

Falta de llamamiento colectivo de trabajadores fijos discontinuos: obligación de someterse al procedimiento del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores cuando subyacen causas económicas

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 227/2018, de 28 de febrero](#)

Beatriz Pérez Heredia

*Magistrada de Sala de lo Social.
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*

1. MARCO LEGAL

La sentencia aborda los efectos de la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos. Cuestión esta regulada en el artículo 16.2 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET):

Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

Por otra parte, se hace referencia a la necesidad de recurrir al procedimiento de despido regulado en el [artículo 51 del ET](#) cuando la falta de llamamiento tenga una dimensión colectiva, a la vista de los umbrales recogidos en dicha norma legal, sin que tenga virtualidad un pacto colectivo suscrito –aun por los legitimados para ello– en orden a eludir la aplicación de dicho procedimiento, al amparo de la interdicción de que dichos acuerdos vulneren las disposiciones legales de derecho necesario ([art. 85.1 ET](#)).

Finalmente, se aborda la problemática de la legitimación de los trabajadores para reclamar, también individualmente, la nulidad de un despido en los casos en los que no se haya seguido el meritado procedimiento del [artículo 51 del ET](#), no siendo necesario, claro, ni que la impugnación

se suscite colectivamente (*ex art. 124.11 Ley 36/2011*, reguladora de jurisdicción social –LRJS–) ni que la misma se sostenga de forma individual en el marco de una decisión empresarial tramitada como expediente de regulación de empleo colectiva (*ex art. 124.13 a) 3.º LRJS*).

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

El actor ha venido prestando servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad explotación agrícola, con la categoría profesional de regante bajo modalidad fijo discontinuo. El trabajador, junto con otros compañeros, 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 una empresa de trabajo temporal. Entre las cuadrillas de fijos discontinuos, que han visto reducidos sus llamamientos de manera notable, se encuentra la cuadrilla de limpieza de espinacas tras una decisión unilateral de la mercantil de arrendar el almacén, donde se realizaba dicha actividad, a otra mercantil.

En octubre de 2013 se realizó un comunicado de convocatoria de huelga en el ámbito de la empresa demandada, con el objetivo de que la mercantil diera trabajo efectivo a las cuadrillas que, por decisiones no imputables a los trabajadores, habían visto reducidos de manera sensible sus llamamientos y su carga de trabajo, dándoles ocupación en otras empresas del grupo. Y de manera subsidiaria para el caso de que ello no fuera posible, se reivindicó que la empresa realizara un expediente de regulación de empleo en materia de extinción de los contratos.

En fecha 1 de noviembre de 2013, la empresa y el comité de empresa llegan a un acuerdo por el que se ponía fin al conflicto. En el mismo, entre otras cuestiones, se convenía que la empresa se comprometía a pactar en sede judicial, previa demanda de despido, una indemnización de 25 días por año de ocupación cotizada a favor de aquellos trabajadores fijos discontinuos que fuesen despedidos, pudiendo algunos incluso decidir voluntariamente su inclusión en este colectivo.

El demandante presentó papeleta de acta de conciliación por despido ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación y finalmente, con fecha 10 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social n.º 3 de Cartagena dictó sentencia en la que, estimando la demanda interpuesta por el actor, se declaró nulo el despido del demandante. No obstante, la misma fue revocada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia –STSJ– de 23 de noviembre de 2015 (rec. 370/2015), en la que se argumentaba 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, y, en segundo lugar, porque 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.

3. DOCTRINA SENTADA. POSICIÓN JUDICIAL RESPECTO AL MARCO LEGAL

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 fue cesado –por falta de llamamiento– un número de trabajadores también discontinuos que superaba los umbrales numéricos del [artículo 51 del ET](#). Y ello dándose además la circunstancia de la existencia de un pacto colectivo que, en orden a la extinción contractual de los citados trabajadores, eludía la tramitación del procedimiento de despido colectivo.

El Tribunal Supremo se manifiesta rotundamente en contra de la eficaz operatividad del pacto colectivo referido y declara, sí, la nulidad de los despidos con base en que la conjunción de los artículos [51.1](#) y [52 c\) del ET](#) 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 del 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. 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 y, 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, el pronunciamiento establece que constituyen con claridad 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 solo 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.

4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA

A nuestro juicio, lo interesante de la sentencia se encuentra no tanto, que también, en los hechos poco cuestionables de que, por una parte, rebasados los umbrales numéricos del [artículo 51 del ET](#), debe acudir al procedimiento de despido colectivo, también en casos de falta de llamamientos de fijos discontinuos; y, por otra, la de que un pacto colectivo no puede vulnerar lo dispuesto en disposiciones de derecho necesario absoluto.

Siendo así, desde nuestro punto de vista, debemos poner nuestra atención especialmente en dos aspectos añadidos de interés que nos aporta esta resolución.

- En primer lugar, que, frente a lo sostenido en la recurrida STSJ de Murcia, más allá de las motivaciones invocadas por la empresa en un despido e, incluso, en estos casos de falta de llamamiento en los que no existe comunicación formal de extin-

ción, deben prevalecer las verdaderas causas del despido, en este caso económicas, técnicas, organizativas o de producción para reconducir el despido por la vía del [artículo 51 del ET](#). Sigue así el Tribunal Supremo la doctrina sentada en la [Sentencia de 8 de julio de 2012 \(rec. 2341/2011\)](#) en el sentido de que:

En los supuestos de posible concurrencia de causas que pudieran justificar el despido colectivo, el empresario no puede legítimamente optar –para extinguir un número de contratos de trabajo que alcancen los umbrales del art. 51.1 ET– entre seguir el oportuno ERE con extinción indemnizada de 20 días año/servicio o bien acudir al cese ordinario de los mismos trabajadores y abonar una indemnización de 45 días año/servicio, pues los plurales intereses en juego [empresariales; públicos; y de los concretos trabajadores afectados] le imponen preceptivamente que haya de seguir el cauce colectivo que contempla el citado art. 51 del ET.

En definitiva, el mandato impuesto por la [Directiva 98/59/CE](#) a las autoridades jurisdiccionales de cada Estado obliga a estas a hacer prevalecer el objetivo de dicha norma que la jurisprudencia comunitaria define como «las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos» ([Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2009, asunto C-323/08](#)), y ello aunque, es claro, la regulación del despido colectivo beneficie los intereses del empresario al reducir el importe indemnizatorio a satisfacer al trabajador.

- En segundo lugar porque, como acertadamente se sostiene en la propia sentencia, cuando la ley sanciona con la nulidad las extinciones contractuales computables que, superando los umbrales del [artículo 51.1 del ET](#), no se tramitaron como despido colectivo, tal nulidad es predicable no solo cuando las impugnaciones de esas nuevas extinciones se realicen colectiva (art. 124.11 [LRJS](#)) o individualmente en el seno de un despido colectivo incorrecto llevado a cabo por el empresario (art. 124.13 a) 3.º [LRJS](#)); sino que también es nulo de pleno derecho cuando, omitiéndose los trámites exigibles *ex artículo 51.1 del ET*, la impugnación se lleva a cabo individualmente por el trabajador despedido, al margen de cualquier impugnación colectiva.