



Roj: **STSJ ICAN 1145/2008 - ECLI:ES:Tsjican:2008:1145**

Id Cendoj: **38038340012008100168**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2008**

Nº de Recurso: **842/2007**

Nº de Resolución: **96/2008**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EDUARDO JESUS RAMOS REAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En Santa Cruz de Tenerife , a 12 de febrero de 2008.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife

formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. M<sup>a</sup> Carmen Sanchez Parodi Pascua (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas y D./Dña. Eduardo Jesús Ramos Real (Ponente) , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000842/2007 , interpuesto por INMOCABA S.L. , frente a la Sentencia del JDO. DE LO

SOCIAL N. 2 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000044/2007 en reclamación de DESPIDO , ha sido Ponente el

ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Eduardo Jesús Ramos Real .

### **ANTECEDENTES DE HECHOS**

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por D. Luis Manuel contra la empresa "INMOCABA, SL" y que en su día se celebró la vista, dictándose sentencia con fecha 21 de junio de 2007 por el JUZGADO de lo SOCIAL N° 2 de los de Santa Cruz de Tenerife .

SEGUNDO.- En la sentencia de instancia y como hechos probados se declararon los siguientes:

PRIMERO.- Que el actor D. Luis Manuel , con DNI nº NUM000 , presta sus servicios para la empresa demandada INMOCABA, SL, con antigüedad de 1-10-2001, categoría profesional de Comercial percibiendo un salario mensual prorrateado de 795,96 euros, siendo de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Gestión y Mediación Inmobiliaria. SEGUNDO.- La jornada laboral del actor es de 8 horas diarias de 9 a 13 horas o de 10 a 14 horas en la mañana y de 16 a 19 horas o de 17 a 20 horas en la tarde. El trabajo del demandante consiste básicamente en captar números de teléfonos y conseguir clientes para la inmobiliaria, siempre ha realizado estas funciones. Para ello se desplaza a las localidades que le ordena la empresa tanto en horario de mañana como de tarde. La empleadora le fija las rutas de trabajo. El actor utiliza para desplazarse en su trabajo el autobús, siendo la empresa quien le indica los itinerarios, horarios y números de autobuses a utilizar. Una vez realizado el trabajo de calle, se llama a los teléfonos obtenidos para captar clientes y quedar con los propietarios de los inmuebles. Así mismo, se realiza un trabajo en la propia oficina que supone aproximadamente una hora respecto de la jornada diaria de 8 horas. La inmobiliaria está situada en Los Realejos. El trabajador firma un recibo, por cada día de trabajo, donde se refleja la recepción de dinero y un bonobús en concepto de transporte así como el destino donde realizar su trabajo, al que se adjunta una "ficha de captación" donde se especifica los números de teléfono, dirección, municipio y tipo de propiedad que se ha



podido obtener. El resto de comerciales de la empresa -unos 10-, realizan las mismas funciones que el actor pero utilizan vehículos de empresa para sus desplazamientos. Ni en el contrato eventual por circunstancias de la producción de fecha 1-10-01, ni en su conversión a contrato indefinido a tiempo completo de 1-8-04 suscrito entre las partes se estipuló ningún objetivo mínimo. TERCERO.- El demandante fue sancionado por la empresa INMOCABA, SL, el 31-10-06, por desobediencia, alcanzándose un acuerdo conciliatorio en fecha 18-4-07 ante el Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad, y, obrando tanto la carta de sanción como la conciliación judicial unidos a los presentes autos se dan por íntegramente reproducidos. CUARTO.- El actor estuvo de baja por enfermedad común, con el diagnóstico de "trastorno depresivo no clasificado", desde el 14-3-06 hasta el

11-9-06, fecha del alta médica y de nuevo padeció un segundo periodo de baja por enfermedad común desde el 29-9-06 hasta el 27-10-06, con el diagnóstico de "reacción de adaptación". QUINTO.- Que el actor sufrió un accidente de tráfico el 19-10-06, presentando síndrome de latigazo cervical y mareos, así como dolor en la ingle derecha y torsión en el pie derecho. SEXTO.- Que en fecha 30-11-2006, la empresa demandada INMOCABA, SL, procedió al despido del actor mediante la comunicación de la carta de despido disciplinario, fechada el mismo día del tenor literal siguiente: "Sr. Don Luis Manuel : Conforme a lo establecido en el artículo 54 e) del Estatuto de los Trabajadores así como en el artículo 44.3 g) del Convenio Colectivo para la Gestión y Mediación Inmobiliaria y en ejercicio del poder disciplinario que asiste al empresario, le comunicamos por medio de la presente nuestra decisión de DESPEDIRLE DE ESTA EMPRESA, tal extinción contractual que tiene efecto desde el día de hoy, se debe a la disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo normal o pactado y se fundamenta en los siguientes hechos: El pasado día 3 de noviembre de 2006 (viernes) se le encomendó la realización de sus funciones de comercial, localizando y captando números de teléfono de aquellas viviendas que expusiesen carteles anunciando la venta de dichos inmuebles, en los Acantilados de Los Gigantes. Al término de su jornada diaria, como es habitual, usted debe de entregar en nuestra inmobiliaria (sita en la calle San Agustín, 76 -Edf. Cristina-local 1ª en San Agustín (Los Realejos) el parte de trabajo diario firmado. En este parte se detallan las incidencias habidas así como los números de teléfono recogidos durante la jornada correspondiente. Según nuestras instrucciones, usted debía desplazarse en línea regular de autobús de la empresa TITSA a dicha localidad y regresar en el autobús de esa misma línea a las 19,15 horas. Durante ese tiempo debía usted desempeñar la función antes detallada. Sin embargo según consta a esta empresa usted llegó a los Gigantes a las 12:20 horas y desde las 15:55 horas de ese día permaneció sentado en la parada de autobús de los Acantilados de Los Gigantes sin realizar ninguna actividad, regresando a la inmobiliaria en el autobús de las 17:20 horas. Por tanto, permaneció usted tan solo 3 horas y 35 minutos desempeñando las tareas propias de su trabajo. Perdiendo 3 horas de trabajo efectivo en esa jornada sin justificación alguna.

El pasado día 8 de noviembre de 2006 (miércoles) se le encomendó a usted la realización de las mismas funciones de comercial expuestas anteriormente, pero en esta ocasión, tales funciones debía de desempeñarlas en el casco del Municipio de La Orotava. Ese día usted, salió de nuestra oficina en Los Realejos y llegó en autobús a la Orotava a las 11:00 horas. Sin embargo a su llegada permaneció 25 minutos en la tienda de comestibles "Coronas" durante 25 minutos comiendo y hablando con la dependienta de dicha tienda así como con varios clientes de esa tienda, posteriormente permanece usted 35 minutos hablando por el teléfono móvil hasta que llega a las 12:00 horas a la Plaza de La Constitución dónde se sienta en los bancos de la misma durante 30 minutos, durante ese espacio de tiempo permanece usted ininterrumpidamente hablando por el móvil. A las 12:30 horas usted acude a una tienda de teléfonos móviles donde permanece 15 minutos para acto seguido salir de la tienda y seguir hablando por el móvil hasta llegar a la estación de autobuses a las 13:00 horas y subirse al autobús hacia la inmobiliaria a las 13:15. Por lo tanto usted esa mañana prácticamente no desempeñó su trabajo. Además ese mismo día por la tarde, en su destino en Santa Cruz de Tenerife usted no recogió ningún número de teléfono. El pasado día 10 de noviembre de 2006 (viernes) se le encomendó el desempeño de las mismas funciones ya descritas, en esta ocasión debía acudir a realizar su trabajo al Municipio del Puerto de la Cruz. Usted llegó a la Estación de Autobuses de este Municipio a las 17,35 horas, desplazándose a las oficinas de la empresa "El Baúl" de la C/ La Hoya y donde permaneció hablando con una empleada de esa empresa durante 1 hora y 25 minutos, donde incluso estuvo leyendo el periódico. A las 19:10 salió de ese local directamente hacia la Estación de Autobuses donde subió a las 19:25 horas al autobús que le debía llevar a la inmobiliaria. En esta ocasión usted no desempeñó en ningún momento ninguna de las funciones propias de su trabajo, perdiendo incluso el tiempo en permanecer injustificadamente en otro negocio en el que usted no tiene encomendado ni autorizado acudir. El pasado día 16 de noviembre de 2006 (jueves) se le encomendó el desempeño de las mismas funciones nuevamente en el Puerto de la Cruz. Usted llegó a ese Municipio a las 17:15 horas y fue directamente a las oficinas que la empresa El Baúl tiene en la C/La Hoya donde permaneció durante 1 hora, ello pese a que, como

hemos indicado, usted no está autorizado a acudir. Durante ese tiempo usted incluso ayudó a la empleada de esa empresa al mantenimiento de las instalaciones de la empresa (ayudando a recoger el toldo del negocio, a quitar el agua del mismo). A las 18:15 horas salió usted de este negocio y tras permanecer hablando en



la calle con una señora fue directamente a la estación de autobuses donde cogió el autobús de las 18:30 horas salió usted de este negocio y tras permanecer hablando en la calle con una señora fue directamente a la estación de autobuses donde cogió el autobús de las 18:30 horas rumbo a la Inmobiliaria. Ese día por tanto no realizó en ningún momento el trabajo que se le tiene encomendado. Ese día usted no recogió ningún número de teléfono. El pasado día 28 de noviembre se le encomendó el desempeño de sus funciones nuevamente en el Puerto de la Cruz, para ello debía coger el autobús de línea regular de TITSA número 353 a las 17:25 horas. Sin embargo, pese a estar usted en la parada a la llegada de ese autobús las 17:25 horas, no sube a él, sino que lo deja pasar y sube a las 17:45 en el autobús número 363 en dirección al barrio de La Vera. Allí tan solo realiza su trabajo durante 1 hora llegando a la estación de autobuses a las 18:45 horas y regresando de nuevo a la inmobiliaria. Por tanto ese día tan solo realizó las funciones que tiene encomendadas durante 1 hora. Como usted sabe su jornada laboral es de horario partido de 9 a 13 horas o 10 a 14 horas en la mañana y de 16 a 19 horas o 17 a 20 horas en la tarde, por lo tanto no encuentra justificación alguna su actitud de desatender durante largos periodos de tiempo el desempeño de su trabajo, así como tampoco el que usted acuda durante largos periodos de tiempo en su jornada de trabajo a un negocio ajeno a nuestra empresa y al que usted no está autorizado a acudir ni mucho menos a permanecer durante tiempo destinado al desempeño su trabajo. Su bajo rendimiento se manifiesta no sólo por los hechos antes descritos sino también por la traducción que estos tienen el evidente descenso de números de teléfono por usted recogidos en este mes respecto al mes de septiembre (durante el mes de octubre permaneció usted en situación de incapacidad temporal casi todo el mes, tan sólo trabajó dos días y captó sólo dos números de teléfono). Pues si bien en el mes de septiembre, en los que trabajó 16 días usted recogió 210 números de teléfono de distintas propiedades en venta, lo cierto es que el mes de

noviembre, trabajando 22 días tan sólo recogió usted 152 números de teléfono. Pero es que además entre esos 152 números de teléfono se encuentran bastantes números que usted ya había recogido en ocasiones anteriores, habiendo días como los días 8, 14 y 16 de noviembre donde usted no recogió ningún número durante la jornada laboral. Esta disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de su trabajo, están tipificados como falta muy grave en el ya referido Convenio Colectivo de aplicación a esta empresa (artículo 44.3 g ) siendo la sanción prevista para los mismos la del DESPIDO DISCIPLINARIO, (artículo 451.C) del Convenio, que lamentamos comunicarle, por ello le instamos a que firme la presente por duplicado y en cada una de las hojas de este escrito. Igualmente le ponemos en su conocimiento que tiene a su disposición en esta empresa el saldo y finiquito que le corresponde". SÉPTIMO.- El día 3 de noviembre el actor se desplazó por razón de su trabajo de comercial a los Acatilados de los Gigantes. A las 11:00 subió en el autobús y llegó a los Gigantes a las 12:20 horas y durante un tiempo de alrededor de 35 minutos, que no se pudo concretar de ese día, permaneció sentado en la parada de autobús de los Acatilados de Los Gigantes sin realizar ninguna actividad, hasta que regresó a la inmobiliaria en el autobús de las 17:20 horas. OCTAVO.- El día 8 de noviembre se le encomendó la realización de las mismas funciones de comercial en el casco del Municipio de La Orotava. Ese día llegó en autobús a la Orotava a las 11:00 horas. A su llegada permaneció 25 minutos en la tienda de comestibles "Coronas", posteriormente estuvo 35 minutos hablando por el teléfono móvil hasta que llega a las 12:00 horas a la Plaza de La Constitución dónde se sienta en los bancos de la misma durante 30 minutos, durante ese espacio de tiempo permaneció hablando por el móvil. A las 12:30 horas acudió a una tienda de teléfonos móviles donde permaneció 15 minutos. A continuación estuvo recogiendo números de teléfonos de propiedades, hasta llegar a la estación de autobuses a las 13:00 horas y subirse al autobús hacia la inmobiliaria a las 13:15. NOVENO.- El día 10 de noviembre acudió a realizar su trabajo al Municipio del Puerto de la Cruz. Llegó a la Estación de Autobuses de este Municipio a las 17,35 horas, desplazándose a las oficinas de la empresa "El Baúl" de la C/ La Hoya, dedicada a la compraventa y alquiler de inmuebles y donde permaneció durante 1 hora y 25 minutos, examinando

posibles propiedades de interés para la empleadora. A las 19:10 salió de ese local directamente hacia la Estación de Autobuses subiendo a las 19:25 horas al autobús. En la ficha de captación de ese día referido al Municipio de La Victoria, aparecen 7 inmuebles. DÉCIMO.- El día 16 de noviembre se le encomendó el desempeño de sus funciones nuevamente en el Puerto de la Cruz. El actor llegó a ese Municipio a las 17:15 horas y fue directamente a las oficinas que la empresa El Baúl tiene en la C/La Hoya donde permaneció durante 1 hora. Durante ese tiempo el demandante ayudó a recoger el toldo del negocio y a quitar el agua del mismo puesto que dicho día estaba lloviendo. A las 18:15 horas salió del y fue directamente a la estación de autobuses donde cogió el autobús de las 18:30 horas. En la ficha de captación de ese día referido al Municipio de La Orotava, aparecen 7 inmuebles. UNDÉCIMO.- El día 28 de noviembre se le encomendó el desempeño de sus funciones nuevamente en el Puerto de la Cruz. Pese a estar en la parada de autobuses de Los Realejos a la llegada del autobús de las 17:25 horas, no sube a él, sino que lo deja pasar y sube a las 17:45 en el autobús número 363 en dirección al barrio de La Vera. Allí el actor estuvo caminando al tiempo que copia números de las casas que presentan carteles de "se vende" o "se alquila" llegando a la estación de autobuses a las 18:45 horas y regresando de nuevo a la inmobiliaria. En la ficha de captación de ese día referido al Municipio de Garachico,



aparecen 4 inmuebles. DUODÉCIMO.- En el mes de septiembre, en los que el actor trabajó 16 días recogió 210 números de teléfono de distintas propiedades en venta. En el mes de noviembre, trabajando 22 días, el actor recogió 152 números de teléfono, algunos de los cuales ya se habían recogido en ocasiones anteriores. DÉCIMO TERCERO.- La empresa demandada INMOCABA, SL, encargó a una agencia de investigación privada que comprobara las sospechas de la empresa empleadora de que el actor no cumplía con las funciones encomendadas en su actividad laboral, siendo sometido a vigilancia los días, 3, 8, 10, 16 y 28 de noviembre de 2006 con el resultado descrito en los hechos probados 7º a 11º de esta resolución. DÉCIMO CUARTO.- Con fecha 21 de diciembre de 2006 se presentó papeleta de conciliación ante el servicio administrativo competente, celebrándose el acto conciliatorio el día 11 de enero de 2007, terminando con el resultado de "sin avenencia". El día 11 de enero se presentó ante

el Decanato la demanda rectora de autos.

TERCERO.- La sentencia de instancia contiene el siguiente fallo:

Que estimando la demanda debo declarar y declaro improcedente el despido de D. Luis Manuel , que le fue impuesto en fecha 30-11-2006 y en consecuencia debo condenar y condeno a la empresa INMOCABA, SL, a que a su elección que deberá ejercitar en el plazo de cinco días siguientes a partir de la notificación de la presente sentencia, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado, proceda a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o al abono de la indemnización de 6.169,24 euros; debiendo abonar además, en cualquier caso, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución en la cuantía diaria de 26,53 euros.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la empresa demandada, siendo impugnado de contrario. Remitidos los autos a esta Sala se señaló fecha para la votación y fallo de la resolución 31 de enero de 2008, habiéndose cumplido con las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la pretensión ejercitada por el actor, D. Luis Manuel , trabajador que ha venido prestando servicios para la empresa demandada, "INMOCABA, SL", desde el día 1 de octubre de 2001 con la categoría profesional de Comercial, considerando improcedente el despido disciplinario del que fuera objeto el día 30 de noviembre de 2006, por no haber quedado acreditados los incumplimientos contractuales atribuidos al mismo en la comunicación escrita de despido (disminución continuada y voluntaria de su rendimiento laboral). Frente a la misma se alza la empresa demandada mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de un motivo de revisión fáctica y otro de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia de instancia, sean desestimados todos y cada uno de los pedimentos articulados por el actor en su demanda .

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral solicita la empresa demandada la modificación del relato de hechos declarados probados por el Magistrado de instancia con la finalidad de sustituir la actual redacción del ordinal séptimo, expresivo de los incumplimientos contractuales atribuidos al actor en la carta de despido, por la siguiente:

"El día 3 de noviembre el actor se desplazó por razón de su trabajo de comercial a los Acantilados de Los Gigantes donde debía realizar su trabajo y regresar en el autobús de las 19,45 horas. A las 11,00 horas subió en el autobús y llegó a Los Gigantes a las 12,20 horas y desde las 15,55 horas permaneció sentado en la parada del autobús sin hacer nada hasta las 17,25 horas en las que subió al mismo. Ese día trabajó solo 1 hora y permaneció sentado en la parada del autobús durante 1 hora y 55 minutos".

Basa su pretensión revisoria en el informe emitido por el detective privado contratado por la empresa demandada, que obra sin foliar en las actuaciones.

Con carácter previo, la Sala, a la vista de la fundamentación del recurso, realizará las siguientes precisiones. Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

- a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;
- b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho la "prueba negativa", consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de





forma suficiente ( sentencias del Tribunal Supremo 14 de enero , 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986 ) y sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1990 : "...sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...");

c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y,

f) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Hechas las anteriores aclaraciones, teniendo en cuenta que el informe del detective privado cuyos servicios contrató la empresa demandada solo puede ser considerado como prueba testifical documentada, a los efectos que ahora nos ocupan, la Sala entiende que el motivo planteado merece ser rechazado, pues la prueba testifical (al igual que ocurre con la de confesión judicial, interrogatorio de las partes en la dicción empleada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil) no puede fundamentar la revisión de los hechos probados en el recurso extraordinario de suplicación, aunque el resultado de la misma se encuentre documentado en el acta del juicio oral (dado que ésta, además, no merece la consideración de documento a efectos de sostener la pretensión de revisión fáctica, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, sentencias de 6 , 16 y 22 de mayo de 1990 ).

En consecuencia, quedan los hechos probados firmes e inalterados.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la empresa recurrente la infracción del artículo 54 párrafo 2º letra e) del Estatuto de los Trabajadores . Argumenta en su discurso impugnatorio, en esencia, que habiéndose hecho patente a lo largo del presente procedimiento que el actor no realizaba diligentemente las tareas propias de su categoría profesional, de forma que en el mes de septiembre de 2006 (en el que solo trabajó dieciséis días) obtuvo la cifra de 210 números de teléfono de contacto, todos ellos diferentes, y en el mes de noviembre del mismo año (en el que trabajó veintidós días) solo obtuvo 152 números de teléfono, algunos de ellos repetidos, ha quedado acreditada la existencia de una disminución continuada y voluntaria de su rendimiento laboral que permite calificar como procedente su despido disciplinario.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 54 párrafo 2º letra e) del Estatuto de los Trabajadores , se considerará incumplimiento contractual:

"La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado".

En la interpretación de dicho precepto la doctrina jurisprudencial ha venido a señalar que para apreciar la existencia de bajo rendimiento, como causa de resolución del contrato de trabajo, es necesario que concurren las notas de voluntariedad o intencionalidad del sujeto, así como las de reiteración y continuidad ( sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 1983 ).

La voluntariedad viene a ser muestra de la culpabilidad de la conducta incumplidora y supone un comportamiento del trabajador destinado a originar un perjuicio a la empresa y, en ningún caso puede presumirse, sino que debe ser probada ( sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1989 ). El carácter voluntario queda excluido cuando el rendimiento del trabajador desciende pero por motivos ajenos al mismo, como pudieran serlo, entre otros, defectos en la organización productiva dispuesta por el empresario.

Por otra parte, la continuidad en la disminución del rendimiento viene a ser la expresión de la gravedad del incumplimiento, e implica la prolongación en el tiempo, no bastando descensos esporádicos o de corta duración del rendimiento del trabajador ( sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1989 y 13 de febrero y 23 de marzo de 1990 ).

Además, la disminución del rendimiento ha de producirse sobre el normal o pactado, lo que hace necesario establecer un término de comparación para comprobar la existencia o no de una disminución del mismo. Conforme se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1990 , dichos parámetros puede ser objetivos (el rendimiento logrado por los trabajadores que realizan la misma actividad, el rendimiento del trabajador medio de la profesión...) o subjetivos (el rendimiento anterior del propio trabajador).



En todo caso, corresponde al empresario acreditar que en la disminución del rendimiento del trabajador se dan las notas de gravedad y voluntariedad exigibles, así como la existencia del parámetro comparativo que sirva de referencia para sostener que se ha de producir la disminución del rendimiento, de forma que no procede el despido si el periodo de comparación es muy limitado o faltan los datos que puedan servir de elementos comparativos.

Para una adecuada comprensión del debate planteado partiremos de los siguientes datos, contenidos todos ellos en la inalterada resultancia de hechos probados: - a) el actor era trabajador (Comercial) de la empresa "INMOCABA, SL", dedicada a la actividad de la intermediación inmobiliaria desde el día 1 de octubre de 2001 (hecho probado primero); - b) la jornada laboral del actor era de ocho horas diarias, distribuidas entre las 9 o 10 horas y las 13 o 14 horas por la mañana y entre las 16 o 17 horas y las 19 o 20 horas por la tarde (hecho probado segundo); - c) el día 3 de noviembre el actor se desplazó por razón de su trabajo a los Acantilados de los Gigantes en autobús y durante un tiempo de alrededor de treinta y cinco minutos permaneció sentado en la parada del autobús sin realizar ninguna actividad (hecho probado séptimo); -d) el día 8 de noviembre se desplazó a La Orotava también en autobús, a su llegada permaneció veinticinco minutos en la tienda de comestibles "Coronas" y posteriormente estuvo treinta y cinco minutos hablando por teléfono móvil en la Plaza de La Constitución, luego entró en una tienda de teléfonos móviles, en la que permaneció durante quince minutos (hecho probado octavo); -e) el día 10 de noviembre fue comisionado para realizar su trabajo al Puerto de la Cruz, acudiendo a las oficinas de la empresa "El Baúl" donde permaneció durante una hora y veinticinco minutos, examinando posibles propiedades de interés para la empleadora (hecho probado noveno); -f) el día 16 de noviembre se desplazó igualmente al Puerto de la Cruz entrando de nuevo en las oficinas de la empresa "El Baúl", donde permaneció durante una hora (hecho probado décimo); - g) el día 28 de noviembre volvió a desplazarse por los mismos medios al Puerto de la Cruz, previamente permaneció en la parada de autobuses de Los Realejos sin hacer nada veinte minutos (hecho probado décimo primero); -h) en el mes de septiembre, en el que el actor trabajó dieciséis días, recogió 210 números de teléfono de distintas propiedades en venta, mientras que en el mes de noviembre, en el que trabajó veintidós días, recogió 152 números de teléfono, algunos de los cuales ya se habían recogido en ocasiones anteriores (hecho probado décimo segundo).

Como acertadamente entiende el Magistrado de instancia a la vista de tales datos, necesariamente se llega a las siguientes conclusiones:

que el actor, a la hora de desarrollar sus cometidos profesionales como Comercial, cumplía órdenes expresas y precisas de la empresa (rutas, autobuses, horarios, etc.);

que la empresa no ha acreditado cual es el rendimiento normal de un Comercial del sector o de la propia empresa;

que el periodo de tiempo al que se refiere la comparación del rendimiento profesional del actor no es suficientemente significativo como para denotar una disminución continuada del mismo (escasamente dos meses);

que el único dato comparativo objetivamente fijado en el presente juicio es el de los números de teléfono captados por el actor, que ascendió a 210 en dieciséis días del mes de septiembre y a 152 en veintidós días del mes de noviembre, el cual, en atención a las circunstancias reflejadas en los dos párrafos anteriores, resulta absolutamente irrelevante a los efectos que ahora nos ocupan.

Así las cosas, habiéndose limitado la empresa "INMOCABA, SL" a imputar al Sr. Luis Manuel un bajo rendimiento genérico, sin acreditar una disminución concreta del mismo ni el rendimiento previo que permita la comparación, el despido disciplinario operado el día 31 de noviembre de 2006, al no fundamentarse en causa hábil prevista legalmente, ha de ser conceptuado como improcedente, con todos los efectos inherentes a tal declaración.

Todo lo expuesto conduce a la Sala, al haberlo entendido así el Magistrado de Instancia, a la desestimación del motivo de censura jurídica y, por su efecto, a la del recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada debiendo ser confirmada la sentencia combatida en todos sus pronunciamientos.

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en los artículos 202 y 233 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede hacer los pronunciamientos pertinentes respecto del depósito efectuado para recurrir, del aseguramiento de la cantidad objeto de condena y de las costas causadas en el presente recurso.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

## FALLO



Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "INMOCABA, SL" contra la sentencia de fecha 21 de junio de 2007, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 2 de los de Santa Cruz de Tenerife en los autos de juicio 44/2007, la cual confirmamos íntegramente.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino previsto legalmente.

Se mantiene el aseguramiento de la cantidad objeto de la condena para ser realizado, en su caso, en ejecución de sentencia.

Se condena en costas a la parte recurrente, la empresa "INMOCABA, SL", incluyéndose los honorarios del Letrado de la parte recurrida e impugnante, los cuales se estiman en 300 €.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y al Ministerio Fiscal.

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 a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO cuenta número: 3777/0000660842/07 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 consistiere 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 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 € en la entidad de crédito de BANESTO cuenta corriente número 2410000066 0842/07, Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón de 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 juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la lltmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.