una indemnización de 25 días de salario por año de servicio. Ante tales hechos, es evidente que la falta de llamamiento de los actores no se puede considerar como una represalia por el ejercicio del derecho de huelga, como argumenta el Juzgador de instancia, sino que es una consecuencia de lo pactado en los acuerdos de fin de huelga, para satisfacer, tanto la petición principal, pues los fijos discontinuos que permanecen en la empresa verían incrementados los días de llamamiento, como la petición secundaria de los trabajadores que, ante la disminución de los días de llamamiento y trabajo prefieren la extinción indemnizada de sus contratos. Por tanto, esta sala estima que la sentencia recurrida en cuanto declara la nulidad del despido porque este trae causa del

ejercicio del derecho de huelga, vulnera el artículo 28.2 de la CE, pues la falta de llamamiento obedece, exclusivamente, a la voluntad de los trabajadores al satisfacer sus peticiones formuladas con ocasión de la huelga.

Fundamento Octavo.

En cuanto a la nulidad declarada del despido del actor, por tratarse de un despido colectivo, esta sala, así mismo discrepa del criterio del Juzgador de instancia.

El origen de la huelga, como se ha expresado anteriormente, se encuentra en la reducción de los días de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos de la empresa, motivada, por diferentes causas que dan lugar a una disminución de las necesidades productivas de la empresa; la falta de llamamiento que denuncia el actor y otros trabajadores fijos discontinuos como determinantes de un despido tácito, es consecuencia de lo acordado en el pacto de fin de huelga de fecha, para dar satisfacción, tanto a la pretensión principal (incrementar el número de días de llamamiento), como a la pretensión u objetivo secundario de los trabajadores en huelga, consistente en alcanzar la extinción de sus contratos con la percepción de una indemnización

En el presente caso, esta sala ha de rechazar la existencia de un despido colectivo de hecho o tácito, a los que alude la sentencia del TS de fecha 25 de Noviembre de 2013 (rec 52/2013, Sala General).

Del hecho de que la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos de la empresa afecte a un importante número de trabajadores fijos discontinuos, 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, en el presente caso, 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, con derecho a una indemnización reducida de 20 días por año de servicio.. Por el simple hecho de que la falta de llamamiento al trabajo haya afectado a un número de trabajadores que supere los umbrales numéricos que se establecen en el artículo 51.1 del ET no se puede afirmar la existencia de un despido colectivo, pues, en el presente caso, dado que los afectados han sido trabajadores fijos discontinuos, la empresa no hubiera podido promover con éxito un despido colectivo, pues, aunque hubieran podido existir causas económicas o productivas (no invocadas en el presente proceso) la extinción de los contratos de los fijos discontinuos no podría ser una medida razonablemente idónea para hacer frente a una situación económica negativa, dado que la empresa no sufre quebranto económico por causa de los costes laborales de los fijos discontinuos no llamados a trabajar; los mismo cabe decir en el caso de necesidades productivas, pues para hacer frente a una disminución de las mismas,, basta con no llamar a los fijos discontinuos.

En el presente caso, como ya se ha expresado anteriormente, 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, acuerdos que venían a satisfacer tanto la petición principal (incrementar el número de días de llamamiento de los fijos discontinuos que habrían de permanecer en la empresa), como la secundaria (alcanzar una indemnización por la extinción de sus contratos de los que no habrían de ser llamados).

En el presente caso, es evidente que 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, por ser más restrictivas de sus derechos, al no considerarse obligados a alcanzar un acuerdo de extinción mediante el cobro de un indemnización inferior a la que contempla el artículo 56 del ET . La falta de llamamiento esta propiciada por los términos del acuerdo de fin de huelga y la empresa ha visto sorprendida su buena fe, cuando los trabajadores han decidido no aceptar los términos de tal acuerdo, al resultarles más beneficioso alcanzar una sentencia que declare la improcedencia del despido, pero no cabe declarar la nulidad del mismo, por el hecho de que existan más trabajadores en la misma situación que la del actor.

La solicitud de nulidad del despido, introducida mediante una ampliación de la demanda, es contraria a los criterios de buena fe que han de presidir la actuación de las partes en el proceso, de conformidad con lo que dispone el artículo 75 de la LPL y reviste caracteres de abuso de derecho, pues, en definitiva la falta de llamamiento se produjo como consecuencia de los acuerdos alcanzados para dar fin a la huelga y satisfacer los intereses de los propios trabajadores.

Por lo expuesto, la sentencia recurrida, en cuanto declara la nulidad del despido del actor, infringe, por indebida aplicación, el artículo 51.1 del ET y el artículo 124.13b) de la LRJS, así como el artículo 55.5 del ET que establece las causas de nulidad del despido, por lo que procede su revocación, para, en su lugar declarar la improcedencia del despido del trabajador y, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 56.1 del ET, condenar a la empresa demandada a que, a su opción, bien readmita al trabajador, condenándola en tal caso a que pague al mismo los salarios correspondientes a los días en que debería de haber trabajado desde el 5 de Noviembre del 2013 hasta la 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 L 32/2012 en función de los 2086 días trabajados desde el inicio de la relación

laboral y el salario regulador de 73,60 euros?; sin que proceda en el presente caso determinar el importe concreto de la indemnización al no contener la sentencia los datos de los días trabajados antes y después del 12 de febrero del 2012 .

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Estimar en parte el recurso interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de octubre del 2014, dictada por el juzgado de lo social n.º 3 de Cartagena en el proceso 898/2013, como consecuencia de- la demanda deducida por D. Juan María contra la empresa Langmead Producciones SLU, revocarla en cuanto declara la nulidad del despido del trabajador demandante y condena a la empresa demandada a la readmisión y al pago de salarios de tramitación, para, en su lugar, con estimación parcial de la demanda, declarar que la falta de llamamiento al trabajo del actor ocurrida el 5/11/2013 es constitutiva de despido, y declarar su improcedencia, condenando a la empresa demandada a que, a su opción, bien readmita al trabajador, condenándola en tal caso a que pague al mismo los salarios correspondientes a los días en que debería de haber trabajado desde el 5 de Noviembre del 2013 hasta la 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 L 32/2012 en función de los 2086 días trabajados desde el inicio de la relación laboral y el salario regulador de 73,60 euros; manteniendo los restantes pronunciamientos contenidos en la misma.

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

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banesto, cuenta número: ES553104000066037115, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banesto, cuenta corriente número ES553104000066037115, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR El Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, Magistrado de la Sala de Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, con absoluto respeto a la decisión mayoritaria, formula el siguiente voto particular discrepante a la sentencia número 0903/2015 al amparo del artículo 260 de la LOPJ, pues considera más ajustada a derecho la solución que se explica a continuación.

En efecto, ateniéndome al principio de congruencia, según los términos en que se planteó el litigio, mi discrepancia versa sobre la calificación del despido y lo que resulte incompatible con esta, ya que entiendo que debió mantenerse la consideración de despido nulo, pues del conjunto de los hechos probados se desprende que la empresa lo que perseguía era una reorganización de la misma, recurriendo a diversas prácticas, descritas en el hecho probado tercero, que suponía, por razones organizativas y productivas, que un colectivo de trabajadores fijos-discontinuos no iban a volver a ser llamados, número que excedía del umbral necesario (dato que no se discute) para proceder a un despido colectivo.

En las anteriores condiciones, entiendo que el no haber recurrido al procedimiento legalmente previsto, art.º 51 del ET, se está en presencia de un fraude de ley, art.º 6.4 del Código Civil, lo que me conduce a la conclusión de que el despido es nulo.

Coherentemente, entiendo que no cabe reservar el procedimiento de despido colectivo para trabajadores que no sean fijos- discontinuos, ya que ello vulneraría el art.º 14 de la CE, al implantarse una desigualdad irrazonable.

En consecuencia, desde mi percepción, se debió condenar a la empresa a la readmisión del trabajador, tomando como parámetro para el pago de salarios de tramitación los días correspondientes a la proporción de días trabajados en el periodo establecido en los hechos probados, esto es, los resultantes de dividir los días trabajados por años transcurridos y ello para impedir un enriquecimiento injusto, por exceso de la media de días trabajados al año.

La solución antedicha la considero más ajustada a derecho.

Murcia, a veintitrés de Noviembre de 2015

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.