

# Documento TOL6.927.452

## Jurisprudencia

**Cabecera:** Accidente laboral. Despido disciplinario. Readmision del trabajador

La demandante afirma que fue objeto de un despido nulo, pues tiene la decisión empresarial por represalia ante las reclamaciones formuladas con motivo del **accidente de trabajo** que sufrió en el año 2016, desencadenante de una conflictividad laboral desde la que la empresa vulnera el derecho a la salud, el derecho a la tutela judicial efectiva y a no ser discriminado ( para así decir trae a colación los artículos 14, 15 y 24 constitucion española, 4 ley del estatuto de los trabajadores ).

Sostiene que la empresa incurre en fraude de ley y abuso del derecho al elegir la sanción de despido, sin previa advertencia por su parte del alegado descenso de productividad en el trabajador, un trabajador con capacidad funcional limitada por las secuelas derivadas del **accidente de trabajo**, hacía el que de estimar con certeza que mermaba el rendimiento laboral, debería procurar un puesto compatible con su estado de salud o acudir al despido objetivo del artículo 52. a ley del estatuto de los trabajadores.

PROCESAL: Capacidad jurídica. Fraude de ley. Abuso de derecho

**Jurisdicción:** Social

**Ponente:** [CATALINA ORDOÑEZ DIAZ](#)

**Origen:** Juzgado de lo Social

**Fecha:** 22/08/2018

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Tercera

**Número Sentencia:** 273/2018

**Número Recurso:** 210/2018

**Numroj:** SJSO 5614:2018

**Ecli:** ES:JSO:2018:5614

**ENCABEZAMIENTO:**

**JDO. DE LO SOCIAL N. 3**

**GIJON**

**SENTENCIA: 00273/2018**

**DEMANDA 210/2018**

En Gijón a 22 de agosto de 2018

En nombre del REY, la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, doña CATALINA ORDÓÑEZ DÍAS, ha dictado esta **SENTENCIA** en materia de **DESPIDO/DERECHOS FUNDAMENTALES**

Demandante don Pablo/Letrado don Rafael Velasco Rodríguez

Demandados:

MALAQUÍAS MORALES SA/Letrado don José Ignacio Rodríguez Vijande

FOGASA

MINISTERIO FISCAL

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

**PRIMERO.-** El demandante presentó demanda el 11/4/2018 en solicitud de juicio y sentencia que declare la nulidad/improcedencia del despido de 5/3/2018, con condena de la demandada a las consecuencias legales que de ello se derivan, a las que añade petición de condena al pago de una indemnización de 4.000€ por los daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales y condena en costas vía artículo 97.3 LRJS.

**SEGUNDO.-** Se celebró juicio el 27/6/2018 con asistencia del demandante y de la empresa demandada.

La parte actora ratificó la demanda.

La demandada contestó y se opuso a la demanda.

Se incorporó la prueba documental aportada. La demandada propuso prueba testifical a cargo de don Secundino, Gerente de la empresa y con facultades de representación de la misma, razón por la que no se admitió la prueba, que desvirtuaría lo que constituye interrogatorio de parte a instancia de la propia interesada y proponente.

En conclusiones cada parte insistió en sus respectivos planteamientos.

**TERCERO.-** Los autos quedaron vistos para sentencia el día mismo día del juicio.

**PRIMERO.-** Don Pablo inició relación laboral con Malaquías Morales SA el 20/04/2015.

Prestó servicios a jornada completa, en tareas de preparación de pedidos para clientes y para otros establecimientos de la empleadora, con la categoría profesional de Especialista-Operario de almacén.

**SEGUNDO.-** Recibía retribución (doce pagas anuales y tres extraordinarias), que al mes de marzo de 2018 ascendía a 894,47€ mes (36,76€ día).

En el año 2009 la Dirección de la empresa y el Comité de Empresa firmaron un acuerdo en materia de horas extraordinarias, premios por incentivos a la producción, asistencia y puntualidad. Estos premios los abonaría la empresa con carácter discrecional, a aquellos trabajadores cuya productividad fuera igual o similar, a la media de producción de los demás trabajadores que realicen su misma tarea, incluyéndolos en la nómina mensual correspondiente; ello, según un sistema que determinaría la empresa conforme a criterios objetivos, en función de las tareas, la responsabilidad en el trabajo a desarrollar, la antigüedad, el sueldo del trabajador, centro de trabajo, duración de la jornada, etc.

El trabajador vio incluida la partida de "incentivos" y otra de "prima", en cuantía variable la primera, y de 116€ mes completo la segunda, en los meses de julio a diciembre de 2015. En el mes de octubre también recibía una partida de 283,65 € por el concepto de "actividad".

En el año 2016 recibió en nómina incentivos (en cuantía variable) y prima (116€ mes completo), de enero a mayo. En el mes de enero también recibió la cifra de 18,52€ por el concepto de gratificación extraordinaria.

A partir del mes de mayo de 2016 la retribución solo incluyó el concepto de salario base y pagas extraordinarias.

**TERCERO.-** El 17/05/2016 el Sr. Pablo sufrió un accidente cuando manipulaba un equipo de trabajo, que le supuso aplastamiento de la extremidad inferior izquierda, herida y hematoma.

El accidente de trabajo fue la causa de un proceso de incapacidad temporal, que se extendió de 17/05/2016 a 14/10/2016.

**CUARTO.-** Con motivo del accidente de trabajo la Inspección de Trabajo levantó Acta de infracción, al considerar que la empresa había incurrido en infracción de normas en materia de seguridad y salud laboral. El Acta generó resolución de la Consejería de Empleo del Principado de Asturias que, apreciando las infracciones normativas anotadas por la Inspección de Trabajo, impuso sanción pecuniaria a la empresa.

La empleadora presentó demanda frente a la Administración del Principado de Asturias y sentencia dictada el 31/01/2018 confirmó la sanción al apreciar infracción de la normativa en materia de seguridad en lo relativo a la formación del trabajador accidentado, si bien rebaja el importe de la misma a 2.046€.

**QUINTO.-** El Acta de Infracción levantada por la Inspección de Trabajo dio lugar a resolución de la Dirección Provincial del INSS, que impuso a la empresa un recargo del 40% sobre las prestaciones económicas derivadas para el trabajador del accidente de trabajo.

La empresa formuló demanda, que lleva fecha 09/01/2018, frente al INSS/TGSS y el trabajador, en solicitud de sentencia que revoque la resolución de imposición del recargo de prestaciones.

En la demanda la empresa, entre otras afirmaciones, manifiesta que: (1) la Inspección de Trabajo entendió que la empresa había incumplido normas de seguridad e higiene, y que como consecuencia de las mismas, se había producido el accidente, con propuesta de sanción que fue ratificada posteriormente; (2) el acta de infracción pone de manifiesto una afirmación a todas luces anómala, al señalar que la empresa no puede ampararse en la imprudencia del trabajador (imprudencia que, por tanto, es reconocida de forma expresa por la propia inspectora actuante), sino en la velocidad de manejo de los equipos (...) obviando por tanto algo tan evidente como que, en todo caso, si los trabajadores manejan las carretillas con "bastante velocidad", es imprudencia exclusiva de ellos, salvo que se pretenda por parte de la Inspección que la empresa tenga a una persona encargada de forma permanente de controlar la velocidad de manejo de las carretillas; (3) se aportaron documentos acreditativos de la formación e información proporcionada al trabajador accidentado, sobre la forma de trabajo y el modo de empleo de la plataforma; (4) ninguna culpa ha tenido la empresa en la causación del accidente; (5) son numerosas las sentencias que recogen que no es imputable el recargo de prestaciones a la empresa en aquellos supuestos en los que el trabajador actúa de forma imprudente.

**SEXTO.-** El 30/12/2016 la empresa pone en conocimiento del Comité de Empresa que como quiera que con motivo del accidente de trabajo que había sufrido el Sr. Pablo, la Inspección de Trabajo ponía en relación el incentivo como partida retributiva con la mayor velocidad y menor seguridad en la ejecución del trabajo, sin evaluación si quiera del riesgo que ello entrañaba, hasta tener evaluado el riesgo y contar con la aprobación de la Inspección de Trabajo, suprimía los incentivos.

**SÉPTIMO.-** Tras el alta del Sr. Pablo en el proceso de incapacidad temporal de 17/05/2016 se tramitó expediente administrativo de valoración de secuelas, que terminó en resolución del INSS sobre lesiones permanente no invalidantes.

El trabajador presentó demanda el 06/07/2017 frente a INSS/TGSS, la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales Ibermutuamur y frente a Malaquías Morales SA, en solicitud de sentencia que le reconozca en incapacidad permanente parcial; subsidiariamente, que valore en mayor importe la indemnización por lesiones permanentes no invalidantes.

La demanda dio lugar a sentencia de 26/12/2017, en la que se razona que al margen del dolor puesto de manifiesto, no se objetivan limitaciones funcionales que afecten al demandante en su trabajo. Valorando el dolor más las cicatrices se estima en más el importe de la indemnización por las secuelas no invalidantes, que se fija en 1.800€.

**OCTAVO.-** El 14/09/2017 el trabajador iniciaba un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común, bajo el diagnóstico de "dolor en pierna izquierda". Fue alta el 18/12/2017.

Presentó demanda frente a INSS/TGSS, Mutua Ibermutuamur y Malaquías Morales SA, en solicitud del cambio de la contingencia a accidente de trabajo, que dio lugar a sentencia desestimatoria de 06/06/2018.

**NOVENO.-** Tras el alta de 18/12/2017 el trabajador pasó a disfrutar vacaciones pendientes de ese año y se incorporó a la actividad laboral el 05/01/2018.

El mismo 05/01/2018 presenta escrito (fechado el día 2) en la empresa advirtiendo que no había recibido la cesta de Navidad ni el décimo de lotería correspondiente a 2017 y solicita la entrega.

El mismo día 5 de enero la empresa responde por escrito que la entrega de esas atenciones sociales son discrecionales de la empresa, no obligada a ello por ninguna normativa laboral; que la entrega se realiza al personal que la empresa considera oportuno y en función del criterio de la Dirección.

En el año 2009 una trabajadora había reclamado vía demanda judicial la entrega de la cesta de Navidad y el billete de lotería. En la contestación a la demanda la empresa alegaba que no había entregado la cesta de Navidad por la baja productividad de la trabajadora. La demanda concluyó en sentencia que al tiempo que admitía que la no entrega de la cesta de Navidad y el billete de lotería traía causa del bajo rendimiento laboral de la trabajadora, declaraba que esos premios tienen carácter voluntario, lo que impedía estimar vulnerado el principio de igualdad, al no resultar exigible dispensar igual trato a situaciones diferentes que merecen tratos diferenciados, trabajadores que alcanzan o no el nivel de rendimiento exigible según los casos, merecedores o no a juicio de la empresa de esos premios vinculados a la productividad.

**DÉCIMO.-** El Sr. Pablo trabajó los días 5, 8 a 12, 15 a 19, 22 a 26, 29, 30 y 31 de enero de 2018.

Por cada día de trabajo cubrió un parte de trabajo, en el que especificó el número de bultos y unidades preparados para cash, número de bultos y unidades para pedidos, en jornada de mañana/tarde, tiempo separado (horas y minutos) invertido en preparación cash y en preparación pedidos, tiempo total (en ambas preparaciones) y el tiempo invertido en realizar otros trabajos "varios".

La empresa convierte las unidades en bultos dividiendo entre 2,5 el total de unidades preparadas.

El 05/01/2018 el trabajador preparó 348 bultos y 589 unidades en un total de 8 horas.

En la semana del 8 al 12 (lunes a viernes), el trabajador preparó 1.248 bultos y 1.289 unidades, en un total de 22 horas y 30 minutos.

En la semana del 15 al 19 preparó 1.446 bultos y 1.682 unidades, en un total de 21 horas.

En la semana del 22 al 26 preparó 1.325 bultos y 945 unidades, en un total de 20 horas.

Del 29 al 31 de enero (a.i.) preparó 793 bultos y 1.018 unidades, en un total de 13 horas y 30 minutos.

**UNDÉCIMO.-** El 09/02/2018 la empresa entrega al trabajador comunicación escrita de que para dar cumplimiento al art. 68 del Estatuto de los Trabajadores abría expediente disciplinario y le concedía 10 días para que presentase las alegaciones que considerase pertinentes.

En la comunicación le hacía saber que

1º.- Desde su incorporación el 19 de diciembre había descendido considerablemente su rendimiento en relación con la producción que venía realizando con anterioridad y, también, comparada con el trabajo de los compañeros que ejecutan esas mismas tareas.

2º.- La producción en preparación de pedidos en enero de 2018 es un 45,77% inferior a la que realizó en enero de 2016 y un 31,42% menor a la del mes de enero de 2017.

3º.- La producción de enero de 2018 es un 44,78% menor que la de sus compañeros que ese mismo mes hicieron igual trabajo.

4º.- No existe causa o impedimento que motive el descenso de la producción. La falta de rendimiento es voluntaria.

5º.- La falta voluntaria de rendimiento es constitutiva de falta grave del artículo 54.5 del Convenio colectivo del sector de mayoristas de alimentación del Principado de Asturias, pudiendo llegar a ser muy grave por su carácter reiterativo.

El trabajador presentó alegaciones de descargo.

**DÉCIMOSEGUNDO.-** El 05/03/2018 la empresa entrega al trabajador comunicación escrita de despido disciplinario, con efectos desde esa fecha.

Reitera el contenido de la comunicación primera entregada al trabajador para alegaciones al expediente disciplinario, y añade que:

1º.- En enero de 2018 preparó 82,88 bulto/hora, frente a los 120,86 del mismo mes del año 2017 y los 152,85 del mes de enero de 2016.

2º.- Sus alegaciones no desvirtúan lo apreciado por la empresa, como tampoco las dolencias a las que se refiere, dado que ha podido comprobar que en el periodo enero-mayo 2016, antes de que acaeciera el accidente de trabajo, había alcanzado una media de preparación de 158,288 bultos/hora, y en el periodo 14 de octubre a 31 de diciembre de 2016, tras el proceso de incapacidad temporal, había registrado 158,87 bultos/hora, lo que demostraba que incluso su capacidad había aumentado ligeramente y ello contradice su versión sobre supuesta incapacidad para trabajar.

3º.- Muestra del descenso voluntario en su rendimiento es que terminó el año 2017 con un rendimiento de 115,05 bultos por hora y todos los informes médicos y peritajes realizados descartan secuelas que le impidan realizar su trabajo con normalidad.

4º.- En este momento su rendimiento es de 84,69 bultos por hora.

Califica los hechos de incumplimiento grave del artículo 54.1e) del Estatuto de los Trabajadores, que considera como tal la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado.

**DÉCIMOTERCERO.-** El trabajador presentó papeleta de conciliación en el UMAC por despido. Se celebró la conciliación el 04/04/2018 sin avenencia con asistencia de conciliante y conciliada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERO.-** La demandante afirma que fue objeto de un despido nulo, pues tiene la decisión empresarial por represalia ante las reclamaciones formuladas con motivo del accidente de trabajo que sufrió en el año 2016, desencadenante de una conflictividad laboral desde la que la empresa vulnera el derecho a la salud, el derecho a la tutela judicial efectiva y a no ser discriminado (para así decir trae a colación los artículos 14, 15 y 24 CE, 4 ET). Afirma que la demandada no tiene causa para el despido, que lo precede de un aparente, innecesario e inútil expediente sancionador improcedente, y la explica en base a unos datos arbitrarios no probados sobre productividad comparativa con la propia y con la de otros trabajadores, que no comparte, y sobre los que construye la razón de un alegado descenso voluntario en el rendimiento, que no es real ni es voluntario, ni cabe engarzarlo con datos del año 2017 ni es significativo constreñido como está al mes de enero de 2018. Alega que los hechos no están correctamente calificados, pues no son constitutivos de una falta muy grave, a lo sumo lo serán de falta grave, que no lleva aparejada sanción de despido y que, a más abundar, está prescrita. Sostiene que la empresa incurre en fraude de ley y abuso del derecho al elegir la sanción de despido, sin previa advertencia por su parte del alegado descenso de productividad en el trabajador, un trabajador -dice- con capacidad funcional limitada por las secuelas derivadas del accidente de trabajo, hacía el que de estimar con certeza que mermaba el rendimiento laboral, debería procurar un puesto compatible con su estado de salud o acudir al despido objetivo del artículo 52.a ET. Para caso de que no se estime vulnerados derechos fundamentales en el despido, solicita que se declare la improcedencia de la medida.

La demandada rechaza cuanto alega el demandante y ratifica la comunicación escrita de despido.

La cita de vulneración de derechos fundamentales en la génesis del despido obliga al demandante a aportar indicios de que la decisión empresarial está relacionada con la vulneración de esa clase de derechos o de libertades públicas. La necesidad de que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por su parte de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la dificultad que en ocasiones ofrece la posibilidad de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión del derecho fundamental, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto empresarial.

La prueba indiciaria se articula en un doble plano: (1) la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia, que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión; (2) satisfecha aquella carga por el trabajador, al empresario compete acreditar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada pues, en otro caso, la ausencia de prueba trasciende el ámbito estrictamente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido. A estas reglas se adaptan los artículos 96.1 y 181.2 de la LRJS en materia de carga de la prueba cuando se trata de conocer sobre vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

Aunque la parte demandada niega que existe conflictividad laboral con el demandante, la conflictividad quedó servida con ocasión del accidente de trabajo, dadas las consecuencias que de ello se derivaron para la empresa. Baste al efecto considerar las alegaciones de la demandada en la demanda que en su día presentó frente a la resolución del INSS en materia de recargo de prestaciones, en las que al tiempo que trata de desprenderse de toda responsabilidad en las causas del accidente que apreció la Inspección de Trabajo, apunta directamente al trabajador como responsable del accidente por su mal hacer en el manejo del equipo de trabajo a elevada velocidad, pese al cumplimiento empresarial de todas las obligaciones en materia de seguridad laboral y formación del trabajador en el cometido que realizaba al tiempo de sufrir el accidente. La empresa impugnó las resoluciones administrativas sancionadoras impuestas por el INSS y por la Consejería de Empleo, ésta última sin éxito, pues en sentencia se mantiene la sanción administrativa pecuniaria (aunque en menor importe) por infracción de las medidas de seguridad relacionadas con la deficiente formación del trabajador. Frente a la pertinaz insistencia de la empresa en la inexistencia por su parte de responsabilidad en la causa del accidente, el trabajador litiga frente al INSS y la Mutua colaboradora en materia de prestaciones de Seguridad Social, pero también frente a la empresa, con la pretensión de que se le reconozca determinado grado de incapacidad permanente por accidente de trabajo y de que se modifique la contingencia determinante del proceso de incapacidad temporal de septiembre a diciembre de 2017, para pasar de la enfermedad común al accidente de trabajo, con lo que ello supone de gravamen para la empresa sobre la que pesa un recargo de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de ese accidente. Concorre pues conflictividad y litigiosidad entre las partes, que acompañan al despido.

A los litigios documentados en la prueba aportada y sucintamente descritos en el relato de hechos probados de esta sentencia se añade una reclamación más del trabajador, que tiene que ver con la negativa de la empresa a entregarle la cesta y la lotería de Navidad 2017. El demandante reclamó ante la empresa por escrito tan pronto se incorporó al trabajo el día 5 de enero de 2018 después de disfrutar las vacaciones pendientes tras el alta en el proceso de incapacidad temporal al 18 del mes anterior y la empresa en la misma fecha le negó la cesta y la lotería sin otra explicación más que la de poder obrar en ese sentido tal libremente como considere. Aunque en el acto del juicio la demandada alegaba que nada había reclamado el trabajador sobre ese particular con anterioridad a la comunicación del despido y que contaba con sentencia que reconocía en esos elementos una mera liberalidad de la empresa, la documental aportada da cuenta de que la reclamación fue anterior a la comunicación del despido y la referencia a la sentencia resulta extemporánea, pues la explicación se la debía al trabajador al contestar en sentido denegatorio a la reclamación. La respuesta de la empresa resulta tan arbitraria que no se debe desligar de lo que poco después decidió, esto es, del despido del trabajador.

En consecuencia, asistimos a una decisión de despido precedida de litigios, algunos aún en marcha, bien que promovió la empresa, bien que promovió el trabajador, siempre por las consecuencias que cada cual considera derivadas del accidente de trabajo en su propio y particular perjuicio, que nos sitúan en la antesala del desenlace laboral, de modo que el despido se muestra como la respuesta de castigo que la empresa impone al trabajador por la concurrencia de aquellas consecuencias en todo momento conectadas a un accidente de trabajo. Asistimos, también, a un despido precedido de inmediato de la reclamación del trabajador en materia de determinados beneficios, que la empresa le negó tan pronto recibió la reclamación de manera tan expeditiva e inexplicada que trasluce desdén y se revela como afrenta hacia el trabajador, lo que constituye una manifestación más (como el inmediato despido) de castigo o represalia.

**SEGUNDO.-** La demandada insiste en que el despido es la repuesta empresarial a un incumplimiento grave y culpable del trabajador, que entiende materializado en lo previsto en el artículo 54.1.e) del Estatuto de los Trabajadores (en la comunicación de despido, no así en la comunicación y traslado del expediente disciplinario), una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento. Para dar cumplimiento a la obligación de expresar en la comunicación de despido los hechos en los que basa la medida, en dicho escrito la empresa se refiera a dos hechos: uno, la disminución del rendimiento en el mes de enero de 2018; otro, la disminución del rendimiento llegado ya el mes de diciembre de 2017. Aunque la empresa incide en el mes de enero de 2018, se refiere a la disminución del rendimiento constatada ya en diciembre de 2017 a modo de apoyo de su propio argumento sobre continuidad o tendencia del trabajador, no mera casualidad o puntualidad del acontecimiento.

Aun si se admitiera que la conducta que la empresa imputa al trabajador resulta constitutiva de una falta muy grave, la referencia a cualquier acontecimiento, comportamiento o acto del trabajador anterior en sesenta días a la fecha de comunicación del despido resulta inadmisibile, por cuanto que la infracción estaría prescrita. Tal y como indica el artículo 57 del convenio colectivo de aplicación (convenio colectivo para mayoristas de alimentación del Principado de Asturias), que asume las reglas del ET en la materia, las faltas muy graves prescriben a los sesenta días a contar desde que el empresario tuvo conocimiento de los hechos, en todo caso a los seis meses desde la perpetración. Como quiera que el trabajador había permanecido en incapacidad temporal desde el 14 de septiembre de 2017 y llegado el alta el día 18 de diciembre pasó a disfrutar vacaciones hasta el día 5 de enero, el rendimiento laboral del trabajador al que podía referirse la empresa con aquella cita del año 2017 se remontaba a mediados del mes de septiembre de 2017 y desde entonces había dejado transcurrir el tiempo sin reacción alguna por su parte, una reacción tardía la que comunica al trabajador el día 5 de marzo de 2018. A efectos de prescripción nada aporta la apertura del expediente disciplinario en febrero de 2018, pues no es un trámite necesario en este caso, ni concurría situación como la prevista en el artículo 68 ET de garantía hacia los representantes legales de los trabajadores que la empresa tuviera que observar, pese a que en la comunicación de inicio del expediente y traslado al trabajador la empresa expresamente alude a ese precepto. En cualquier caso, si se tuviera por eficaz la incoación del expediente disciplinario a esos efectos, la infracción estaría igualmente prescrita pues para entonces habían transcurrido en exceso los sesenta días con que contaba la empresa para salir al paso de lo que consideraba una disminución del rendimiento registrada en el año 2017, un año que para el trabajador había terminado en el mes de septiembre en lo que a actividad laboral efectiva se refiere.

Centrada la disminución del rendimiento al mes de enero de 2018, la demandada no da cuenta de ello. Téngase en cuenta que la aludida disminución la estima en términos comparativos, pues la tiene por tal confrontando el número de bultos por hora que prepara el trabajador en el mes de enero de 2018 con el número de bultos por hora que había preparado en los mismos meses del año 2016 y del año 2017, además con el número de bultos por hora que habían preparado en el mes de enero de 2018 los trabajadores con igual cometido. La demandada aporta las hojas o partes de trabajo del demandante del mes de enero, que comienzan el día 5 de ese mes, terminan el día 31 y por semanas completas comprende todos los días de lunes a viernes. Aporta, también, unos listados de bultos por hora que atribuye al demandante en periodos de trabajo anteriores y un listado del mes de enero de 2018 en el que un apartado se refiere a la media de bultos y al número de horas invertido en ello por la plantilla. A excepción de los partes de trabajo de cada día del mes de enero de 2018, esos documentos no dan cuenta de un hecho cierto, son datos elaborados por la parte demandada, que no tienen más valor que el de mera manifestación de parte, pues no hay prueba que permita contrastar la información que la empresa pretende suministrar con esos documentos. Téngase en cuenta que la parte actora en el escrito de

demanda atribuye a la demandada la confección de una carta de despido con datos arbitrarios, desfigurados por la parte a conveniencia y carentes de prueba. La situación no varía en el acto del juicio, pues la demandada confecciona y aporta unos listados que hace coincidir con los porcentajes y los números que incluye en la carta de despido, sin documentación que sirva de soporte para ello, más allá de los partes de trabajo del demandante correspondientes al mes de enero de 2018, unos partes que dan información de la que se extraen resultados distintos a los que indica la parte en el listado de rendimiento del mes de enero de 2018.

Adviértase que en el listado de rendimiento del mes de enero de 2018, el propio y la comparativa con la media obtenida por otros trabajadores, la empresa atribuye al trabajador días de trabajo que no se corresponden con la realidad de la incorporación a la actividad el día 5 de enero de ese año y que la suma de bultos y unidades convertidas a bultos conforme a la fórmula que explicó la demandada, combinada con las horas que figuran (todo ello) en los partes de trabajo del demandante da un resultado distinto al que recoge la empresa en la carta de despido. Tras analizar cada uno de los partes de trabajo se obtuvieron los datos numéricos que se recogen en el relato de hechos de esta sentencia y de ello se desprende que a lo largo del mes de enero no hubo un descenso continuado en el rendimiento, pues hubo oscilaciones de menos a más y que el resultado final del mes es de una media de 112,60 bultos por hora, una cifra superior a la que estima la demandada.

Sobre no apreciar un descenso continuado del rendimiento en el mes de enero de 2018 considerada semana a semana y número de días de trabajo en semanas incompletas (primera y última), no resulta posible comparar el resultado medido a través de los partes de trabajo con el resultado de los meses de enero de 2016 y 2017, pues la demandada no aporta las bases para el cálculo. Por la misma razón, no es posible comparar el resultado medio obtenido por el demandante en enero de 2018 con el de otros trabajadores.

En consecuencia, no cabe hablar de disminución persistente y voluntaria del rendimiento laboral para extinguir el contrato de trabajo del demandante mediante el recurso al despido disciplinario.

**TERCERO.-** En aras a agotar los planteamientos de la parte actora y satisfacer el principio de congruencia se entra a responder a la cuestión relativa a la calificación de la falta, que a decir del demandante a lo sumo constituye falta grave, y la procedencia de la sanción que eligió la demandada.

El artículo 52 del convenio colectivo permite a la empresa hacer uso del poder disciplinario y sancionar los incumplimientos laborales en que incurran los trabajadores a cargo, descritos en los artículos siguientes como constitutivos de faltas leves, graves o muy graves, si bien -añade- que la enumeración de las infracciones no es exhaustiva y que la empresa puede sancionar cualquier incumplimiento laboral.

Aunque en la comunicación de inicio del expediente disciplinario la empresa se refería a la falta grave del artículo 54.5 del convenio colectivo y ese precepto sanciona la negligencia en el trabajo o dejación de funciones con determinadas consecuencias, en la carta de despido elude el catálogo de faltas del convenio colectivo y acude directamente al artículo 54.1.e) ET, si bien se trata del artículo 54.2.e, que tiene por incumplimiento contractual del trabajador susceptible de despido disciplinario la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. No por acudir al ET puede la empleadora eludir las normas en materia disciplinaria del convenio colectivo, que debe tener en cuenta cuando menos para valorar la gravedad de la infracción que estima en el hacer laboral del trabajador, pues el artículo 52 le obliga a considerar la importancia, la trascendencia y la intencionalidad para calificar la conducta del trabajador. En el convenio colectivo encontramos una conducta que tiene cierto parecido con la disminución del rendimiento. Se trata de la demora en la ejecución de cualquier trabajo. El convenio incluye esa demora en el catálogo de faltas leves, siempre y cuando que no haya sido advertida en otra o en otras ocasiones, supuesto este, como el caso de que se produzca perturbación en el servicio, que dará lugar a falta grave. La nota de "advertencia previa" convierte una falta leve en grave, de modo que sin advertencia previa de que el trabajo se realiza de modo erróneo, con descuido o demora (que a todo ello se refieren los artículos 53 y 54 del convenio colectivo) no cabe pasar de la falta leve a la falta grave. En este caso la empresa no advirtió al trabajador de la supuesta disminución de rendimiento y ello, pese a que se trata de un trabajador al que mide el rendimiento de los diecinueve primeros días de prestación de servicios inmediatamente después de que se reincorpora tras tres meses y medio de inactividad (tres meses por incapacidad temporal seguida de vacaciones). Esta es una singularidad a

considerar que la empresa ni siquiera tuvo en cuenta al decidir qué sanción imponer, pues para incumplimientos muy graves el convenio no solo prevé la sanción de despido, contaba con la posibilidad menos traumática de suspender el contrato de trabajo por un tiempo entre dieciséis y sesenta días, una medida más proporcionada para las circunstancias concurrentes antes dichas en caso de considerar que la conducta del trabajador (de haber resultado probada) constituye falta muy grave.

Por consiguiente, se estima incorrectamente calificada la conducta que la empresa atribuye al trabajador y desproporcionada la sanción.

**CUARTO.-** A decir de la parte demandante la empresa debió acudir a otras medidas para salir al paso de la disfunción que atribuye al trabajador, como son el asignarle un puesto compatible y el despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

El convenio colectivo dedica el artículo 23 a las medidas a adoptar por la empresa en caso de capacidad disminuida por accidente de trabajo y solo impone al empleador el cambio del trabajador a un puesto compatible en caso de incapacidad permanente total por accidente de trabajo, que no es situación que tenga reconocida hoy por hoy el demandante (ni siquiera pretendida, pues la prueba aportada da cuenta de la pretensión del trabajador sobre incapacidad permanente parcial).

La ineptitud sobrevenida está en relación con la menor capacidad funcional que el trabajador predica de sí mismo, que es cuestión sometida a consideración judicial en otra clase de procedimiento.

**QUINTO.-** La demandada no aporta justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida adoptada ni de su proporcionalidad, de modo que el despido carece de otra causa que no sea la represalia empresarial a la litigiosidad que nació con el accidente de trabajo y que aún sigue su curso. Con ello la empresa vulnera la garantía de indemnidad, que es manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, de ahí que el despido resulte nulo, tal y como establecen los artículos 55 ET y 108.2 LRJS.

**SEXTO.-** La nulidad del despido obliga a la demandada a la inmediata readmisión del trabajador y al pago de los salarios que dejó de recibir desde la fecha de despido hasta la que sea de efectiva readmisión, a razón de 36,76€ día ( artículo 56 ET). El importe del salario es una cuestión pacífica entre las partes.

**SÉPTIMO.-** El demandante se dice acreedor de una indemnización por daños morales, que cuantifica en 4.000€.

El Tribunal Supremo en sentencia de 26 de abril de 2016 (rc 113/2015) dejó dicho que "*constatada la lesión de derecho fundamental, los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración y cuando resulte difícil su estimación detallada, deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización. Por otra parte, el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (principios de suficiencia y de prevención). La reclamación de una cuantía indemnizatoria por aplicación analógica de la Ley de Infracciones y sanciones en el Orden Social resulta ajustada a Derecho*". En otra de 18 de marzo de 2016 (rc 78/2015) señala que "*no cabe una apreciación automática del daño moral derivada de la simple existencia del derecho fundamental invocado. Es necesario que se aprecie la indispensable correlación de valores entre el derecho conculcado y sus consecuencias negativas*".

En este caso la empresa pone en juego un derecho fundamental después de que el trabajador haya sufrido un accidente de trabajo con consecuencias lesivas, agrava de ese modo el resultado y socava a más, si cabe, los cimientos de un derecho elemental a la tutela judicial efectiva, como medio de cercenar otros concebidos para el libre y pacífico desarrollo de las relaciones jurídicas, de modo que se estima el daño moral alegado por el demandante.

Se estima adecuada la indemnización por ese daño en el importe equivalente a tres mensualidades de salario, un total de 3.308,4€.

**OCTAVO.-** La parte actora solicita condena de la demanda en costas, por aplicación del artículo 97.3 LRJS.

Como quiera que la demandada asistió a los actos de conciliación, la pretensión de la parte solo se sostiene sobre la concurrencia de temeridad o mala fe en el obrar de la demandada. No se aporta prueba de conducta de la demandada que permita apreciar ninguna de esas dos circunstancias.

**NOVENO.-** El artículo 191.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social indica que son recurribles en suplicación las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo cuando la presente Ley disponga otra cosa.

En el número 3 letra a) de ese precepto queda incluido el recurso en los procesos relativos a despidos.

**DÉCIMO.-** Toda condena al pago de cantidad líquida conlleva el devengo de un interés por mora procesal desde que se dicta la sentencia hasta el completo pago. Se trata del interés legal del dinero incrementado en dos puntos, tal y como preceptúa el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la excepción de las especialidades con que cuenta la Hacienda Pública.

**UNDÉCIMO.-** Es la del FOGASA responsabilidad subsidiaria y limitada en los términos del artículo 33 ET.

VISTO lo expuesto y los artículos 105 LRJS, puesto en relación con el artículo 90 del mismo cuerpo legal y el 217 2 y 3 LEC, en materia de prueba

#### **FALLO:**

Que debo estimar y estimo la demanda presentada por Pablo frente a MALAQUIAS MORALES SA.

Debo declarar y declaro nulo el despido disciplinario del demandante de 5 de marzo de 2018.

Debo condenar y condeno a la demandada a la inmediata readmisión del trabajador, al pago de los salarios que dejó de recibir desde la fecha del despido hasta la que sea de la efectiva readmisión, a razón de 36,76€ día en importe bruto y una indemnización por daño moral de 3.308,4€, con el devengo del interés legal del dinero vigente incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.

Que debo absolver y absuelvo al FOGASA de la pretensión resuelta en esta sentencia, sin perjuicio de lo que en su día se pueda acordar en caso de insolvencia de la condenada al pago.

Incorpórese la presente sentencia al Libro correspondiente, expídase testimonio de la misma para su constancia en los autos de referencia y notifíquese a las partes con la indicación de que no es firme. **Cabe interponer contra ella RECURSO DE SUPPLICACION, previo anuncio** en la sede de este Juzgado dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación, por manifestación en comparecencia o en escrito de las partes o de sus abogados, graduados sociales colegiados o representantes. El anuncio del recurso ha de llegar precedido del depósito de 300€ en la cuenta de consignaciones del Juzgado nº 0049 0860 3296 0000 65 0210 18. Están exentos de la obligación de constituir depósito para recurrir: los trabajadores y sus causahabientes, los beneficiarios de la Seguridad Social, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las Entidades de Derecho Público reguladas por su normativa específica y los Órganos constitucionales.

Así por ésta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

**DILIGENCIA.-** Seguidamente se procede a dar cumplimiento a lo prevenido en los artículos 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doy fe.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.