



Roj: **STSJ EXT 1239/2012 - ECLI:ES:TSJEXT:2012:1239**

Id Cendoj: **10037340012012100419**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **30/07/2012**

Nº de Recurso: **314/2012**

Nº de Resolución: **431/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **PEDRO BRAVO GUTIERREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00431/2012

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES-

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

NIG: 06015 44 4 2011 0301898

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000314 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000427 /2011 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de BADAJOZ

Recurrente/s: Adrian

Abogado/a: JOSE MANUEL REDONDO CASELLES

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: CABALLERO AUTOMOCION,S.A.L.

Abogado/a: EDUARDO GUARDADO PABLOS

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMOS/ILMAS SRES/SRAS

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

Dª MARÍA DEL PILAR MARTÍN ABELLA

Dª MANUELA ESLAVA RODRÍGUEZ

En CÁCERES, a treinta de Julio de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL T.S.J. EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,



EN NO MBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N.º 431

En el RECURSO SUPPLICACIÓN 314/2012, formalizado por el Sr. Letrado D. José Manuel Redondo Caselles, en nombre y representación de D. Adrian , contra la sentencia número 98/2012 dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N. 3 de BADAJOZ en el procedimiento 427/2011, seguido a instancia del recurrente frente a la empresa CABALLERO AUTOMOCIÓN, S.A.L., representado por el Letrado D. Eduardo Guardado Pablos, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Adrian presentó demanda contra CABALLERO AUTOMOCION, S.A.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 98 /2012, de fecha veintitrés de Marzo de dos mil doce

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Don Adrian prestó sus servicios para CABALLERO AUTOMOCIÓN, S.A.L., en virtud de contrato de trabajo indefinido desde el día 10 de septiembre de 1.997, con la categoría profesional de oficial de tercera. Ello con un salario bruto de 49,17 euros diarios, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

"SEGUNDO.- Con fecha de 25 de mayo de 2.011 la empresa remitió al actor carta de despido, con fecha de efectos del mismo día, que se da por reproducida dada su extensión, constando a los folios 7 a 11, con base en la disminución no justificada en el rendimiento del trabajo y la reincidencia en la faltas graves o muy graves dentro de un trimestre.

TERCERO.- El Sr. Adrian ha sido sancionado por la empresa en múltiples ocasiones. Con fecha de 26 de mayo de 2.010 fue sancionado con amonestación por una falta grave, por realizar de forma inadecuada dos reparaciones los días 12 y 20 de abril del mismo año; el 22 de diciembre del mismo año se le impuso la misma sanción por desobediencia a sus superiores al exceder los tiempos máximos establecidos para las reparaciones en los tres meses precedentes; sin que el trabajador impugnara ninguna de ambas sanciones. Así mismo, el 15 de marzo de 2.011 fue sancionado por falta grave con amonestación por haber dejado su puesto de trabajo el día 4 de marzo del mismo año sin haber finalizado la reparación, sanción confirmada por la Sentencia de fecha 25 de octubre de 2.011, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Badajoz . Por otra parte, el 11 de abril del pasado año volvió a ser sancionado por incumplir las órdenes de la empresa sobre riesgos laborales el día 16 de marzo de 2.011 por la comisión de una falta muy grave con suspensión de empleo y sueldo durante 21 días, sanción que fue calificada como grave por la Sentencia de 15 de junio de 2.011, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Badajoz .

CUARTO.- Sin perjuicio de lo anterior, el trabajador, al menos, desde el día 1 de diciembre de 2.010 y hasta el 20 de abril de 2.011, de forma consciente y voluntaria ha disminuido el rendimiento en el trabajo, ello en comparación con los restantes trabajadores del taller en el que presta servicios, obteniendo un ratio de las órdenes de reparación negativas de un 26,92%, sin justificación para ello, el cual se determina partiendo del cálculo de tiempo de trabajo preciso para llevar a cabo cada reparación por los peritos ajenos a la empresa y aplicando criterios estándar, y tras la deducción pertinente de las órdenes positivas, que son aquellas en las que se ha empleado un tiempo de trabajo inferior al previsto, siendo así que otros trabajadores de la empresa tenían un porcentaje de órdenes negativas entre un 10,28% y un 9,76%.

QUINTO.- El trabajador demandante ostenta la condición de delegado sindical de los trabajadores.

SEXTO.- Por medio de comunicación de 6 de mayo de 2.011 se le notificó al trabajador la apertura de expediente contradictorio para su sanción disciplinaria como consecuencia de su condición de representante legal de los trabajadores.

SÉPTIMO.- Con fecha de 9 de junio de 2.011 la parte demandante interesó la celebración del preceptivo acto de conciliación ante la UMAC, que se celebró el día 27 del mismo mes y año, con el resultado de sin avenencia."



TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que DESESTIMANDO en su integridad la demanda interpuesta por Don Adrian contra CABALLERO AUTOMOCIÓN, S.A.L., debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de todos los pedimentos realizados en su contra, DECLARANDO la procedencia del despido practicado por la referida empresa, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación para el demandante."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Adrian formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en ésta, en fecha 18-6-12.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de deliberación, votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El trabajador demandante interpone recurso de suplicación contra la sentencia que desestima su demanda declarando procedente su despido y en un primer motivo, al amparo del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pretende que se anule la sentencia recurrida y se repongan las actuaciones al momento de ser dictada, denunciando que en ella se infringen los arts. 24 de la Constitución, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97.2 de la LRJS, por entender el recurrente que en los hechos probados tercero y cuarto de la sentencia constan hechos predeterminantes del fallo y en ella no se resuelven todas las cuestiones planteadas en el pleito, alegación que no puede prosperar.

En cuanto al primer defecto, como el propio recurrente nos dice también, la consecuencia de que una sentencia contenga hechos predeterminantes no es su nulidad si no incurre en otro defecto que la motive, sino, como después veremos que mantiene la jurisprudencia, que se tengan por no puestos aquéllos. Al respecto, expone la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1.989 : " ... Es obvio que no cabe estimar dichos motivos, pues en el tercer hecho probado no se contiene ningún concepto jurídico predeterminante del fallo - que es todo caso se tendría por no puesto - sino afirmaciones fácticas de que dada la velocidad que llevaba el tren hubo el maquinista de frenar bruscamente y provocó el descarrilamiento, lo que es dato objetivo y fáctico sin que entrañe calificación jurídica que se realizará ponderando tal acto conforme a la normativa aplicable, la tesis del recurso llevaría a concluir que todo hecho probado que contenga una sentencia es determinante del fallo, lo que obviamente no es de recibo, pues una cosa es la valoración del juzgador al sentar el relato histórico - que puede realizar en conjunto atendido el resultado de la prueba sin precisión pormenorizada de por qué sienta sus afirmaciones - y otra la calificación jurídica de los datos fácticos subsumidos en la norma, y sólo cuando la valoración entraña calificación estaremos ante supuesto en que se prejuzgue el fallo y entonces el resultado será tener por no puesta la afirmación predeterminante del fallo". En el mismo sentido, la STS de 19 de junio de 1989 nos dice que una cosa es la valoración del juzgador de instancia al sentar el relato fáctico -que puede realizar atendiendo al conjunto de las pruebas practicadas, sin precisar particularidades de por qué sienta sus afirmaciones- y otra la calificación jurídica de los datos fácticos subsumidos en la norma, y cuando la valoración entraña calificación estaremos ante el supuesto en el que se prejuzgue el fallo y entonces el resultado sería, en todo caso, tener por no puesta la afirmación predeterminante del fallo y la de 7 de junio de 1994 que las valoraciones y conclusiones de carácter jurídico no pueden comprenderse en la narración histórica de la sentencia, lo que obliga a no tener en cuenta los que ya figuren en esa narración.

En el hecho probado tercero de la sentencia, en contra de lo que alega el recurrente, no se contiene ninguna calificación jurídica, sino sólo hechos, las sanciones que, con anterioridad al despido, se le impusieron al trabajador, y en ello, como hecho, entra la calificación que hizo la empresa, e incluso una sentencia, de las conductas del trabajador que motivaron las sanciones, lo cual es un hecho, no una calificación efectuada por el juzgador de instancia en lugar inadecuado.

Otra cosa sucede con el hecho probado tercero. En él también aparecen verdaderos hechos, sobre cuya existencia o no, en base a las pruebas practicadas, había de pronunciarse el juzgador de instancia en el relato fáctico de su sentencia, a tenor del mismo art. 97.2 LPL y LRJS cuya infracción denuncia el recurrente; que de tales hechos pueda resultar una resolución desfavorable para él no autoriza a considerar que son predeterminantes, sino decisivos para resolver el pleito y, por eso han de constar en la sentencia pues, como ha declarado esta Sala con reiteración, es doctrina consolidada que el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral obliga al juzgador de la instancia a consignar en el relato de hechos probados de su sentencia cuantos elementos fácticos sean precisos para resolver la cuestión planteada, no sólo aquellos que



le sirvan para fundar la resolución que va a dictar, sino, también, aquellos otros en los que puede basar una diferente el Tribunal que conozca del recurso. Así sucede con lo que el juzgador de instancia declara sobre las denominadas "órdenes de reparación negativas", que significa que en las reparaciones a las que se refieren el trabajador ha empleado más tiempo que el previsto atendiendo al que fijan los peritos ajenos a la empresa, que, como después veremos, son los de las compañías de seguros, y las "positivas", que, al contrario, significan que se ha invertido menos, constituyendo al respecto un verdadero hecho probado que desde el día 1 de diciembre de 2010 hasta el 20 de abril de 2011 el demandante, tras la compensación entre unas y otras, ha acumulado un 26,92% de "órdenes negativas", mientras que otros trabajadores de la empresa sólo tenían entre el 10,28 y el 9,76, puede incluso considerarse un hecho que ese resultado negativo lo ha tenido el demandante de forma consciente. Pero lo que no es hecho, sino calificación jurídica, al emplear el juzgador de instancia incluso los mismos términos que figuran en la causa de despido del art. 55.2.e) ET y 50.14, es que el trabajador ha disminuido de forma voluntaria el rendimiento en el trabajo, que es prácticamente la definición que emplean los mencionados preceptos. Por ello, como vimos que se establece en la jurisprudencia, tal frase hay que tenerla por no puesta en el relato fáctico de la sentencia sin que ello motive su nulidad.

En cuanto a la falta de resolución de la prescripción alegada en la demanda, hay que tener en cuenta que tal alegación no se refería a la falta imputada para el despido, sino respecto de las que se adujeron por la empresa para la reincidencia y al respecto se ha pronunciado de forma suficiente el juzgador de instancia en el fundamento de derecho sexto de su sentencia, debiendo recordarse que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencia 38/2001, de 15 de enero, <Según doctrina constitucional, empero, no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga a priori una determinada extensión o un cierto modo de razonar. "La motivación ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva de la mano a cada caso concreto, en función de su importancia intrínseca y de las cuestiones que plantee, sin olvidar la dimensión subjetiva del razonamiento por obra de su autor. En suma, ha de poner de manifiesto la "ratio decidendi" con una imprescindible coherencia lógica, al margen de la elegancia estilística o el rigor de los conceptos. No conlleva tampoco un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la resolución judicial con el esquema discursivo de los escritos forenses donde se contienen las alegaciones de los litigantes. Finalmente, tampoco implica un tratamiento pormenorizado de todos los aspectos sugeridos por las partes, siempre que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión" (STC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1).>, manteniendo el Alto Tribunal en la S. 128/1992, de 29 de octubre que <Ha de recordarse que no existe incongruencia constitucionalmente relevante si el órgano judicial resuelve genéricamente las pretensiones de las partes, aunque no se hayan pronunciado sobre todas las alegaciones concretas, o no se haya dado una respuesta pormenorizada siempre que se resuelvan las pretensiones formuladas (SSTC 29/1987, 14/1985). Por ello el problema de la relevancia que corresponde atribuir a la ausencia de respuesta judicial expresa no es susceptible de ser resuelto con un criterio unívoco que en todos los supuestos lleve a considerar dicho silencio como lesivo del derecho fundamental, sino que hay que examinar las circunstancias que concurren en cada caso concreto para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como desestimación tácita (SSTC 175/1990 y 198/1990).>.

SEGUNDO.- El siguiente motivo del recurso, al amparo del art. 193.b) LRJS, se dedica a revisar los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, pretendiendo dar nueva redacción al sexto, al segundo y al tercero, suprimir el cuarto y añadir uno nuevo, sin que pueda accederse a ello porque lo que propone el recurrente en las modificaciones es hacer distintas precisiones sobre lo que el juez de instancia mantiene probado sobre el expediente contradictorio, la carta de despido y las sanciones impuestas antes del despido, en base a documentos que pueden considerarse incorporados a lo que el juzgador de instancia declara probado por remitirse a ellos, por lo que a ellos puede acudir sin necesidad de sujetarse a lo que el recurrente pretende añadir.

Respecto a la supresión del cuarto hecho probado, el recurrente se remite a lo alegado en el motivo anterior, por lo que basta con remitirnos también nosotros a lo que se razonó al resolverlo en el fundamento anterior.

Por último, respecto a la adición de un nuevo hecho, se funda el recurrente en que lo que trata de añadir figura con valor fáctico en un fundamento de derecho de la sentencia, por lo que no será preciso pues es sabido que en el relato fáctico de una sentencia deben incluirse las afirmaciones que con tal carácter se realizan en los fundamentos jurídicos, según han entendido reiteradamente, tanto el Tribunal Supremo (Sentencia 27 de julio de 1992), como los Superiores de Justicia (Galicia, en sentencia 6 de mayo de 1998, de Cataluña en la de 16 de abril del mismo año, o este de Extremadura en la de 15 de septiembre de 1997).

TERCERO.- En el otro motivo del recurso, al amparo del art. 193.c) LRJS, se denuncia la infracción de los arts. 54 y 68 del Estatuto de los Trabajadores, 105 y 114 LPL y LRJS y 24 de la Constitución, alegando que en el expediente contradictorio tramitado antes del despido no se hizo alusión a algunas de las faltas que



ha tenido en cuenta el juzgador de instancia para apreciar la reincidencia, que tampoco pueden tenerse en cuenta las alegaciones efectuadas en el acto del juicio sobre las denominadas reparaciones negativas de otros trabajadores porque no se hicieron tampoco antes y, en fin, que ninguna prueba se ha practicado sobre el rendimiento del trabajador despedido.

Respecto al expediente contradictorio que exigen para el despido de un representante legal de los trabajadores los arts. 55.1 y 68.a) ET, señaló esta Sala en sentencia de 8 de enero de 2003 que "La jurisprudencia ha determinado los elementos básicos del expediente contemplado en los artículos 55.1 y 68. a) del Estatuto de los Trabajadores, considerando como tales el oír en el mismo al interesado y a los restantes representantes del personal. Y así, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1991 indica: «El expediente disciplinario que exige el artículo 68.a) del Estatuto de los Trabajadores para poder imponer a los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa alguna sanción por faltas graves o muy graves, consiste esencialmente en una serie de trámites en los que se ha de dar noticia al expedientado de los hechos que se le imputan y también se le ha de dar la oportunidad de contestar a tales imputaciones; y aunque en estos expedientes se puedan practicar pruebas, y con frecuencia se lleva a cabo en ellos una actividad probatoria, esto no es requisito esencial para su validez y efectividad, y menos aún que en cada uno de tales expedientes se abra formalmente un período para la práctica de la prueba. Lo que exige e impone la naturaleza y fines de este expediente es que el afectado conozca los hechos que se le imputan y pueda formular las pertinentes alegaciones en contra, amén de que se oiga a los demás miembros del Comité o ..., como prescribe el citado artículo 68.a), pero esa exigencia no alcanza a la realización o práctica de pruebas ni a la existencia de un período probatorio, como fase diferenciada y específica dentro de la tramitación de aquél, máxime cuando el momento en que propiamente se ha de llevar a cabo la pertinente actividad probatoria es en el procedimiento judicial correspondiente, en el que puede efectuarse una prueba extensa y detallada. Y así la Sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 1987 (RJ 1987\7981), ha declarado que son exigencias básicas del mencionado artículo 68.a) «que antes de imponer la sanción se abra un expediente contradictorio, se oiga en él al interesado y a los restantes representantes del personal y que ni el Estatuto exige un especial trámite de apertura, ni que se celebre ante la misma una especie de antejuicio, con fases de alegaciones, prueba y decisivo»".

Por ello, hay que considerar que el expediente que aquí se tramitó antes del despido del demandante cumple sobradamente con las exigencias expuestas. En realidad, de lo único que en el motivo se acusa al expediente es que en él no se pusieron de manifiesto algunas de las sanciones en virtud de las cuales el juzgador de instancia ha apreciado que concurre la reincidencia en la conducta del trabajador, por lo que entiende el recurrente que esas otras sanciones no pueden ser tenidas en cuenta a estos efectos, pero ello, en cualquier caso, sin perjuicio de lo que signifique para la improcedencia del despido por otros motivos, no la determina por los defectos de forma previstos en el art. 55.4 ET pues ya hemos visto que no es preciso que en el expediente se celebre otra especie de juicio como si ante el Juzgado se actuara.

CUARTO.- Imputándose al demandante en la comunicación escrita de su despido desobediencia y disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, previstas como causas de despido en los apartados b) y e) del art. 54.2 ET y en el art. 50 del convenio aplicable, el de Industrias Siderometalúrgicas de Badajoz, publicado en el Diario Oficial Extremadura 19/2004, de 17 de febrero de 2004, sobre la primera de tales imputaciones ni el juzgador de instancia se refiere a ella en los fundamentos de derecho de su sentencia como justificación de la procedencia del despido del demandante ni se desprende del relato fáctico de la sentencia recurrida que haya incurrido en ella, pues no consta que haya desobedecido ninguna orden expresa de la empresa o sus representantes.

Respecto de la otra imputación, esta Sala, en sentencia de 27 de mayo de 2004, señaló: "para que exista el incumplimiento contractual a que venimos refiriéndonos es preciso que concurren tres requisitos, que son, una efectiva disminución del rendimiento con cuantificación de su diferencia con la actividad normal exigible, una continuidad en la conducta y la voluntariedad que se estima existente cuando no se aprecia causa objetiva ajena a la voluntad del trabajador; y, respecto al primero de esos requisitos, ha declarado el Tribunal Supremo, por ejemplo en Sentencia de 25 de enero 1988 que se requiere, aparte de la voluntariedad y gravedad objetiva del incumplimiento y de su continuidad, que su realidad pueda apreciarse a través de comparación que opere dentro de condiciones homogéneas, bien con respecto a un nivel de productividad previamente delimitado por las partes (rendimiento pactado) o en función del que deba considerarse debido dentro de un cumplimiento diligente de la prestación de trabajo conforme al art. 20.2 del Estatuto de los Trabajadores (rendimiento normal), y cuya determinación remite a parámetros que, siempre dentro de la necesaria homogeneidad, pueden vincularse al rendimiento del mismo trabajador o de otros compañeros de trabajo".

En este caso, no consta que se pactara rendimiento alguno entre las partes y, en realidad, tampoco consta el otro supuesto, el de disminución respecto del trabajo normal. En efecto, ya se adelantó en el primer fundamento de esta sentencia que lo que consta en el cuarto hecho probado de la recurrida respecto a que el trabajador



ha disminuido de forma consciente y voluntaria el rendimiento en el trabajo ha de tenerse por no puesto, sobre todo porque después, del resto del aserto fáctico no se desprende que se haya producido tal disminución. Consta que el demandante tiene más órdenes de trabajo negativas que otros trabajadores, lo que significa que en determinadas reparaciones ha invertido más tiempo que ellos, pero, por una parte, no consta que antes del período de tiempo en que se produjo ese rendimiento inferior, él lo tuviera superior porque no se ofrece ningún término de comparación, como podrían ser las órdenes negativas que en períodos anteriores tuvo y, por otro, lo que se dice es que "otros" trabajadores tuvieron ese rendimiento superior al tener menos órdenes negativas, pero tampoco se especifica que los tres fueran los únicos de la empresa, con lo que tampoco puede saberse si el de esos dos era el rendimiento normal. Acudiendo al fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida, en el que el juzgador de instancia se refiere a la imputación de que tratamos, dado que, como se dijo, en el relato fáctico hay que entender incluido lo que con tal valor figure en tales fundamentos, poca cosa o nada se añade a lo que figura en el mencionado hecho probado pues prácticamente se repite lo mismo, aunque sea con una pequeña explicación más, aludiendo a la declaración de un testigo sobre la forma en que se computan las mencionadas órdenes de trabajo, negativas y positivas, añadiendo que los peritos a los que se refiere en el hecho probado son los de las compañías aseguradoras.

Como en el caso que se examinaba en la antes mencionada sentencia de esta Sala de 27 de mayo de 2004, "no se da ninguna de esas circunstancias puesto que entre las partes no consta que se hubiera pactado ningún rendimiento; tampoco puede saberse cuál sea el rendimiento normal exigible a los actores porque no constan del propio modo en la resultancia fáctica; es decir, no puede compararse su rendimiento ni con el que se impusiera contractualmente, porque no se pactó, ni con el que hayan venido teniendo los trabajadores despedidos u otro trabajador de su misma categoría y funciones porque ninguno de los dos consta, por lo cual mal puede decirse que haya existido disminución alguna y menos que sea continuada ni voluntaria" y, aunque aquí conste cual sea el rendimiento de otros dos trabajadores, la conclusión no cambia puesto que ni puede considerarse que existe disminución en el rendimiento del demandante, sino tan sólo uno menor que otros dos trabajadores de la empresa, ni que éstos representen el rendimiento normal porque ni consta que sean, con el demandante, los únicos de la empresa ni, aunque lo fueran, tampoco consta que en períodos anteriores esos otros dos trabajadores tuvieran ese mismo rendimiento, es decir, ese mismo porcentaje de órdenes de trabajo negativas y, en fin, tampoco consta, en realidad, de que magnitud es esa hipotética disminución del rendimiento pues lo que aparece probado es que tardó más tiempo del debido en el 26,92 % de los trabajos, pero no cuanto es el tiempo que tardó más, ni en cada una ni en total; acudiendo al extremo, pudiera ser que en cada uno de esos trabajos tardara un segundo más, con lo que el retraso sería en más de tres meses y medio de menos de medio minuto.

Pero es que, aunque acudamos a la comunicación escrita de despido, tampoco consta disminución ninguna del rendimiento pues lo que literalmente se dice en ella es que "mantiene ratios de tiempos que están por encima de los lógicos y habituales, superando de forma continua los tiempos máximos establecidos para las reparaciones", con lo que se está diciendo que el rendimiento sigue siendo el mismo, es decir, que no existe disminución sino mantenimiento, aunque sea inferior al que la empresa considera normal o debido.

Sentado lo anterior, es del todo indiferente que antes se haya sancionado al demandante, fuera por la causa que fuera y que el art. 50.17 del convenio considere falta muy grave la reincidencia en faltas graves, aunque sean de distinta naturaleza, siempre que se cometan dentro de un trimestre y hayan sido sancionadas porque, además de que, como alega el recurrente, sólo podrían tenerse en cuenta para la reincidencia las de marzo y abril de 2011, que son las que cometieron dentro del trimestre en que se imputa al demandante la disminución de rendimiento, no existiendo ésta no cabe apreciar reincidencia ninguna ni falta que, por sí sola o por la reincidencia, sea muy grave y, por tanto, merecedora del despido.

En definitiva, no cabe sino considerar que el despido del demandante fue improcedente a tenor de los arts. 55.4 ET y 108.1 LRJS, con las consecuencias establecidas para tal declaración en los 56.1 ET y 110.1 LRJS, teniendo en cuenta la condición de representante legal de los trabajadores del demandante, procediendo estimar la pretensión subsidiaria del recurso interpuesto y revocar en parte la sentencia recurrida ya que sobre la desestimación de la demanda en cuanto a la declaración de nulidad del despido ninguna alegación se ha hecho.

FALLAMOS

Con desestimación de la pretensión principal y estimación de la subsidiaria contenida en el recurso de suplicación interpuesto por D. Adrian contra la sentencia dictada el 23 de marzo de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz, en autos seguidos a instancia del recurrente frente a CABALLERO AUTOMOCIÓN SAL, revocamos en parte la sentencia recurrida para declarar improcedente el despido del demandante efectuado



por la empresa demandada a la que condenamos a que, a elección del trabajador en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, le readmita en su puesto de trabajo o le abone una indemnización de 30.402 euros, abonándole en cualquiera de los dos casos, una cantidad igual a la suma de los salarios que dejó de percibir, a razón de 49,17 euros diarios, desde el despido hasta la notificación de esta resolución, pudiendo descontar de ellos, día a día los que hubiera percibido en otro empleo posterior al despido, confirmando la sentencia de instancia en el resto de sus pronunciamientos.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en BANESTO N° 1131 0000 66 31412,. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad 0030 1846 42 0005001274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente,".

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, revuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

La anterior Sentencia ha sido publicada en el día de su fecha.- Doy fe.