



Roj: **STSJ CL 1155/2018 - ECLI: ES:TSJCL:2018:1155**

Id Cendoj: **47186340012018100538**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2018**

Nº de Recurso: **313/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE MANUEL RIESCO IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 00529/2018

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

NIG: 24089 44 4 2017 0001755

Equipo/usuario: MLM

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000313 /2018

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000609 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña DAYVO SISTEMAS S.L.

ABOGADO/A: JUAN JOSE MOCHON TOHÁ

PROCURADOR: CONSUELO VERDUGO REGIDOR

RECURRIDO/S D/ña: Estefanía

ABOGADO/A: FERNANDO JAVIER MIGUELEZ LLAMAZARES

Il'tmos. Sres.:

D^a M^a del Carmen Escuadra Bueno

Presidente accidental de la Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

D.Rafael A. López Parada /

En Valladolid a Veintitrés de Marzo de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente

SENTENCIA



En el Recurso de Suplicación núm. 313/2018, interpuesto por la empresa DAYVO SISTEMAS S.L., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm.2 de León, de fecha 12 de Diciembre de 2017, (Autos núm. 609/2017), dictada a virtud de demanda promovida por D^a Estefanía contra la empresa DAYVO SISTEMAS S.L., sobre DESPIDO.

Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON José Manuel Riesco Iglesias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12-07-2017 se presentó en el Juzgado de lo Social núm. 2 de León demanda formulada por la parte actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los términos que consta en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:

1º.- El/la trabajador/a Estefanía, mayor de edad, DNI núm. NUM000, ha venido prestando sus servicios para la empresa DAYVO SISTEMAS S.L.,

dedicada a la actividad de programación informática (empresas de consultoría y estudios de mercado)

2º.- Antigüedad: desde 1 de Febrero de 2017,

3º.- Categoría profesional: telefonista

4º.- Salario, tiempo y forma de pago: salario bruto mensual de 857,68 euros, comprendida la prorrata de pagas extraordinarias

5º.- Lugar de trabajo: en el centro de trabajo sito en la localidad de León

6º.- Modalidad del contrato: indefinido

7º.- Duración del contrato: indefinido

8º.- Jornada completa

9º.-Características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido: no consta ninguna.

10º.- Fecha del despido: 26 de Mayo de 2017, con fecha 17 de Mayo de 2017,

11º.-Forma del despido: burofax y fue dada de baja en la seguridad social en 17 de Mayo de 2017,

12º.-Causas invocadas para el mismo, en su caso, en resumen: condición resolutoria pactada en la cláusula adicional octava del contrato de trabajo, la empresa puede extinguir el contrato en aquellos casos en los que el trabajador no alcance el rendimiento medio o promedio mensual obtenido por la totalidad de la plantilla durante tres meses consecutivos.

Fecha de los hechos: febrero a abril de 2017

13º.- Hechos acreditados en relación con dichas causas: No se ha acreditado

14º.- El/a trabajador/a no ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, ni consta esté sindicado/a.

15º.-Otras circunstancias relevantes para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso: desde 15 mayo la empresa tuvo conocimiento de necesidad de asistencia médica de la trabajadora por hecho acaecido en el trabajo el día 11 anterior, desde 16 de Mayo en situación de IT por enfermedad común (trombosis)

16º.- Presentada papeleta de conciliación en fecha 24/05/17 se intentó la preceptiva conciliación ante el servicio de mediación de la Junta en fecha 9 6 17 concluyendo la misma con el resultado de sin avenencia".

TERCERO.- Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la empresa demandada, si fue impugnado por la parte actora, y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social articula la empresa demandada el primero de los motivos del recurso, en el cual insta de la Sala nueve revisiones de los hechos probados:

A) La primera de ellas afecta al hecho probado **3º** de la sentencia, en la que el Magistrado fija como categoría profesional de la trabajadora la de telefonista. Quiere la recurrente que el indicado ordinal quede redactado así:

"3º.- Categoría profesional: telefonista. Sus funciones se concretan en la realización de tareas de televenta inherentes a la comercialización de los productos ofertados por la empresa, utilizando para ello como metodología y procedimiento la gestión telefónica, siguiendo los guiones y protocolos establecidos a tal fin por la dirección de la empresa."

La categoría profesional de telefonista de la actora, aceptada por la empresa recurrente, es la que figura tanto en el contrato de trabajo como en las nóminas de salarios, por lo que sobre ella no cabe duda alguna. Y en cuanto a las funciones que desempeñaba, en los documentos citados por la recurrente, consistentes en "Informes de auditoría de calidad llamada venta" (páginas 15 a 18 del PDF 42. Documentación probatoria aportada por la demandada) y en "Puntos por producto en Canal Telemarketing Dayvo", a las páginas 19 y siguientes del citado PDF 42, consta que, en efecto, doña Estefanía se dedicaba a realizar tareas de televenta utilizando la metodología y procedimiento establecidos al respecto por la empresa. De manera que hemos de tener por cierto que siendo la categoría profesional de la trabajadora la de telefonista, sus actividades laborales se centraban en tareas de televenta.

B) La segunda modificación propuesta por la empresa recurrente consiste en la incorporación de un nuevo hecho probado **4º bis**, redactado en los siguientes términos:

"4º bis.- Como consecuencia de sus resultados, la trabajadora nunca devengó cantidad alguna en concepto de comisiones conforme el régimen de retribución variable previsto en la empresa."

Para apoyar esta afirmación fáctica la recurrente cita las nóminas de salarios (páginas 11 a 14 del PDF 42) en las cuales no aparece ninguna percepción en concepto de comisiones, por lo que ese hecho podemos tenerlo por cierto, lo cual no significa estrictamente que no tuviese derecho a cobrarlas y que la empresa no se las haya abonado.

C) En tercer lugar, la recurrente pretende modificar el hecho probado **7º**. En ese hecho el Magistrado refiere que la duración del contrato es indefinida. La nueva redacción propuesta es la siguiente:

"7º.- Duración del contrato: Indefinido. No obstante, debe ponerse de manifiesto que el contrato de trabajo incluye un Anexo, el cual, en su cláusula octava dispone que la empresa quedará legitimada para extinguir el mismo, al amparo de lo establecido en el artículo 49.1, b) del Estatuto de los Trabajadores, en aquellos casos en los que el trabajador contratado no alcance en el desarrollo de su labor el rendimiento medio o promedio mensual obtenido por la totalidad de la plantilla que desarrolle su misma actividad, y ello siempre que esa circunstancia se produzca dentro de los siguientes ámbitos temporales: durante tres meses consecutivos inmediatamente anteriores al de la adopción de la decisión extintiva, o bien durante tres meses discontinuos en el periodo de seis meses inmediatamente anteriores al de la adopción de la decisión extintiva."

La empresa reconoce que la duración del contrato es indefinida, como no podía ser de otro modo si atendemos al encabezamiento del mismo. Pero también forma parte de la realidad procesal que en el Anexo al contrato aparece la cláusula adicional octava con el contenido que expresa la recurrente en la ampliación del ordinal 7º, por lo que la Sala acepta esta modificación fáctica.

D) En los apartados cuarto y quinto insta la recurrente la revisión de los hechos probados **10º**, **11º** y **12º**, con idéntica finalidad en todos ellos: que se sustituya la palabra "*despido*" por la expresión "*extinción contractual*".

Esta rectificación formal es acogida por la Sala porque la palabra "*despido*" puede ser predeterminante del fallo cuando en la comunicación de la extinción no figura esa palabra sino la expresión señalada por la recurrente.

E) En el apartado sexto la recurrente propone a la Sala la incorporación de un nuevo hecho probado **12º bis**, con el siguiente tenor literal:

"12º bis.- A la trabajadora demandante se le hicieron varias auditorías internas antes de la extinción de su contrato de trabajo en aras a mejorar sus protocolos de actuación, y en consecuencia sus resultados. Los avisos y recomendaciones que contenían las citadas auditorías fueron aceptados por la trabajadora."

Los documentos citados por la recurrente ("Informes de auditoría de calidad llamada venta" que hallamos en las páginas 15 a 18 del PDF 42. Documentación probatoria aportada por la demandada), acreditan que, en efecto, a doña Estefanía se le hicieron varias auditorías internas cuyos comentarios y recomendaciones



aceptó expresamente utilizando las palabras "Estoy de acuerdo". Así pues, resulta adecuado aceptar este nuevo hecho probado cuya incorporación insta la recurrente.

F) En el siguiente apartado la recurrente pide a la Sala la revisión del hecho probado **décimo tercero**, que quedaría así redactado:

"13º.- Hechos acreditados en relación con dichas causas: han quedado acreditadas las circunstancias alegadas en la comunicación extintiva y que legitimaban a la empresa a utilizar la condición resolutoria pactada en el contrato de trabajo. La actora era plenamente conocedora de los rendimientos por ventas, y fue avisada en varias ocasiones por sus superiores jerárquicos ante la escasa efectividad de su labor comercial."

Este nuevo texto que propone la recurrente es puramente valorativo y, además, predeterminante del fallo por lo que la Sala no ve factible sustituir el texto original, debiendo mantenerse éste.

G) En octavo lugar, la recurrente plantea la incorporación del nuevo hecho probado **13º bis** en los siguientes términos literales:

"13º bis.- La aplicación de la condición resolutoria pactada ya se había aplicado por la empresa antes de extinguir la relación laboral de la actora. Igualmente, después de su extinción, se ha aplicado igualmente como mecanismo de resolución de otras relaciones laborales."

El documento que cita la recurrente para convencer a la Sala de que incorpore este nuevo hecho probado al relato histórico es el número 7, que se corresponde con la página 22 del PDF 42 del expediente digital (Documentación probatoria aportada por la demandada). En ese documento figura una relación de trabajadores (17, incluida la demandante) que se corresponde con las cartas de extinción de las relaciones laborales que siguen en las páginas siguientes. Esas extinciones realizadas aplicando la cláusula adicional octava del anexo a los respectivos contratos de trabajo, se han producido desde el 6 de julio de 2016 al 28 de noviembre de 2017, por lo tanto, antes y después del cese de la demandante, que tuvo lugar el día 17 de mayo de 2017. Es cierto, por tanto, lo afirmado por la recurrente por lo que es adecuada su incorporación al relato histórico como un nuevo hecho probado 13º bis.

H) Finalmente, la recurrente pide la revisión del hecho probado **15º** de la sentencia, proponiendo el siguiente texto:

"15º.- Otras circunstancias relevantes: la trabajadora comunicó a la empresa en fecha 15 de mayo de 2017, que el día 11 había sufrido un tirón en la parte interna del gemelo de la pierna izquierda al levantarse de la silla. Tras girarle la empresa un volante de solicitud de asistencia sanitaria, la Mutua en fecha 16 de mayo le diagnóstica "dolor articular-pierna", pero no le reconoce la situación de incapacidad temporal. El Servicio Público de Salud le expide parte de baja médica por contingencias comunes, la cual, si bien tiene fecha de efectos del día 16 de mayo de 2017, está expedida en fecha 18 de mayo de 2017, es decir, un día después de haberse enviado el burofax por el que se le comunica a la actora la extinción de su contrato de trabajo. En el parte de baja médica, ejemplar para la empresa, no aparece el diagnóstico de su dolencia (trombosis), pero si refleja que se trata de un proceso con una duración estimada de 25 días (corta duración)."

Las circunstancias relatadas por la recurrente se corresponden con los diversos documentos que cita en la explicación de este apartado, por cuyo motivo la Sala considera procedente sustituir la redacción original por la ahora propuesta por aquélla.

SEGUNDO.- En el motivo destinado a la censura jurídica la parte recurrente desarrolla tres apartados distintos:

I.- En el primero de ellos considera infringidos, al no haber sido tenidos en cuenta en la sentencia dictada por el juzgador *a quo*, los artículos 85.1 y 87.4 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, así como la doctrina contenida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 14-11-2014, nº 694/2014, rec. 616/2014, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de fecha 1-12-2015, rec. 60/2015.

Entiende la recurrente que la representación letrada de la actora ha realizado una flagrante ampliación de los hechos relatados en la demanda en el trámite de conclusiones. En concreto, a pesar de no haberse recogido en el escrito de demanda aspecto alguno en el que se cuestionase la categoría desarrollada por la actora, la representación Letrada de la misma, en el trámite de conclusiones incorpora como alegato que, al margen de los datos, la trabajadora es telefonista y no está contratada para realizar labores comerciales o de televenta.

Esa ampliación irregular de la demanda en el acto del juicio es expresamente rechazada por la actora-recurrida. Y tiene razón. La actora no modificó en el acto del juicio la categoría profesional de telefonista -no desconocida para la empresa puesto que es la que constaba tanto en el contrato de trabajo como en las nóminas de salarios- ni el centro de trabajo en el que laboraba, ni tampoco el salario, ni otros aspectos sustanciales de la demanda.



Además, en el escrito rector la demandante ya había negado la operatividad de la cláusula octava del anexo al contrato de trabajo (hecho octavo), con lo cual la ratificación en el juicio de esa inoperatividad por una circunstancia (categoría profesional) necesariamente conocida por la empresa, ni constituye una modificación sustancial de la demanda en los términos en los que la prohíbe el párrafo tercero del artículo 85.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ni le ha causado a la hoy recurrente la imprescindible indefensión para que se declare la nulidad de lo actuado, no pedida, por cierto, en el suplico del escrito de interposición.

En consecuencia, este primer apartado del motivo es desestimado por la Sala.

II.- Aunque la recurrente plantea en tercero y último lugar la inexistencia de la nulidad del despido declarada en la sentencia impugnada, por razones sistemáticas habremos de analizarla a continuación porque de ser desestimada esa pretensión sería innecesario estudiar la posible improcedencia de la extinción contractual; sin embargo, si entendemos que no ha existido tal nulidad, se haría imprescindible la resolución de la pretensión subsidiaria, esto es, la declaración de improcedencia del cese unilateral de la demandante acordado por la empresa demandada.

En este apartado considera la recurrente infringida la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de mayo de 2016, recurso 3348/2014, sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012, recurso 2789/2011, sentencia de 11 de julio de 2006 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-13/05), sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15), sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 27 de enero de 2009, rec. 602/2008, sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 12 de junio de 2017, rec. 2310/2017, sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 14 de enero de 2017, nº 2557/2017, rec. 2272/2017, sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo. Igualmente considera infringida la Directiva Comunitaria 200/78/CE.

La sentencia impugnada califica como nula la extinción al entender que la misma tiene como única causa la situación de baja laboral de la trabajadora. Ante esa apreciación la recurrente manifiesta su más enérgica disconformidad, toda vez que, tal y como ya se ha demostrado a lo largo del escrito suplicatorio, en el momento de llevarse a cabo la extinción contractual, no conocía de la existencia del parte de baja, el cual, fue expedido en fecha 18 de mayo de 2017, es decir, después de haber remitido el burofax a la trabajadora. Por tanto, difícilmente se puede actuar de forma discriminatoria respecto de un hecho que se desconoce. A mayor abundamiento, y al margen de la circunstancia descrita en el párrafo anterior, los antecedentes a esa baja médica, en concreto la asistencia sin baja médica llevada a cabo días antes, hablaba de un simple dolor articular en una pierna. Por otro lado, la empresa, hasta el propio juicio no conoció que la dolencia de la actora era una trombosis. Sigue argumentando la recurrente que el parte de baja remitido por la actora, tras llevarse a cabo la medida extintiva, además de no contemplar dolencia alguna por protección de datos de carácter personal, habla de un proceso con una corta duración estimada de unos 25 días. Por tanto, a la vista de la información expedida por el SACYL en su parte de baja, el proceso era de corta duración. Añade la recurrente que la trabajadora demandante, al plantear una nulidad de la medida adoptada por la empresa por la existencia de un comportamiento discriminatorio debe aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel, para lo que no basta con una mera alegación o la afirmación de la demandante en sus alegaciones calificándolo de discriminatorio, siendo preciso acreditar la existencia de algún elemento que induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Por ello, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta de acreditación de elementos esenciales para conectarlos con esas alegaciones, no se podrá pretender el desplazamiento de la carga probatoria al demandado. Cita la recurrente la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 (asunto C- 395/15) que declara: *"La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que: -El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009. -Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. - Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales"*. A tenor de la doctrina expuesta, en el caso que analizamos, concluye la recurrente que el simple hecho de que la



demandante se encontrara de baja a la fecha de la extinción (aunque el parte de baja sea de fecha posterior), no es causa suficiente por sí sola para decretar su nulidad. Lo que no cabe es equiparar la situación de enfermedad a la de discapacidad, ya que la primera es una situación de mera alteración de la salud que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo de afectado, mientras que la discapacidad es sin embargo una situación permanente.

Se opone la recurrida a esta argumentación a través de su Abogado sosteniendo que la decisión extintiva de la empresa no tiene una causa meramente laboral, sino que constituye claramente una reacción ante su enfermedad, que pasa de ser un simple esguince o una mala postura como se pensó en un principio a una trombosis, de imprevisibles consecuencias y difícil pronóstico, y en tal sentido, deja de ser una decisión válida, sometida en todo caso al juicio de procedencia, para configurarse como una decisión nula.

Para la resolución de la cuestión controvertida en este apartado es preciso tener en cuenta dos perspectivas distintas:

A) Conocimiento por parte de la empresa de la situación de incapacidad temporal de la trabajadora .

En la nueva redacción del hecho probado 15º, aceptada por la Sala en el último apartado del motivo primero por ajustarse a la documentación invocada por la recurrente, se constata cómo: i) la trabajadora comunicó a la empresa en fecha 15 de mayo de 2017 que el día 11 del mismo mes había sufrido un tirón en la parte interna del gemelo de la pierna izquierda al levantarse de la silla; ii) tras girarle la empresa un volante de solicitud de asistencia sanitaria, la Mutua en fecha 16 de mayo le diagnóstica "*dolor articular-pierna*", pero no le reconoce en ese momento la situación de incapacidad temporal; iii) el Servicio Público de Salud le expide parte de baja médica por contingencias comunes, la cual, si bien tiene fecha de efectos del día 16 de mayo de 2017, está expedida el día 18 de mayo de 2017; y iv) el burofax por el que la empresa le comunica a la actora la extinción de su contrato de trabajo es del día anterior, es decir, el 17 de mayo. La detallada observación de estas circunstancias es suficiente para convencer a la Sala de que la empresa no tenía conocimiento formal de la situación de incapacidad temporal de la trabajadora en el momento en que decidió extinguir la relación laboral aplicando la tan citada cláusula octava del anexo al contrato de trabajo. Lo único que sabía la empresa es que doña Estefanía había sufrido el día 11 de mayo un tirón en la parte interna del gemelo de la pierna izquierda al levantarse de la silla, siendo imposible que conociese que al día siguiente la trabajadora iba a causar baja por incapacidad temporal con el diagnóstico de trombosis en virtud del correspondiente parte emitido por los servicios médicos del SACYL. Por ello, difícilmente la extinción de la relación laboral podía deberse a una situación de incapacidad temporal desconocida para la empresa.

B) Sobre la posible discriminación de la trabajadora por motivo de su enfermedad.

Con carácter general sabemos porque así lo ha dicho el Tribunal Supremo (sentencia de 3 de mayo de 2016, Rec. 3348/14), que la enfermedad no puede equipararse a la discapacidad, a efectos discriminatorios, salvo que se esté intentando estigmatizar a la persona enferma. Y conocemos también porque lo expresa la sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 (TJCE 2016,308), que el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de "duradera", con arreglo a la definición de "discapacidad" mencionada por la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU; y que entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es "duradera" figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Para comprobar ese carácter "duradero", el órgano judicial debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

En el supuesto que nos ocupa no se ha acreditado el carácter previsiblemente duradero de la situación de incapacidad temporal en que se hallaba la recurrida al ser objeto del cese por parte de la empresa recurrente. En efecto, lo que consta (hecho probado 15º) es que en el parte de baja médica, ejemplar para la empresa, no aparece el diagnóstico de su dolencia (trombosis), aunque sí se refleja que se trata de un proceso con una duración estimada de 25 días. Se trata de un proceso de corta duración, a cuyo término no se aprecian circunstancias que puedan impedir la participación de doña Estefanía en la vida profesional y en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores, por lo que no reúne la característica de "duradero" que permitiría equiparar la situación de incapacidad temporal a la de discapacidad a efectos discriminatorios.

Por eso, entendemos, a diferencia del Magistrado de instancia, que no se constatan indicios de discriminación ni de vulneración de algún derecho fundamental en el cese de la hoy recurrida que determine la inversión de la carga de la prueba en las condiciones establecidas por el artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción



Social , en el que se dispone que *en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad* . Y, consecuentemente, tampoco existen razones para calificar como despido nulo el cese de la trabajadora recurrida, por cuanto no cabe incardinarlo en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , debiendo estimarse en este aspecto el recurso interpuesto por la empresa demandada.

III.- Analizaremos, por último, el apartado segundo del segundo motivo en el que la recurrente considera infringidos los artículos 1.114 y 1.255 del Código Civil , los artículos 5.a) y e) y 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores , así como lo doctrina contenida en las siguientes sentencias: sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 8 de enero de 2008, nº 12/2008, rec. 2611/2007; sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 31 de mayo de 2007, nº 4047/2007, rec. 1604/2007; sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 2 de febrero de 2010, nº 332/2010, rec. 3186/2009; sentencia de la Sala de lo Social de Cataluña, de 28 de marzo de 2003, nº 2109/2003, rec. 8808/2002; sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 23 de enero de 2003, nº 131/2003, rec. 1987/2002; sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de noviembre de 2001, nº 803/2001, rec. 3806/2001 (ninguna de ellas constituye jurisprudencia a los efectos del recurso de suplicación).

Entiende la recurrente que el juzgador de instancia considera abusiva la condición resolutoria que incorpora la cláusula octava del Anexo al contrato de trabajo basándose en meras conjeturas o suposiciones, que no han sido objeto de valoración alguna en virtud de la prueba practicada. Sostiene, por el contrario, que la cláusula cumple todos los cánones jurisprudenciales para considerarla ajustada a derecho. Afirma, asimismo, que la cláusula solo se ha hecho efectiva en aquellos casos en los que el trabajador afectado no solo no alcanzaba el promedio de la totalidad de los trabajadores que conformaban su equipo de trabajo, sino que además se encontraba muy alejado del mismo. Esto sucedía en el caso de la actora. Los resultados de ésta se entiende que son conocidos por ella, porque sabe lo que ha vendido y qué puntuación ha obtenido. Además, de la prueba aportada ha quedado acreditado que los diferentes productos ofertados y los puntos que se obtenían por la venta de cada uno de ellos eran plenamente conocidos por todos los trabajadores. De hecho, el listado correspondiente se encontraba expuesto en el tablón de anuncios. Además la actora, a través de su propio terminal informático, podía comprobar en todo momento sus resultados. La metodología procedimental utilizada por la empresa permite a todo trabajador conocer los resultados de sus compañeros. Sigue argumentando la recurrente que ha desplegado una adecuada labor probatoria, ha aportado toda la documentación de la que disponía, ha utilizado testigos que la han acreditado, e igualmente ha demostrado el uso racional de la condición resolutoria para casos de un bajo rendimiento más que evidente, alejado del promedio de la plantilla en términos comparativos. Resulta muy fácil a la demandante el decir, a pesar de ese acerbo probatorio, que la carta y sus datos le generan indefensión, pero sin aportar ninguna justificación, por somera que sea, al respecto. Y concluye diciendo que no debe olvidarse que la trabajadora fue advertida de su bajo rendimiento, y que incluso consta su conformidad firmada en los avisos y recomendaciones dadas por su coordinadora y que nunca cobré comisiones.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011 (Rec. 774/11) se nos recuerda que los problemas jurídicos que plantean las cláusulas contractuales de rendimiento mínimo se han puesto de relieve reiteradamente por la doctrina de la Sala Cuarta, admitiéndose que, en principio, las mismas son válidas y no abusivas si en su ejercicio se respetan los límites normales o ajustados a los principios de la buena fe. En la misma sentencia nos enseña la propia Sala Cuarta que el artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores autoriza con carácter general la extinción del contrato de trabajo por las causas en él válidamente consignadas, salvo que constituyan abuso manifiesto de derecho por parte del empresario. En principio, señala el Tribunal Supremo, *la cláusula de rendimiento mínimo puede resultar válida cuando se consigna en el contrato de trabajo en casos como el aquí examinado, en el que se trata de establecer un número o un valor mínimo de ventas. Pero dicho esto, cuando se ejercita la facultad resolutoria fuera del marco disciplinario y al amparo de lo previsto en el artículo 1.124 del Código Civil , la mera disminución del valor pactado no puede significar por sí misma y de una forma objetiva la concurrencia de la causa resolutoria, sino esa facultad ha de ejercitarse, como afirma la doctrina civil más autorizada, con arreglo a los dictados de la buena fe, analizando en el caso la incidencia de los distintos factores que hayan podido conducir a ese incumplimiento de las obligaciones, analizando en todo caso su relevancia*. En el caso ahora enjuiciado no solo falta un análisis de los distintos factores que hayan podido contribuir al bajo rendimiento achacado a la trabajadora, sino que ni siquiera ha quedado probada esa disminución del rendimiento, tal como se dice expresamente en el hecho probado 13º, debido a la que el Magistrado califica como poca fiabilidad de las puntuaciones utilizadas por la empresa. De esta manera,



si la hoy recurrente alegó una causa prevista en el contrato de trabajo (artículo 49.1.b del Estatuto de los Trabajadores) para poner término al mismo pero esa causa no ha quedado acreditada en el procedimiento judicial, la inevitable conclusión es la calificación del cese unilateralmente acordado por la empleadora como despido improcedente, conforme disponen los artículos 55.4 del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Esta conclusión coincide con la pretensión subsidiaria del recurso interpuesto por la recurrente.

Las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido consisten, según los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, el empresario podrá optar entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, con derecho a los salarios de tramitación en el caso de que el empresario opte por la indemnización.

Por lo expuesto, y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

ESTIMAMOS la pretensión subsidiaria del recurso de suplicación interpuesto por la indicada representación letrada de la empresa **DAYVO SISTEMAS, S.L.** contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2017, recaída en los autos núm. 609/17 del Juzgado de lo Social N° 2 de León , seguidos sobre **DESPIDO** a instancia de **DOÑA Estefanía** contra la indicada recurrente y, en consecuencia, revocando la sentencia impugnada, declaramos la **improcedencia** del despido del que ha sido objeto la actora y condenamos a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días opte entre la readmisión de aquélla o el abono de una indemnización de **310,17 € (trescientos diez euros con diecisiete céntimos)** . En el caso de que la empresa opte por la readmisión deberá abonar a la trabajadora los salarios de tramitación a razón de **28,20 € (veintiocho euros con veinte céntimos)** diarios.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse a la recurrente el depósito constituido para recurrir y, en su caso, la consignación en lo que no resulte necesaria para asegurar el pago de las cantidades a las que ahora resulta condenada.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de esta notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta núm. 2031 0000 66 0313-18 abierta a **no mbre** de la Sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Santander, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.