



Roj: **STSJ MU 493/2023 - ECLI:ES:TSJMU:2023:493**

Id Cendoj: **30030340012023100303**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2023**

Nº de Recurso: **110/2023**

Nº de Resolución: **308/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RAMON ALVAREZ LAITA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL**

### **MURCIA**

SENTENCIA: 00308/2023

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

PASEO DE GARAY, 5 - 2ª PLANTA - 30005 - MURCIA (UPAD)

**Tfno:** 968817077-968229216

**Fax:** 968817266-968229213

**Correo electrónico:** tsj.social.murcia@justicia.es

**NIG:** 30016 44 4 2022 0001467

Equipo/usuario: ACM

Modelo: 402250

### **RSU RECURSO SUPLICACION 0000110 /2023**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000482 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** LA PACHECA VIVEROS SL

**ABOGADO/A:** JOSE LUIS MUÑOZ MARTINEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

**RECURRIDO/S D/ña:** , María Teresa , Jose Pablo

**ABOGADO/A:** , JOSE LUIS MUÑOZ MARTINEZ , OLGA BEATRIZ CASTELUCCI PAOLONI

**PROCURADOR:** , ,

**GRADUADO/A SOCIAL:** , ,

En MURCIA, a veintiocho de marzo de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. MARIANO GASCÓN VALERO, D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, D. RAMÓN ÁLVAREZ LAITA de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**



En el presente recurso de suplicación interpuesto por LA PACHECA VIVEROS, S.L., contra la **sentencia** número 316/2022 del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena, de fecha 28 de octubre de 2022, dictada en proceso número 482/2022, sobre DESPIDO, y entablado por DON Jose Pablo **frente** a LA PACHECA VIVEROS, S.L., DOÑA María Teresa y MINISTERIO FISCAL.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAMÓN ÁLVAREZ LAITA, quien expresa el criterio de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### **PRIMERO** : HECHOS PROBADOS EN LA INSTANCIA.

En la Sentencia recurrida se consignaron los siguientes Hechos Probados:

PRIMERO. El demandante ha venido prestando servicios para la empresa "La Pacheca Viveros, S.L." con antigüedad de 13-07-2017.

SEGUNDO. El trabajador ostentaba la categoría profesional de peón agrícola y percibía un salario diario de 58,80 euros, incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

TERCERO. El demandante, que suscribió con la empresa contrato de **trabajo** fijo-discontinuo, ha prestado servicios en los períodos que figuran en la vida laboral aportada por la parte actora como documento nº 5 y en el informe de jornadas reales aportado por la parte demandada, cuyo contenido se da por reproducido.

CUARTO. En fecha 10-06-2022 la empresa notificó al actor la imposición de una falta de amonestación por falta grave, mediante comunicación escrita aportada por la parte demandada como documentos nº 82 y 83 de su ramo de prueba. El demandante ha interpuesto demanda impugnando la sanción, que está pendiente de resolución ante el juzgado de lo social nº 3 de esta ciudad.

QUINTO. El 30-06-2022 la empresa notificó al demandante su despido disciplinario, mediante comunicación escrita con el siguiente contenido:

"La dirección de la empresa mediante el presente le comunica la extinción de su contrato con fecha de efectos 30.06.2022 en base a los siguientes hechos:

En los últimos meses esta dirección viene detectando su **actitud** de **dejadez** y **desgana frente al trabajo**, con continuas quejas y **actitudes** como la de decir continuamente a los compañeros que fuesen más despacio en su **trabajo** y así respecto a cualquier **trabajo** que se le encomienda.

Tal es así que ya el pasado 10 de junio se le tuvo que entregar carta de amonestación, que usted se negó a firmar y que ponía de manifiesto su más que **reiterada actitud** de **dejadez** y **desgana frente al trabajo**, estando su rendimiento muy por debajo del resto de sus compañeros tal como se le ha indicado en reiteradas ocasiones verbalmente y en esta ocasión hasta de forma escrita, que aquí transcribimos.

Pues bien, tras la entrega de dicha carta de amonestación usted lejos de deponer su **actitud** realizar las diferentes tareas que se le han ido encomendando ha continuado con su **actitud** de **dejadez** e indisciplina a diario y sin cumplir ni de cerca los parámetros mínimos marcados por la empresa y que si cumplen el resto de sus compañeros, llegado a estar su rendimiento de **trabajo** hasta un 40% por debajo de el de sus compañeros.

Con el fin de no causarle indefensión le relatamos y explicamos detalladamente cual ha sido su rendimiento de **trabajo** en estos últimos días, situación ante la cual esta dirección se ha visto obligada a tomar esta decisión tras un intento de intentar reconducir la situación el pasado 10 de junio con la entrega de escrito de amonestación y que como puede comprobar no ha mejorado su **actitud**:

En el período 22, 23 y 24 de Junio/2022, ud. trabaja con el técnico Juan Alberto , en el pinzado 1 de la wax flower M 14, que consiste en hacer un corte a la planta a 7 cm. Ud. trabaja con Bernarda que en 8,5 horas pinza 7522, Candelaria en 9 horas pinza 7730 plantas, Carmela en 10,5 horas, en este período, pinza 7479 plantas, Silveria Santiago en 3,5 horas pinza 2213 plantas, Noemi en 14 horas, en este período, pinza 7048 plantas y Yuliana Victoria en 3 horas pinza 1320 plantas. Ud, en 14 horas, en este período, pinza 5560 plantas, casi un 40 % menos de la media (tarda 9,1 s/planta **frente** a 5,7 s/planta de sus compañeras).

Con el técnico Artemio trabaja el 10 de Junio/ 22 en la tarea del 3 pinzado en el callistemon, tarda 57,3 s/ planta, cuando la media de las 13 chicas que ha realizado esa tarea ( Emilia , Encarnacion , Estrella , Felicidad , Florinda , Gema , Carmela , Leocadia , Luisa , Mariana , Marisa , Martina , Noemi ), es de 27,3 segundos por planta. Tarda más de un 50 % más que las demás. En ese día pinza 440 plantas en 7 horas, cuando sus compañeras Carmela pinza 1240 e Noemi 904 plantas en el mismo tiempo.



El 27 de junio, sigue con Artemio , y realiza el primer pinzado del jazmín, y revisando los partes se aprecia que ud. tiene un 50 % menos de rendimiento **frente** a sus compañeras ya que concretamente en el mismo tiempo Reyes realiza 1200 ud pinzadas Sacramento : 1350 ud pinzadas usted: 550 ud pinzadas.

Consideramos inaceptable esta situación de indisciplina, así como la mala imagen que proyecta su conducta al resto de compañeros que si cumplen con las normas y tiempos de **trabajo** y el grave perjuicio que con su **actitud** ocasiona a la empresa como retraso en el servicio de los pedidos, ralentización del **trabajo** a los compañeros, deterioro del producto por no elaborarlo en su tiempo, etc., etc.

Tal como le adelantábamos al comienzo de esta carta, conforme a lo preceptuado en el art. 54. 2. e) y 55 del Estatuto de los Trabajadores así como el 46. C. 10 D. 2 del Convenio Colectivo Agrícola Forestal y Pecuario de la Región de Murcia, la Dirección de la empresa se ve en la obligación de comunicarle la extinción de su relación laboral con efectos del 30.06.2022.

Así mismo, le informamos que tiene a disposición, su liquidación de salarios, saldo y finiquito, al día de la fecha, de la que se le adjunta copia a este escrito y que remitiremos de forma telemática, el correspondiente certificado de empresa para desempleo".

SEXTO. Los días 22, 23 y 24 de junio el demandante prestó servicios en tareas de pinzado de plantas y obtuvo un resultado inferior en casi un 40% a la media de sus compañeras que realizaron la misma tarea. Los días 10 y 27 de junio su rendimiento fue inferior en un 50% al de sus compañeras.

SÉPTIMO. El 29-06-2022 el demandante se presentó en la empresa con la intención de presentar un documento de solicitud de vacaciones. Al llegar, habló con un encargado, que le dijo que depositara el escrito en el buzón instalado al efecto por no tratarse de una cuestión de su competencia. El actor acudió acompañado de dos personas, una de las cuales grabó lo sucedido con un teléfono móvil.

OCTAVO. El demandante presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., que se tuvo por intentada sin efecto

#### **SEGUNDO** : FALLO DE LA SENTENCIA.

En la Sentencia de Instancia se emitió el Siguiete Fallo: "Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Jose Pablo contra la empresa "LA PACHECA VIVEROS, S.L.", declaro IMPROCEDENTE el despido del actor y condeno a la empresa demandada a readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia, a razón de 58,80 € diarios o, a elección del empresario, a abonarle la cantidad de 9.702 € en concepto de indemnización, en cuyo caso el contrato de **trabajo** se entenderá extinguido en la fecha del cese efectivo en el **trabajo**. Se absuelve a D<sup>a</sup> María Teresa de las pretensiones deducidas en su contra."

#### **TERCERO** : DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN.

Contra la citada Sentencia se interpuso Recurso de Suplicación por la demandada La Pacheca Viveros ,S.L.

#### **CUARTO** : DE LA IMPUGNACIÓN DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN.

El Recurso interpuesto ha sido objeto de impugnación por la representación del trabajador don Jose Pablo .

#### **QUINTO** : ADMISIÓN DEL RECURSO Y SEÑALAMIENTO PARA VOTACIÓN Y FALLO.

Admitido a trámite el Recurso, se señaló para la votación y Fallo el día 27 de marzo de 2023.

A la vista de los anteriores Antecedentes de Hecho, se formulan por la Sala los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** : Fallo de la Sentencia de Instancia. Recurso de Suplicación: Sus motivos. Impugnación del Recurso.

Por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena, se dictó Sentencia el día 28/10/2022, en el Proceso nº 482/2022, sobre DESPIDO, acordando la estimación de la demanda.

**Frente** a dicho pronunciamiento, se interpone Recurso de Suplicación por la parte demandada LA PACHECA VIVEROS, S.L. en el proceso de referencia, basándolo en los siguientes motivos:

A) Al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

B) Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.



El recurso ha sido impugnado por el trabajador.

**SEGUNDO** : A los efectos decisorios del recurso de Suplicación interpuesto es necesario precisar que el mismo se articula, como expresamente se afirma en su texto y, en particular, en su suplico final, lo que se impugna es tan solo la antigüedad tomada en cuenta para el cálculo de la indemnización y, consecuentemente, el caudal indemnizatorio acordado por el Juzgador. No se ataca la improcedencia del despido. Como antecedente básico del subsiguiente razonamiento jurídico debe señalarse que la demandada recurrente ya solicitó la modificación de estos extremos al Juzgador de la instancia, por la vía de la aclaración de la demanda; solicitud de la que se dio traslado a la demandante que se opuso a ello. Dictándose auto de fecha 18 de noviembre de 2022 por el que se acordó la no aclaración de la sentencia, por considerar que el tema de la aclaración nunca fue en el acto del juicio y que no se trata de un mero error aritmético, por lo que no tiene cabida en el artículo 267 de la LOPJ.

**TERCERO** : Motivo del Recurso al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicitándose la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas

Al amparo de este motivo, no es posible una nueva valoración de toda la prueba practicada, según ha establecido el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en Sentencias de 18/11/2015 y 21/03/2017, y tampoco es posible introducir por los litigantes hechos nuevos que no se debatieron en la instancia, según estableció esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su Sentencia de 23/04/2007. Aquí está el centro de la cuestión pues la cuestión cuya modificación de hechos probados se postula, aunque es fundamental en la resolución de un procedimiento de despido, pues la antigüedad, junto con el salario, conforman los medios para determinar el caudal indemnizatorio del despido improcedente, opción a favor de la que se pronuncia el FALLO de la Sentencia y ninguna de las partes recurre aquietándose al mismo; no menos cierto es que correspondía a las partes y, sustancialmente, a la demandada, la formulación de la oposición a la data de la antigüedad o los días reales a computar. Lo cierto es que en el referido Auto que no da lugar a la aclaración ya afirma el Magistrado a quo que el asunto nunca fue objeto de planteamiento en el acto del juicio. A su vez la Sra. Letrado de actor, en su impugnación del recurso afirma que nunca se suscitó la cuestión en el acto del juicio, que si se hubiera suscitado se hubiera opuesto a la antigüedad señalada en el recurso.

Ante ello es preciso determinar los antecedentes procesales de la cuestión suscitada.:

- La parte actora, en su demanda aun reconociendo que se trata de un trabajador fijo discontinuo, señala como antigüedad de este, la de la primera empresa, es decir la de 13-07-2017 sin determinación de "jornadas reales"
- La demandada y ahora recurrente, La Pacheca Viveros SI, en el acto del juicio, además de oponerse tanto a la nulidad del despido y a la improcedencia de este. Aporta al procedimiento los certificados de jornadas reales.
- El Juzgador en el primer Hecho Probado establecía la antigüedad de 13-07-2017 y en el ordinal Tercero se remitía, para el tiempo trabajado, al documento nº 5 cuyo contenido daba como reproducido; al final calculaba la indemnización bajo el parámetro de la antigüedad completa y no de las jornadas reales.

Los mismos obran en el procedimiento. Los certificados de jornadas reales, que emitidos por la Tesorería conforman un documento Público, que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 319 de la LEC, sostiene que los documentos públicos previstos en el art. 317, es decir, los documentos públicos judiciales, notariales y registrales y administrativos previstos en el mismo, hacen prueba plena, en primer lugar, "del hecho, acto o estado de cosas que documenten"; en segundo lugar, "de la fecha en que se produce esa documentación"; finalmente, "de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella". Acreditan las jornadas realizadas y por tanto el tiempo real trabajado, la mera indicación de la parte demandada de que aceptaba la antigüedad, solo es extensible a la fecha de la iniciación de la relación laboral, más aún cuando proviene de una subrogación, pero no del periodo realmente trabajador, pues este solo debe recoger las jornadas con el salario que abarca tanto los correspondientes festivos como la parte proporcional de pagas extras y de vacaciones. Debe darse por tanto cabida a la adición propiciada por la parte actora, y establecer que las jornadas reales trabajadas fueron 832, tal como consta en la documental de la empresa folios 35 al 48.

**CUARTO** : Motivo del Recurso por Infracción de las normas jurídicas o de la Jurisprudencia al amparo del artículo 193 c) de la Ley de la Jurisdicción Social.

Se citan como infringidos el artículo 56.1 d) del Estatuto de los trabajadores, cuando establece que la indemnización por improcedencia del despido es de 33 días por año de servicio, la propia parte actora cita también la Sentencia de 30 de julio de 2020 del Tribunal Supremo, relativa a distinción entre trabajadores fijos discontinuos y fijos, en virtud de la cual en el cálculo indemnizatorio de los primeros no pueden incluirse los periodos de inactividad del trabajador fijo discontinuo, pues en ellos no se realiza prestación de servicios. La empresa demandada era empleadora directa del trabajador y, por lo tanto, realizaba llamamientos por campañas, el trabajador en los periodos de falta de llamamiento estaba autorizado a trabajar para terceros, lo



que no ocurre con los fijos por lo que el cálculo de la indemnización debe llevarse a cabo con relación al tiempo efectivamente trabajado. Siendo este el de 832 días, tal como ha resultado probado por los certificados de jornadas reales. No es de recibo que si ya en la Sentencia se advertía que el trabajador era fijo discontinuo y, el Juzgador, se remitiera y diera por probadas las jornadas reales, contenidas en los consiguientes certificados (los ya citados folios 35 a 45) la actora se vea "sorprendida", por el recurso de la demandada. Al final lo único que concurre es un error del Juez a quo en el cálculo indemnizatorio, una vez que se añadieron al hecho probado que las jornadas reales trabajadas eran solo 832 días, en todos los Convenios de trabajadores del campo, se regula que dicha cantidad incluye el prorrateo de vacaciones, pagas extra, festivos en el salario día. Por lo que estimando la demanda procede ratificar la misma, pero fijar la indemnización por despido en la cantidad de 4.527,60 (cuatro mil quinientos veintisiete euros y sesenta céntimos).

Vistos citados artículos y demás de general y pertinente aplicación

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Que con estimación del Recurso de Suplicación formulado por la empresa la Pacheca Viveros SL, contra la Sentencia dictada el día 28 de octubre de 2022, por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena en el proceso 482/2022, debemos establecer la indemnización por despido en la cantidad de 4.527,60 (cuatro mil quinientos veintisiete euros y sesenta céntimos), manteniendo el resto de la Sentencia.

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 Banco de Santander, S.A.

Dicho ingreso se podrá efectuar de dos formas:

- 1.- Presencialmente en cualquier oficina de Banco de Santander, S.A. ingresando el importe en la cuenta número: 3104-0000-66-0110-23.
- 2.- Mediante transferencia bancaria al siguiente número de cuenta de Banco de Santander, S.A.: ES55-0049-3569-9200-0500-1274, indicando la persona que hace el ingreso, beneficiario (Sala Social TSJ Murcia) y en el concepto de la transferencia se deberán consignar los siguientes dígitos: 3104-0000-66-0110-23.

En ambos casos, los ingresos se efectuarán 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 Banco de Santander, S.A., cuenta corriente indicada anteriormente.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ