



Roj: **STS 1611/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1611**

Id Cendoj: **28079140012019100301**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/04/2019**

Nº de Recurso: **2588/2017**

Nº de Resolución: **296/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ MU 2221/2016,**
STS 1611/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2588/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 296/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 9 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Pedro Catalán Ramos en nombre y representación de D. Eliseo frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 17 de octubre de 2016 dictada en el recurso de suplicación número 363/2016 formulado por D. Eliseo contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena de fecha 16 de diciembre de 2015 dictada en virtud de demanda formulada por D. Eliseo frente a Langmead Producciones, S.L.U. y Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de diciembre de 2015 el Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Que estimo en parte la demanda formulada por D. Eliseo frente a la empresa LANGMEAD PRODUCCIONES S. L. U.; COMITÉ DE EMPRESA y FEDERACIÓN DE INDUSTRIA Y DE LOS TRABAJADORES DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FITAG-UGT) y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL -FOGASA- y del que es también participe



el MINISTERIO FISCAL, por DESPIDO, con VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, y i declaro el despido improcedente al declarar que la falta de llamamiento al trabajo; del actor ocurrida el 5/11/2013 es constitutiva de despido, y declarar así su \ Improcedencia, condenando a la empresa demandada a que, a su opción expresada i en el plazo de 5 días, 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 fecha de notificación de la presente sentencia, bien dé por extinguida la relación laboral, con efectos del 6/11/2013, condenándola en tal caso al pago de una indemnización de 13.507,72 euros y de no producirse opción expresa procederá la readmisión y a lo que debe estar y por ello pasar la empresa demandada y en la responsabilidad exige el FOGASA y con absolución de los otros codemandados."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina:

"PRIMERO: El trabajador demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada, dedicada a actividad agrícola, con la categoría profesional de Especialista Maquinaria Agrícola con Remolque, antigüedad de 29 de septiembre de 2003 -1.644 jornadas reales-, de las cuales, 165 en 2012 y 51 en 2013- y percibiendo un salario de 66,86 euros diarios con prorrateo de pagas extraordinarias.

SEGUNDO: A efectos de salarios de trámite, los mismos serían los devengados entre el 5 de noviembre de 2013 y la fecha de la readmisión, teniendo en cuenta que en el año 2013 y hasta 5 de noviembre el trabajador ha trabajado 51 días.

TERCERO: 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.

CUARTO: 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: "D. Gaspar , con D.N.I número NUM000 , como Secretario General de FITAG-UGT (Murcia), y Hernan , con NIF NUM001 , 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 en Carretera Fuente Mamo, Las Palas, Km. 8 CPP 30334 Las Palas, Fuente Álamo (Murcia) en base a los siguientes y verídicos: HECHOS: Antes de nada, vamos a relatar lo sucedido en la mercantil LANGNEAI) PRODUCCIONES S.L.U., 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 SOCIEDAD 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 Agroheni 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 ello 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 Agramen, Agroheni, 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 realizó 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, planteó 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 e imputable al empresario, para reducir de manera sensible el llamamiento de los mismos. 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 CP 30334 Fuente Álamo (Murcia), y en las fincas donde la mercantil despliega su actividad. La Huelga abarca a todos los trabajadores del centro de trabajo y fincas antes referenciadas. Que el Comité de Huelga estará formado por las personas que a continuación se detallan: Millán NUM002 ; EL Raimundo NUM003 ; Agustín NUM004 ; Hernan NUM005 , Jose Pedro NUM006 ; Carlos José NUM007 y Carlos Antonio . OBJETIVO 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 17/1977 de 4 de Marzo, es decir con CINCO días de antelación.

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 Pilas de Fuente Álamo, siendo las 9:30 h del día 1 de Noviembre de 2.013, Reunidos, de una parte, Don Jesús Ángel , en representación de la mercantil y de otra parte, D. Jose Pedro , D. Hernan , D. Carlos José , D. Agustín , D. Millán y D. Raimundo , como miembros del Comité de Empresa, y Don Carlos Antonio , 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. Los afectados y la Empresa llegarán 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 despedidos. Cuarto.-UGT y Hernan , 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 y fecha arriba indicados.

QUINTO: En base a poder notarial otorgado el 3 de abril de 2012 por el actor, entre otros, al Letrado D. Alfredo Lorentó Sánchez, éste interpone demanda en materia de despido el 19 de noviembre de 2013, interesando la improcedencia por no haber sido llamado al trabajo el hoy demandante.



SEXTO: El 3 de enero de 2014 ante el Decanato de los Juzgados de Cartagena y con entrada en este Juzgado el 7 de enero de 2014, el Abogado D. Pedro Catalán Ramos y en nombre y representación del demandante con poder notarial otorgado en diciembre de 2013 presenta escrito en el que viene a decir que se ha revocado el poder al letrado D. Alfredo Lorente Sánchez, que se persona en los autos, y que se aporta acta Conciliación en el que el actor estuvo representado por el referido letrado Sr. Lorente Sánchez, con el resultado de Sin Avenencia (la papeleta de conciliación interpuesta el de noviembre de 2013 contiene 31 nombres de trabajadores), pues surgieron discrepancias entre las partes para el cálculo de la indemnización correspondiente en le al Acuerdo al que se había llegado el 1 de noviembre de 2013 de extinción de los contratos en base a 25 días por año de indemnización, por antigüedad, jornadas reales y salario en general.

SEPTIMO: Por la empresa se interpuso demanda sobre el cumplimiento/anulación en su defecto del citado Acuerdo y que correspondió al Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena y sentencia que fue confirmada por la de la Sala de 1 de junio de 2015 .

OCTAVO: Por el Letrado Sr. Catalán Ramos en nombre y representación del demandante se Interpone escrito de ampliación de demanda el 13 de junio de 2014 con entrada en este Juzgado el 16 de junio de 2014 en el que se pide la citación del Ministerio Fiscal y se dirige contra FITAG-UGT y Comité de Empresa en la persona de su Presidente, en el que interesa también la nulidad en relación con el ejercicio del derecho de huelga y nulidad por que debía haberse tramitado un ERE.

NOVENO: El demandante no ha ostentado la condición de representante de los trabajadores en la empresa.

DÉCIMO: Es de aplicación a la actividad de la empresa el Convenio Colectivo para las Empresas Cosecheras y Productoras de Tomate, Lechuga y otros Productos Agrícolas y sus trabajadores de la Región de Murcia (BORM 7-9-2013)."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Eliseo , dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia sentencia con fecha 17 de octubre de 2016 en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido: Desestimar el presente recurso de suplicación interpuesto por D. Eliseo , contra la sentencia número 0431/2015 del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena, de fecha 16 de Diciembre , dictada en proceso número 0896/2013, sobre DESPIDO, y entablado por D. Eliseo frente a LANGMEAD PRODUCCIONES S.L.U.; COMITÉ DE EMPRESA DE LANGEMAD PRODUCCIONES S.L.U.; FITAG-UGT; FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y siendo parte el MINISTERIO FISCAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia."

CUARTO.- El letrado D. Pedro Catalán Ramos en nombre y representación de D. Eliseo , mediante escrito presentado el 1 de abril de 2017 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2012 (recurso nº 2341/2011). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 51 del ET , 124 de la LRJS y art. 1 de la Directiva 98/59 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y evacuado el trámite de impugnación, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la procedencia del recurso. E instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de marzo de 2019 en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El trabajador venía prestando servicios por cuenta de Langmead Producciones, S.L.U. dedicada a la actividad de explotación agrícola. En 2013 no fue llamado a la campaña para dicho año pese a que en noviembre la empresa había realizado 99 contratos para personal agrícola. El 1 de noviembre de 2013 la empresa, el comité de empresa y FITAG UGT firmaron un documento consistente en un Acuerdo sobre la convocatoria de huelga que había tenido lugar el 10 de octubre de 2013 por el que la parte social interpondría demanda a consecuencia de la falta de llamamiento y la empresa llegaría a un acuerdo ante el Juzgado para fijar una indemnización a razón de 25 días por año de ocupación cotizada. El acuerdo fue declarado no válido en sentencia confirmada por la que dictó el Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 1 de junio de 2015 . El Juzgado de lo Social declaró la nulidad del despido , resolución que fue revocada en parte en suplicación manteniendo la existencia de despido y dejando sin efecto la declaración de nulidad que sustituye por la de improcedencia .



Recorre el trabajador en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 8 de julio de 2012 (R C U D 2341/2011).

En la sentencia de comparación se estima en recurso casación para la unificación de doctrina interpuesto por los trabajadores frente a la sentencia que a su vez confirmaba la declaración de improcedencia del despido de los demandantes . Los actores habían prestado servicios en virtud de contratos de obra o servicio determinados por cuenta de la empresa pública Servicios Agrarios Galegos hasta el 31/3/2009 fecha en la que la empleadora cesa a 50 veterinarios con contrato temporal por fin de contrato, sin acudir a la tramitación de expediente de regulación de empleo . La sentencia de contraste viene a finalizar con la declaración de nulidad , partiendo de la consideración de fraudulentos de los contratos que solamente son temporales formalmente pero no en su realidad material lo que impide excluirlos del cómputo para el cálculo de los umbrales del artículo 51 en la definición de los límites del despido colectivo.

Entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la ley de la Jurisdicción Social, LJ S .

SEGUNDO.- El trabajador recurrente alega bajo correcto amparo procesal la infracción del artículo 151 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 124 de la L J S y del artículo 1 de la Directiva 98/59 y doctrina que la interpreta.

La cuestión objeto del presente recurso de casación unificadora estriba en determinar si la extinción del contrato de trabajo fijo discontinuo que vinculaba al actor con la empresa demandada, debe calificarse como despido nulo por no haberse seguido los trámites previstos en el artículo 51 Estatuto de los Trabajadores para los despidos colectivos, cuando su cese, sumado a los de otros trabajadores fijos discontinuos de la misma empresa y acordados en las mismas fechas, supera los umbrales numéricos previstos en aquél precepto. La sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda y declaró la nulidad del despido por dos motivos diferentes, el primero de ellos, por tratarse de una extinción colectiva que no habría seguido el procedimiento previsto en el art. 51 ET para esta clase de despido; y el segundo, al considerar que se vulneraba el derecho fundamental de huelga porque la extinción se sustentaba en lo pactado entre la empresa y la representación sindical en el acuerdo que puso fin a una previa convocatoria de huelga.

La controversia que se plantea en las presentes actuaciones ha sido reiteradamente resuelta en relación a otros trabajadores de la misma empresa llevándose a cabo sus ceses en idénticas circunstancias a las del actor viendo acogidas sus reclamaciones en sede casacional tras interponer el recurso con invocación de la misma sentencia de contraste .

Siendo de aplicación por razones de homogeneidad y seguridad jurídicas la doctrina observada en SSTs de 10/5/2017 (RR CUD 1246/2016 , 1623/2016 Y 1247/2016) así como la de 28/2/2018 (R C U D 999/2016), reproducimos a continuación en parte su fundamentación jurídica:

"SEGUNDO.- No es discutible la naturaleza indefinida de los contratos de trabajo fijo discontinuo que se extinguen por falta de llamamiento, ni tampoco el dato de que el número de afectados supere los umbrales numéricos y temporales del despido colectivo, la mayor discrepancia entre uno y otro asunto estriba en el hecho de que en el presente supuesto la decisión de la empresa de extinguir un elevado número de contratos fijos discontinuos - mediante la fórmula de eludir el llamamiento de los trabajadores al comienzo de la nueva campaña agrícola y la posterior conciliación como despido improcedente frente a las demandas de los trabajadores-, se sustenta en el acuerdo de fin de huelga firmado con la representación de los trabajadores, mientras que en el caso de contraste se dan por finalizados numerosos contratos formalmente suscritos como temporales por obra o servicio determinado, que eran en realidad indefinidos por haberse concertado en fraude de ley. Pero esta diferencia resulta secundaria a efectos de la contradicción, 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. Este último dato constituye la piedra angular sobre la que descansa la sentencia de contraste para estimar que debe aplicarse la normativa del despido colectivo - una vez superados los límites cuantitativos y temporales de extinciones de contrato-, y concurre exactamente con la misma intensidad, sino más, en el caso de autos.

Basta para ello comprobar que, en la sentencia recurrida, el motivo de la convocatoria de la huelga no era otro que el de solucionar la problemática derivada de la reducción de los llamamientos de los trabajadores fijos discontinuos por causas imputables al empresario, derivadas del nuevo sistema organizativa y productivo implantado por la empresa tras reorganizar sus estructuras de funcionamiento y arrendar el almacén en el que los trabajadores prestaban servicios, encomendando las funciones que antes desempeñaban a la empresa arrendataria y a operarios de una empresa de trabajo temporal, dando con ello lugar a la reducción del número de llamamientos que justifica la convocatoria de la huelga, cuyo objetivo único es, justamente, que se remedie



esa situación y se dé ocupación a los trabajadores en otras empresas del grupo, o de manera subsidiaria, se realice un expediente de regulación de empleo de extinción de contratos de trabajo, lo que por sí solo evidencia hasta qué punto subyace una causa organizativa y productiva en las extinciones contractuales vehiculadas a través de la falta de llamamiento con base a lo pactado.

Contrariamente a la sentencia recurrida, la de contraste explica, que en los supuestos de concurrencia de causas que pudieran justificar el despido colectivo, el empresario no puede legítimamente optar por otros cauces de extinción de contratos de trabajo que superen los umbrales del art. 51 ET distintos al procedimiento de despido colectivo que esta norma regula.

Por tanto, siendo evidente que en el caso de autos subyacen causas organizativas y productivas en la decisión de extinguir un número de contratos fijos discontinuos que superan el umbral numérico del despido colectivo, la sentencia recurrida considera que el acuerdo de fin de huelga permite actuar a la empresa conforme a lo pactado y sin necesidad de acudir al procedimiento del despido colectivo, mientras que la referencial por el contrario no deja otra posibilidad que la de acudir a ese mecanismo de extinción colectiva de contratos de trabajo cuando subyacen causas organizativas y productivas en la decisión de la empresa de extinguir un número de contratos que superan el umbral numérico del despido colectivo. Este es el núcleo de la contradicción, siendo irrelevante desde esta perspectiva jurídica que el mecanismo utilizado en el caso de la recurrida para eludir la vía del despido colectivo haya sido un acuerdo de fin de huelga del que penden diversos despidos, y en el asunto de contraste la resolución de numerosos contratos de trabajo formalizados en fraude de ley como temporales.

Lo esencial a estos efectos es determinar si hay otras posibles opciones legales diferentes al procedimiento de despido colectivo para extinguir contratos de trabajo indefinidos en número superior a los umbrales de aquel precepto legal, cuando bajo esa decisión subyacen causas económicas, organizativas, técnicas o productivas. Y es, en este específico extremo donde la sentencia recurrida aplica una doctrina contraria a la referencial, al admitir que el acuerdo de fin de huelga es suficiente para que la empresa pueda extinguir un número de contratos de trabajo que supera los umbrales del art. 51 ET, y aunque no se hubiere seguido el procedimiento previsto en dicho precepto legal, porque la empresa no ha invocado de forma expresa la concurrencia de causas económicas, organizativas, técnicas o productivas.

TERCERO.-1.- El artículo 51.1 ET es claro al establecer que constituye despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en número superior al establecido en el primer párrafo del mencionado precepto. Por su parte, el artículo 52.c) ET dispone que el contrato podrá extinguirse, mediante despido objetivo "cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 ET y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo". 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. Tal entendimiento no plantea problemas, generalmente, salvo cuando las extinciones que efectúa el empresario no responden a las causas antes aludidas. Por ello, añade el reiterado artículo 51.1 ET que para el cómputo del número de extinciones de contratos se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco. Con ello lo que pretende sin duda el legislador es evitar que se eludan por el empresario los trámites y garantías previstos en el mencionado precepto, computándose para el propio concepto de despido colectivo todos los efectuados por el empresario por motivos no inherentes a la voluntad del trabajador, con la salvedad de aquéllos que se hubiesen extinguido lícitamente por conclusión del término pactado o por la terminación de la obra o servicio, salvo -en este último caso- de supuestos de contrataciones temporales fraudulentas (SSTS de 3 de julio de 2012, Rcuds. 1744/2011 y 1657/2011 y de 8 de julio de 2012, Rjud. 2341/2011, esgrimida en este recurso como contradictoria).

2.- 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, esto es, que la extinción afecte a un específico número de trabajadores, distinto según la dimensión de la empresa, en un determinado período de tiempo; 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, tanto los elementos numérico-temporales recogidos en el párrafo primero del artículo 51.1 ET, como las previsiones relacionadas con el cálculo de afectados establecidas en los párrafos, cuarto, quinto y sexto del mismo precepto, 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, como lo evidencian el objeto de las obligadas negociaciones del empresario con los representantes de los trabajadores (evitar o reducir sus efectos medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados ... posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial") y la necesidad de que la solicitud sea acompañada -en empresas de cincuenta o más trabajadores- de un "plan que contemple las medidas anteriormente señaladas" (STS 8 de julio de 2012, Rcd. 2341/2011).

3.- Nuestra jurisprudencia (SSTS de 17 de mayo de 2016, rcud 3037/2014 y de 14 de marzo de 2017, rcud. 2019/2015) 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 . En efecto, aquellas extinciones contractuales llevadas a cabo por el empresario sin seguir los trámites del artículo 51 ET , cuando éstos resultaban ineludibles por aplicación del referido precepto, deben ser calificadas como nulos con las consecuencias inherentes a tal declaración. Esa es la conclusión acorde con la doctrina tradicional de la Sala aplicada, incluso, con la redacción actual de los preceptos citados como evidencia nuestra STS de 18 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014) en la que frente a la alegación de que aunque los despidos fueran computables para determinar la necesidad de seguir los trámites del despido colectivo, la consecuencia de la omisión de los mismos no acarrearía la nulidad de los despidos declarados improcedentes porque no sería posible entender la presencia del fraude de ley, nuestra doctrina señaló que tal argumentación no podía prosperar porque la razón de la nulidad acordada por la sentencia recurrida no se encuentra en el fraude de ley sino en el artículo 124.11 de la LRJS . Y es que 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.

CUARTO.- 1.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que examinamos debe conducir a la estimación del recurso, puesto que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia referencial que entiende acertadamente que en los supuestos de concurrencia de causas que pudieran justificar el despido colectivo, el empresario no puede legítimamente optar por otros cauces de extinción de contratos de trabajo que superen los umbrales del artículo 51.1 ET distintos al procedimiento de despido colectivo que esta norma regula.

La sentencia recurrida al no haberlo entendido así se aparta de la buena doctrina que hay que mantener. Así, ante los datos no discutidos de que estamos en presencia de un número de extinciones superior a los umbrales definidos en el anteriormente citado precepto estatutario y que tales extinciones responden a un panorama de concurrencia de causas económicas y productivas, la conclusión no podía ser otra que acudir a la tramitación de un despido colectivo para proceder a las extinciones contractuales que - contrariamente a lo exigido por la ley- se llevaron a cabo por falta de llamamiento y posteriores conciliaciones como despidos improcedentes. El hecho de que tal forma de proceder estuviera amparada por lo pactado en un acuerdo fin de huelga no resulta óbice para la conclusión que aquí se mantiene. La especialidad que a los presentes efectos tiene el acuerdo fin de huelga sería que, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2 *in fine* del RDL 17/1977, de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo, el pacto fin de huelga tendría efectos de convenio colectivo. Pues tal convenio colectivo no podría, como se avanzó, dejar sin efecto y prescindir para el supuesto concreto de la noción de despido colectivo establecida en la ley y, consecuentemente, del procedimiento para llevarlo a cabo que resultan ser cuestiones de derecho necesario indisponibles para la autonomía colectiva."

TERCERO.- Como ya anticipábamos en el anterior fundamento de Derecho, la sustancial igualdad entre la cuestión controvertida en el presente recurso y las previamente resueltas por esta Sala en sentencias que ya han sido objeto de cita, consecuencias de la inobservancia del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores en la calificación del despido, superados por los ceses los umbrales numéricos establecidos, procede, oído el Ministerio Fiscal la estimación del recurso del trabajador, sin que haya lugar a la imposición de las costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Pedro Catalán Ramos en nombre y representación de D. Eliseo frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal



Superior de Justicia de Murcia de fecha 17 de octubre de 2016 dictada en el recurso de suplicación número 363/2016 , casar y anular la sentencia y, en su lugar dictar una nueva. Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Langmead Producciones, S.L.U. confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena de fecha 16 de diciembre de 2015 recaída en los autos 846/2013. Sin costas en el presente recurso, imponiendo las costas del recurso de suplicación a la empresa Langmead Producciones, S.L.U.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ