Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 1937/2017 de 18 septiembre

AS\2017\2124

DESPIDO POR TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL Y DISMINUCIÓN DEL RENDIMIENTO: incumplimiento reiterado de normas relativas al seguimiento de objetivos y procedimiento a seguir implantado en el proceso de ventas.

ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2017:10832
Jurisdicción: Social
Recurso de Suplicación 770/2017
Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Oliet Palá

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora demandante, contra Sentencia de fecha 19-12-2016 del Juzgado de lo Social núm. 5 de Granada, dictada en autos promovidos en reclamación por despido.

1 **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

MJ

SENT. NÚM. 1937/2017

ILTMO. SR. D. FERNANDO OLIET PALÁ

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JOSÉ VILLAR DEL MORAL

ILTMA. SRA. Dª. BEATRIZ PÉREZ HEREDIA

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada, a dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete.

Sensitivity: Confidential

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación núm. **770/2017** , interpuesto por Dª. Constanza contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Cinco de los de Granada, en fecha 19 de diciembre de 2016 , en Autos núm. 167/2016, ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO OLIET PALÁ** .

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Dª. Constanza en reclamación sobre DESPIDO, contra RE Y BE PHONE S.L., siendo parte el MINISTERIO FISCAL y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 19 de diciembre de 2016 , por la que desestimando la demanda, declara procedente el cese de la trabajadora operado en fecha de 13 de enero de 2016 convalidando la extinción de la relación laboral con el mismo producida y absolviendo a la citada demandada de las pretensiones en su contra, fijando el salario diario de la misma por todos los conceptos en la cuantía de 45,69 euros.

Segundo.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO: Doña Constanza con D.N.I núm. NUM000 ha venido prestando servicios para la empresa demandada RE Y BE PHONE S.L desde el 3 de noviembre de 2011 con la categoría de Viajante y con un salario diario de 45, 69 euros por todos los conceptos.

SEGUNDO: En fecha de 4 de enero de 2016 se notifica a la actora la apertura de expediente disciplinario a fin de esclarecer los incidentes comunicados a la Dirección de la Empresa desde el Departamento de RRHH el pasado 17 de diciembre de 2015. Se le da un plazo hasta el 12 de enero para realizar declaración escrita en su descargo. En fecha de 8 de enero de 2016 la actora presenta escrito de alegaciones que se da por reproducido en su integridad al obrar al folio 783 y 784 de las actuaciones.

En fecha de 13 de enero de 2016 se notifica a la actora su cese al imputarse a la misma conforme al art. 54 b) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654)

Sensitivity: Confidential

indisciplina o desobediencia en el trabajo por incumplimiento continuado y reiterado de su obligación de activar el dispositivo GPS de seguimiento y control de rutas e inicio y fin de jornada y omisión del deber de atender las peticiones de explicaciones de la empresa de porque no activaba dicho dispositivo, 54 d) Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo por incumplimiento reiterado y continuado de los métodos de trabajo de la empresa y e) disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado por incumplimiento de los objetivos mínimos pactados.

Se da por reproducida en su integridad la carta de despido que obra a los folios 6 a 10 de las actuaciones.

TERCERO: En fecha de 7 de mayo de 2012 la actora se sitúa en situación de incapacidad temporal por asma causando alta el día 19 de junio de 2012. Desde el 2 de abril de 2012 la actora estaba embarazada y el día 8 de mayo de 2012 la empresa le despide por fin de contrato. Impugnado dicho despido, por el Juzgado de lo Social número siete de Granada se dicta sentencia en fecha de 5 de octubre de 2012 en la que se declara la nulidad del despido conforme al artículo 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores al estar la actora embarazada. Se da por reproducida dicha sentencia que obra a los folios 334 a 337 de las actuaciones.

En fecha de 16 de noviembre de 2012 la actora inicia un proceso de incapacidad temporal (folio 340) por Síndrome de fatiga crónica y en fecha de NUM001 de 2012 da a luz.

A raíz del nacimiento de su hijo la actora solicitó a la empresa reducción de jornada por cuidado de menor en fecha de 25 de marzo de 2013 que le fue denegada en los términos de horario que la misma concertaba en su escrito (folio 844 y 855).

En fecha de 30 de abril de 2013 se celebra ante el SERCLA acta de finalización del conflicto promovido por la actora sobre concreción de permiso de lactancia finalizando con avenencia en el siguiente sentido:

"La actora disfrutará del permiso de lactancia a partir del 9 de mayo de 2013 por un tiempo total de cuatro meses y tres semanas quedando suspendido dicho permiso durante las vacaciones en el supuesto de su disfrute. En ese periodo el horario de la trabajadora sería de lunes a jueves de 8,30 a 13,30 y el viernes de 8,30 a 15,00 horas".

Asimismo, sobre dicha cuestión las partes alcanzaron acuerdos en fecha de 21 de octubre de 2013 por un periodo de 22 de octubre de 2013 a 31 de diciembre de 2014 (lunes a jueves de 8:30 a 13:30, vienes de 8:30 a 15:00 y martes de 16:00 a 19:30)

Sensitivity: Confidential

(folio 351).

En fecha de 8 de septiembre de 2014 por el periodo de 9 de septiembre de 2014 a 31 de diciembre de 2015 (lunes a jueves de 8:30 a 13:30, vienes de 8:30 a 15:00) (folio 350).

En fecha de 25 de septiembre de 2015 se pacta una jornada de 36 horas semanales desde el 1 de octubre de 2015 a 31 de diciembre de 2015 con horario de: Lunes de 8:30 a 13:30 y de 16:00 a 19:30. martes y miércoles de 8:30 a 13:30 y (trabajando desde casa de 16:00 a 19:00, jueves de 8:30 a 13: 30 y viernes de 8.30 a 15:00).

En fecha de 30 de diciembre de 2015 la actora solicita la empresa nuevo horario en reducción de jornada desde 1 de enero de 2016 a 30 de junio de 2016 de lunes a viernes de 8:30 a 15:00 y lunes tarde de 16:00 a 19:30. El escrito de solicitud que obra al folio 354 de las actuaciones es del siguiente tenor literal: *"Muy Sr. Mio: Como Vd. bien conoce, el pasado NUM001 /2012 dí a luz a mi hijo Mariano . Desde entonces, disfruté de mi prestación por maternidad y, posteriormente, del permiso de lactancia.*

Por la presente, le solicito una reducción de jornada, con efectos del día siguiente a la finalización de mi anterior reducción de jornada. Esta reducción será de un 10% de mi jornada, por lo que en adelante deseo trabajar 36 horas semanales. Dicha reducción de jornada se extenderá desde el 1/1/2016 hasta 30/6/16.

En cuanto a la concreción horaria, solicito que mi trabajo sea de lunes a viernes, de 8:30 a 15:00 horas y lunes por la tarde de 16:00 a 19:30 horas.

Sin otro particular, y a la espera de su respuesta aprovecho la ocasión para saludarles atentamente".

La actora en fecha de 12 de septiembre de 2013 interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo alegando infracotización de la empresa ya que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 fija el salario día en 71,99 euros incluyendo en el mismo el concepto de dietas al que se da carácter salarial.

En fecha de 5 de mayo de 2014 la Unidad de Impugnaciones de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL dicta resolución en la que acuerda elevar a definitiva la propuesta de sanción que efectúa la Inspección de Trabajo de imponer a la empresa multa de 371,74 euros y efectúa liquidación a la empresa por un importe de 2.922,83 euros. En dicha Resolución se hace constar que la empresa venía cotizando por una cuantía inferior a la que corresponde legalmente ya que abonó en nómina unas cantidades por el concepto de dietas cuando en realidad eran conceptos

Sensitivity: Confidential

salariales y se comprueba que en las liquidaciones de cuotas efectuadas por la empresa la misma no ha incluido en la base mensual de cotización las cantidades abonadas mensualmente en tal concepto.

CUARTO: La actora ha sido sancionada por la empresa en varias ocasiones.

En fecha de 20 de abril de 2014 se le imputa la comisión de una falta grave y se le impone sanción de amonestación por escrito (folios 355 a 358).

En fecha de 16 de mayo de 2015 por igual falta grave de incumplimiento de objetivos se le vuelve a imponer la sanción de apercibimiento por escrito (folios 360 y 361).

En fecha de 25 de julio de 2014 por igual motivo es sancionada por la comisión de una falta grave con apercibimiento por escrito (folios 362 y 363).

En fecha de 8 de octubre de 2014 la actora es sancionada con suspensión de empleo y sueldo durante diez días por igual motivo (folios 364 a 266).

Por el Juzgado de lo Social número Siete de Granada se dicta sentencia en fecha 26 de noviembre de 2014 en la que se resuelve sobre una impugnación de sanción impuesta a la actora el 10 de abril de 2014 por falta de cumplir objetivo, siendo la sanción la de amonestación escrita. En dicha sentencia se resolvió sobre la nulidad de la sanción por existencia de indicios de vulneración de derechos fundamentales represalia, vulneración de tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE (RCL 1978, 2836)) en su vertiente de indemnidad.

En dicha sentencia se establece como hecho probado que *"Los objetivos que se le impusieron a la actora en el mes de octubre fueron de 15 y a partir de entonces 17 líneas. En aquel mes consiguió 8, cero en los dos siguientes, 12,5 en enero de 2014, 13,5 en febrero y cero nuevamente en el mes de marzo de 2014".*

La sentencia concluye que la actora no consigue acreditar que ha alcanzado los objetivos marcados y se hace constar que los mismos son proporcionales al reducción de jornada y declara nula la sanción por falta de tipicidad de la misma y por la existencia de indicios vulneradores de derechos fundamentales.

En lo demás se da por reproducida en su integridad la mencionada sentencia que obra a los folios 370 a 373.

Asimismo la sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Granada de fecha 23 de febrero de 2015 declara nula la sanción impuesta el 16 de mayo de 2014 por falta de tipicidad. Se da por reproducida, folio 376 a 380.

Sensitivity: Confidential

Posteriormente se han producido impugnaciones de sanciones que han sido retiradas por la empresa en acto de conciliación judicial celebrados ante los Juzgados de lo Social número 7 de fecha 26 de enero de 2015 (autos 878/2014), y acto de conciliación ante el Juzgado de lo Social número 5 de Granada de fecha 1 de diciembre de 2015 (autos 1075/2014). En ambos casos la empresa retira la sanción impuesta reconociendo su improcedencia.

QUINTO: La empresa cada trimestre comunica los objetivos que de forma individualizada debía alcanzar cada trabajador y a la actora se le marcaban los mismos en función de sus reducciones de jornada.

En el año 2015 los objetivos mínimos de voz fijados a la actora eran de 130,5 y la misma en todo el año alcanza 53 lo que supone una diferencia de -77,5.

Los objetivos alcanzados por la actora por meses son:

Enero, febrero y marzo: 0, Abril: 14, mayo y junio: 0, Julio: 5, agosto: 4 Septiembre: 6 octubre: 3 noviembre: 11 diciembre: 10 y enero de 2016: 0.

La empresa ha procedido a sancionar al trabajador Carlos Jesús por no alcanzar los objetivos en fecha de 13 de abril de 2014 con amonestación escrita y en fecha de 1 de junio de 2014 con el despido. Asimismo constan sancionados los trabajadores Alfredo , Conrado , Gabriel , Luciano , Carlos Jesús . Samuel , Luis Pedro , Azucena , algunos de ellos con el despido.

SEXTO: En la empresa todos los empleados dedicados a la actividad comercial tiene instalado un Gestor GPS que indica la posición del dispositivo en cada momento durante la jornada laboral. La última aplicación instalada y que viene siendo utilizada por todos los comerciales es la LIFE 360. Todos están informados y formados para su uso. Todos los dispositivos han funcionando correctamente salvo el de la actora que ha dado múltiples fallos inexplicables salvo que se deban a que la misma no lo conecta correctamente. En caso de fallo a primera hora se mandan incidencias y en concreto a la actora se le han remitido múltiples avisos en los días 5, 6, 16 de noviembre, 1, 9, 10, 11, 14, 15 de diciembre de 2015 todos ellos sin contestación por su parte. Se da por reproducido informe emitido por el responsable de operaciones que obra a los folios 796 y 707 de los autos.

Asimismo existe en la empresa un seguimiento de objetivos y un procedimiento a seguir implantado en el proceso de ventas del departamento de captación que consiste en:

1 -Cada comercial tiene que tener activo en cada momento un mínimo de 5 operaciones activadas para asegurar la consecución de sus objetivos.

Sensitivity: Confidential

2- Como metodología unificada en la empresa, también se solicita que las lineas activas en proceso e venta deben ser el doble de su objetivo.

3- Todas las operaciones "vivas" tiene que tener una tarea/visita futura configurada para dejar registrado el siguiente paso a dar con la venta

4- Todas las operaciones "vivas" tiene que tener como máximo 7 días hábiles de vida. Si este plazo se cumple el cierre de la operación tiene que tener una justificación para este.

Desde el día 17 de noviembre se activó el proceso de envío temporal por e-mail de la previsión de lineas en venta para informar individualmente de las lineas que tiene cada comercial en proceso de venta. Este envío se realiza individualmente y se manda a todos los comerciales del departamento de captación sin ninguna excepción. También se describe si se cumplen todos los procedimientos solicitados.

En relación con el cumplimento de objetivos por la actora, los avisos de la misma son los siguientes:

- martes 17/11/2015 11:39.

Nº Operaciones activas: 1 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 15 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 1 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 1 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

- miércoles 18/11/2015 12:12.

Nº Operaciones activas: 1 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 15 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 1 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 1 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

- miércoles 25/11/2015 11:21.

Nº Operaciones activas: 2 (se añade una operación con previsión de cierre que ya estaba en estado iniciada de hace muchas semanas) (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 39 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 2 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Sensitivity: Confidential

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 2 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

- jueves 26/11/2015 11:53.

Nº Operaciones activas: 2 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 39 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 2 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 2 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

- lunes 30/11/2015 11:28.

Nº Operaciones activas: 2 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 39 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 2 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 2 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

- martes 1/12/2015 11:58.

Nº Operaciones activas: 2 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 39 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 2 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 2 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

- miércoles 9/12/2015 12:04.

Nº Operaciones activas: 2 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 39 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 2 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 2 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

- jueves 10/12/15 11:38.

Nº Operaciones activas: 2 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 39 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 2 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 2 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Sensitivity: Confidential

- viernes 11/12/2015 11:38.

Nº Operaciones activas: 3 (se añade una operación con previsión de cierre que ya estaba en estado de iniciada de hace muchas semanas) (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 46 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 3 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 3 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

- lunes 14/12/2015 12:48.

Nº Operaciones activas: 3 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 46 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 3 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 3 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

- martes 15/12/2015 11:55.

Nº Operaciones activas: 3 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 46 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 3 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 3 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

- miércoles 16/12/2015 12:55.

Nº Operaciones activas: 3 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Líneas Activas: 46 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones sin tareas/visitas futuras: 3 (NO COMPLE METODOLOGÍA)

Nº Operaciones con fecha de cierre cumplida: 3 (NO CUMPLE METODOLOGÍA)

Se da por reproducido informe que obra los folios 796 a 799 de los autos.

SEPTIMO: La actora en fecha de 8 de febrero de 2016 presenta ante el CEMAC papeleta de conciliación sobre despido. Se celebra el acto de conciliación en fecha de 22 de febrero de 2016 con el resultado de Sin Avenencia y demanda en fecha de 24 de febrero de 2016.

OCTAVO: La actora durante el año inmediatamente al despido no ha ostentado

Sensitivity: Confidential

grado sindical ni de representación de los trabajadores.

NOVENO: Resulta de aplicación el Convenio Colectivo del Comercio para Granada y Provincia.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por Dª. Constanza , recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por la empresa RE Y BE PHONE S.L. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero

PRIMERO

La sentencia de instancia desestimó la demanda formulada por la actora contra la empresa BE Y RE PHONE SL, declarando la procedencia del despido disciplinario del que fue objeto con efectos del 13 de enero de 2016, convalidando la extinción del contrato de trabajo que con el mismo se produjo, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, y frente a dicha sentencia, se presenta recurso de suplicación por la demandante, en reclamación de que el despido sea declarado nulo o subsidiariamente improcedente, y en todo caso para que se fije el salario día a efectos del despido en la suma de 50,77 euros (en instancia se ha fijado en 45,69 euros), recurso que ha sido impugnado de contrario.

La censura de hecho que se pide en el primer de los motivos del recurso, obliga a señalar que en cuanto a la revisión fáctica pretendida debe tenerse en cuenta que el artículo 193 b) la LRJS (RCL 2011, 1845) exige que se invoquen documentos o pericias que evidencien error del juzgador y obliguen a corregir las apreciaciones formadas por el mismo tras el juicio racional y con inmediación que es posible en la instancia, con valoración del conjunto de medios probatorios, como permite el artículo 97.2 de dicha ley procesal; por ello, no puede la Sala acoger la censura de hecho cuando el medio invocado sea inidóneo, no reúna las condiciones revisoras indicadas, se vea contradicho por otros, requiera conjeturas o hipótesis o haya sido expresamente valorado por el juzgador de instancia, como tampoco cabe acoger las revisiones fácticas que incluyan consideraciones valorativas o conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, ni las meras alteraciones insustanciales o de lo que ya consta en la sentencia, explícitamente o por remisión. En cuanto a la trascendencia de la modificación debe ser entendida no en el sentido de sea necesario que los hechos cuyos cambios se postulen tengan que ser esenciales para la estimación del

Sensitivity: Confidential

recurso, sino en el que basta con que sea conveniente que aparezcan recogidos para un mejor conocimiento del problema debatido, pero sin que ello suponga que deban admitirse aquellas propuestas de revisión relativas a hechos banales o innecesarios para el recurso.

Pues bien, en el primer motivo del recurso al amparo del artículo 193 b) de la LRJS , se pretende la revisión de los hechos probados en los siguientes extremos:

I.- Que se adicione al final del hecho probado primero lo siguiente: "(...) según la jornada realmente trabajada de 36 horas a la semanales en los meses de octubre a diciembre."

Y ello lo funda en el folio 352 de la actuaciones en el que consta el último acuerdo de reducción de jornada suscrito por las partes el 25 de septiembre de 2015 y más en concreto en el particular de su manifestación I, dato que resulta irrelevante adicionar pues ya figura en el párrafo octavo del hecho probado tercero que durante dichos meses la jornada de la actora era de 36 horas a la semana.

II.- Con el mismo amparo procesal interesa, invocando de nuevo el folio 352 del que el nuevo texto que se propone, se afirma que es una transcripción, que se adicione al final del octavo párrafo del hecho probado tercero lo siguiente: "(...) en dicho documento se señala, en el apartado MANIFIESTAN que "a petición de la trabajadora Dª. Constanza , solicita la modificación de reducción de jornada laboral que actualmente tiene en la empresa en las siguientes condiciones (...)". Además, en el epígrafe segundo del apartado MANIFIESTAN se señala lo siguiente: "Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) , el presente acuerdo de modificación de jornada se extenderá desde el 01.10.2015 hasta el siguiente 31/12/2015.(...) Las horas trabajadas por la tarde desde casa, correspondiente a los martes y miércoles, deberán ser justificadas con el reporte correspondiente a la labor realizada. Esto se concede con carácter extraordinario, pues ningún trabajador en la empresa disfruta el beneficio de trabajar desde casa (...). Por tanto, la no consecución del objetivo mínimo al cierre del trimestre, llevaría consigo la vuelta al horario que actualmente está en vigor, es decir a la reducción de jornada que actualmente tiene la trabajadora Constanza ". Y ningún inconveniente existe en adicionar los complementos que se proponen al evidenciarse de forma directa de la documental que se invoca, todo ello sin perjuicio de que se analice en el correspondiente motivo de censura jurídica su trascendencia.

III.- Con el mismo amparo procesal interesa invocando los folios 838 y 841 en los que constan Decreto nº 383/2015 de 14 de julio de 2015 de la Secretaria del Juzgado

Sensitivity: Confidential

de lo Social nº 7 y Auto de dicho Juzgado de 4 de junio de 2014, que se adicione al final del párrafo primero del hecho probado tercero el siguiente texto:

"(...) El proceso ejecutivo 94.1/2013, diamante de la anterior sentencia, se extendió hasta el siguiente 14.07.2015, fecha en que se declaró terminado por Decreto núm. 382/2015, dictado por el Juzgado de lo Social número Siete de Granada. Dicho proceso ejecutivo analizó, entre otras cuestiones, las circunstancias de la readmisión tras el despido, declarando por auto de 04.06.2014 que dicha readmisión fue irregular". Y ningún inconveniente existe en incorporar, tales resoluciones judiciales, si bien haciendo constar que el motivo de la irregularidad no estuvo relacionado con la reincorporación de la actora, sino con la cuantía del salario.

IV.- Con el mismo amparo procesal interesa invocando el folio 887 de autos, que se adicione un nuevo hecho probado, que enumera como décimo y para el que propone el siguiente tenor:

"El Sr. Romulo remitió correo electrónico el 08.10.2015 a toda la plantilla con el siguiente contenido:

<< Hola a todos

Por favor, vamos a prestar atención a los GPS. Estoy enviando todos los días correos a algunos de vosotros indicando que el GPS debe estar activo porque compruebo que no está radiando. No creo que sea serio que todos los días tenga que estar enviando este tipo de correo. Cada uno que esté pendiente que por las mañanas a las 8:30 el GPS está radiando.

Gracias>>."

Y ningún inconveniente existe en adicionar los complementos que se proponen al evidenciarse de forma directa de la documental que se invoca, todo ello sin perjuicio de que se analice en el correspondiente motivo de censura jurídica su trascendencia y en especial con lo narrado en el hecho probado sexto, cuya revisión no se insta en el recurso.

V.- Con el mismo amparo procesal interesa invocando el siguiente folio 888 en el que consta el reenvío de un email enviado por la actora al despacho de abogados que le asisten, correspondiendo el contenido a un correo enviado el 6 de noviembre de 2015 por D. Romulo a la actora y a D. Juan Antonio con copia para D. Benedicto , D. Faustino y D. José con el asunto de GPS DESACTIVADO, que se adicione un nuevo hecho probado que enumera como undécimo y para el que propone el siguiente texto:

"El Sr. Romulo remitió correo electrónico el 06.11.2015 a los trabajadores D. Juan

Sensitivity: Confidential

Antonio y Doña Constanza , con el siguiente contenido:

<<Hola

Tenéis el GPS desactivado. Por favor, cuando podáis ponerlo en funcionamiento.

Saludos>>."

Y ningún inconveniente existe en adicionar los complementos que se proponen al evidenciarse de forma directa de la documental que se invoca, todo ello sin perjuicio de que se analice en el correspondiente motivo de censura jurídica su trascendencia y en especial con lo narrado en el hecho probado sexto, cuya revisión no se insta en el recurso.

VI.- Con el mismo amparo procesal invocando el folio 889 en el que consta el reenvío de un email enviado por la actora al despacho de abogados que le asisten, correspondiendo el contenido a un correo enviado el 16 de diciembre de 2015 por D. Romulo a D. Vicente con copia para la actora y D. Faustino con el asunto de Rnv: GPS DESACTIVADO, interesa la adición de un nuevo hecho probado que enumera como duodécimo y para el que propone la siguiente redacción:

"Como respuesta al correo electrónico remitido por el Sr Romulo , en el que indicaba <<Hola tienes el GPS desactivado y es una herramienta que es obligado tener activa. Gracias>>, la actora respondió el 16.12.2015 a las 18:26 señalando lo siguiente: <<Me consta que Vicente ya te ha explicado que hay algún problema con mi teléfono>>, a lo que responde el Sr Romulo el 16.12.2015 a las 22:35:32 enviando un correo electrónico a D. Vicente , D. Faustino y Doña Constanza en los siguientes términos:

<<Hola Vicente

Existe algún problema técnico en el teléfono para que este GPS no funcione? En los teléfonos de todos los compañeros funciona correctamente y tienen una emisión diaria durante el horario laboral.

Como sabéis el GPS es una herramienta obligatoria en su uso.

Constanza como sabes, para su uso correcto hay que acceder todas las mañanas a la aplicación en el inicio del horario laboral y darle un click en la foto que le identifica y así actualizará la posición actual y dejara registrado la primera posición de inicio de la jornada.

Por favor, proceder a así mañana así probaremos el correcto funcionamiento.

Este GPS he comprobado que ha funcionado hace tiempo sin problemas por lo que

Sensitivity: Confidential

habrá que identificar cual es el problema que tiene ahora.

Gracias>>."

Y ningún inconveniente existe en adicionar los complementos que se proponen al evidenciarse de forma directa de la documental que se invoca, todo ello sin perjuicio de que se analice en el correspondiente motivo de censura jurídica su trascendencia y en especial con lo narrado en el hecho probado sexto, cuya revisión no se insta en el recurso.

VII.- Con el mismo amparo procesal invocando el folio 890 en el que consta el reenvío de un email enviado por la actora al despacho de abogados que le asisten, correspondiendo el contenido a un correo enviado el 12 de enero de 2016 por la empresa a todos con el asunto de: RECORDATORIO USO OBLIGATRIO GPS, interesa la adición de un nuevo hecho probado que enumera como decimotercero y para el que propone la siguiente redacción:

"El Sr Romulo remitió correo electrónico el 12.01.2016 a TODOS los trabajadores, con el siguiente contenido:

<<Hola,

Se os informa que el uso del GPS es obligatorio en horario de trabajo. Todas las mañanas, a las 8:30 debe estar el GPS activado y tenéis que entrar en la aplicación para actualizar vuestra posición en el horario de entrada. Todos los días hay que realizar esta acción para que el GPS localice la posición de entrada. Esta acción quiere simular un "fichaje de entrada". Por lo tanto la posición debe estar actualizada a las 8:30.

Algunos estáis recibiendo muchos días el aviso de que el GPS está desactivado. No es complicado por lo que a partir de ahora si no hay notificación de errores en vuestros terminales, el no uso de este sistema será un problema disciplinario.

Saludos>>."

Y ningún inconveniente existe en adicionar los complementos que se proponen al evidenciarse de forma directa de la documental que se invoca, todo ello sin perjuicio de que se analice en el correspondiente motivo de censura jurídica su trascendencia.

VIII.- Con el mismo amparo procesal invocando el folio 891 en el que consta el contenido a un correo enviado el 29 de diciembre de 2014 a la empresa con el asunto de: Cambio de 1 días de vacaciones, interesa la adición de un nuevo hecho probado que enumera como decimocuarto y para el que propone la siguiente redacción:

Sensitivity: Confidential

"La actora remitió el 29.12.2014 un correo electrónico a la empresa señalando lo siguiente:

<< Como sabéis estoy de vacaciones y os voy a trabajar el día de hoy 29 de diciembre para cerraros 9 líneas, quiere decir que yo me incorporaría el día 12 de enero y ahora me incorporare el 13 de enero, dame ok. Gracias>>

A dicho correo respondió D. Benedicto , el 29 de diciembre, indicando <<OK>>".

Y se admite la revisión que se propone del primer párrafo, pero no del segundo, al no evidenciarse del folio 891 que se invoca que se le diese el OK.

IX.- Y se cierra la censura de hecho, pidiendo la adición de un nuevo hecho probado que enumera como decimoquinto para el que, con fundamento en el folio 893 en el que consta parte de alta de la actora en 13 de marzo de 2015 de un proceso de baja iniciado en 13 de enero de dicho año, se diga que:

"La actora permaneció de baja médica en el periodo 13.01.2015 a 13.03.2015".

Y ningún inconveniente existe en adicionar los complementos que se proponen al evidenciarse de forma directa de la documental que se invoca, todo ello sin perjuicio de que se analice en el correspondiente motivo de censura jurídica su trascendencia.

Segundo

SEGUNDO

- Al amparo del artículo 193 c) de la LRJS (RCL 2011, 1845) se denuncia la infracción del artículo 37.4 del ET (RCL 2015, 1654) y 1281 y 1282 del C.C , citando en el desarrollo del motivo el artículo 55.5 b) del ET con las consecuencias de nulidad objetiva del despido que indica en el último motivo del recurso. Y ello al no haberse considerado por la Magistrada de instancia que al tiempo de ser despedida la actora se encontraba en la situación de reducción de jornada por guardia legal. Y la infracción se entiende cometida porque no resultando discutido que la actora se encontraba en esta situación desde el 22 de octubre de 2013, en el que había suscrito un primer acuerdo de reducción de jornada, por el que la actora trabajaría un total de 30 horas a la semanales (pues así consta en el párrafo sexto del hecho probado tercero de la sentencia, reconociéndolo la Magistrada en el fundamento jurídico segundo), no discutiéndose por las partes la pervivencia de esta situación tras la firma del segundo acuerdo de reducción de jornada por guarda legal en 8 de septiembre de 2014, por el que la actora trabajaría un total de 26 horas y medias semanales, tal y como se recoge en el párrafo séptimo del hecho probado tercero, reconociéndolo la Magistrada en el fundamento jurídico segundo. Finalmente y tras solicitar la

Sensitivity: Confidential

trabajadora formalmente la concreción horaria por guarda legal, por ambas partes se ideó una posibilidad excepcional, plasmándose finalmente en el acuerdo de 25 de septiembre de 2015 que ha sido incorporado al relato del hecho probado tercero tras su revisión, acuerdo en el con efectos del 01.10 2015 hasta el 31.12.2015 el nuevo horario sería el siguiente:

Lunes de 8:30 a 13:30 y de 16:00 a 19:30.

Martes y Miércoles de 8:30 a 13:30

y (trabajando desde casa) de 16:00 a 19:00,

Jueves de 8:30 a 13: 30

Viernes de 8.30 a 15:00.

Especificándose en dicho acuerdo que se concedía "con carácter extraordinario, pues ningún trabajador de la empresa disfruta del beneficio de trabajar desde casa". Asimismo continúa señalando la parte recurrente, que en dicho acuerdo se indicaba que -con motivo de la reducción de jornada - se establecía una reducción de objetivos en la misma proporción. Y finalmente se indicaba que: "la no consecución del objetivo mínimo al cierre del trimestre, llevaría consigo la vuelta al horario que actualmente está en vigor, es decir a la reducción de jornada que actualmente tiene la trabajadora", es decir a juicio de quien recurre, el previo a esta última reducción, respecto de cual la empresa no discute el carácter de guarda legal. Añade la parte recurrente que en el citado acuerdo si bien no se indica expresamente, que es por guarda legal, si que debe entenderse de forma implícita, al señalarse, que es "de conformidad con lo dispuesto en el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) " que no regula la jornada laboral (regulada en el artículo 34 del ET), sino las reducciones especiales de jornada por guarda legal, etc. Siendo según desarrolla la recurrente, que cuando el trimestre estaba concluyendo y dado que los resultados globales de los trabajadores de la empresa habían sido negativos, la actora solicitó en los últimos días de diciembre de 2015 la prórroga del horario (burofax remitido el 30.12.2015 y recibido el 04.01.2016 a las 10:01 horas), no recibiendo respuesta de la empresa pues así resulta del párrafo noveno del hecho probado noveno de la sentencia. E inmediatamente a continuación se comunicó la apertura de expediente disciplinario a la actora y posterior despido. Por lo tanto, y siempre a juicio de quien recurre, si la empresa, imputa que no se han cumplido los objetivos, según los términos reflejados en el acuerdo de 25.09.2015 lo que correspondencia sería la vuelta al horario previo, es decir, en reducción de jornada por guarda legal, ("la no consecución del objetivo mínimo al cierre del trimestre, llevaría consigo la vuelta al horario que actualmente está en vigor, es decir a la reducción de jornada que

Sensitivity: Confidential

actualmente tiene la trabajadora"). Y entiende la parte recurrente que ésta sería la situación presente, dado que la empresa no dio respuesta a la solicitud de prórroga de la actora, con lo que tácitamente da lugar al regreso de la actora a la situación vigente hasta el 30.09.2015 y donde la jornada era de 26 horas y media semanales (reducida por guarda legal).

Y concluye el motivo planteando afirmando que debe darse respuesta negativa a si se puede considerarse que una reducción de jornada inferior al mínimo establecido en el art. 37 del ET deje de tener la consideración de guarda legal, porque en primer lugar la actora la vincula expresamente a su maternidad, siendo que en el burofax remitido a la demandada se indica en el primer párrafo, la edad de su hijo, el disfrute de permisos. En segundo lugar porque se solicita inmediatamente a continuación de otras tantas reducciones de jornada por guarda legal, debiendo interpretarse como tal esta modificación en aplicación de lo establecido en los artículos 1281 y 1282 del C.C (LEG 1889, 27) , en cuanto a la interpretación de los contratos en virtud de los actos coetáneos de los contratantes. En tercer lugar porque aunque expresamente no se indique que es "por guarda legal", lo cierto es que en el acuerdo de 25.09.2015 se hace referencia al artículo 37 del ET , relacionado con las reducciones por guarda legal, no existiendo en ese artículo, ninguna reducción de jornada que no esté protegida por el artículo 55. 5 b) de ET . Y en cuarto lugar porque el artículo 37 del ET al regular las reducciones de jornada por guarda legal, establece un mínimo y, como tal, es mejorable (por convenio, por acuerdo privado). Si se establece una reducción de jornada del art. 37 del ET y se fija una reducción de 1/10 de jornada, se debe a que la empresa consintió con ello (sin que perdiese la condición del reducción del art. 37 ET). Pues continúa la recurrente, si la empresa no consentía, debió requerir a la trabajadora para que ajustase la jornada a los límites del art. 37 del ET , cosa que no hizo.

Y concluye el motivo, afirmando que por lo expuesto, en todo caso debe entenderse que la reducción de jornada de la trabajadora era por guarda legal, con las consecuencias que de lo anterior deriva más adelante.

Sin embargo esta Sala, a pesar de que haya prosperado la revisión fáctica en los particulares de interés, que se han visto en el epígrafe II del anterior motivo, no considera a la vista del hecho probado tercero, que al tiempo del despido disciplinario que se impugna exista la situación de guarda legal por cuidado de hijo menor, que hace que surta efectos el sistema reforzado de garantías previsto en el artículo 55.5 b) del ET , que presume " iuris et de iure" la nulidad del despido, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso de que no concurra un móvil vulnerador de derechos fundamentales o libertades públicas, a menos que el

Sensitivity: Confidential

despido sea declarado procedente. Y ello porque si bien la actora ha venido disfrutando de permisos de reducción de jornada por cuidado de menor desde el año 2013 y aun cuando la misma siempre solicita el mismo por guarda legal, en los dos últimos permisos no se expresa dicho motivo y no se han respetado los porcentajes de reducción horaria exigidos legalmente por el artículo 37.6 del ET computado en la jornada ordinaria ya que en el momento del cese la actora gozaba de una jornada semanal de 36 horas no cumpliéndose los requisitos legales establecidos pues en cómputo semanal es superior a una octavo que sería 35 horas y goza de 36 horas semanales y en cómputo diario que es lo correcto, los lunes supera el límite legal ya que trabaja 9 horas aun cuando el resto de días de la semana sea de 5,5, impidiendo la aplicación de las SSTS de 13 y 18 de junio de 2008 como bien se afirma en la resolución recurrida, mediante una interpretación extensiva del entonces artículo 37.5 y 6 del ET , que podamos considerar esta reducción de jornada al tiempo del despido, como la de guarda legal protegida de la manera que antes hemos explicado por el artículo 55.5 b) del ET , razones por las que el motivo debe ser desestimado.

Tercero

TERCERO

.- Al amparo del artículo 193 c) de la LRJS (RCL 2011, 1845) se denuncia la infracción del artículo 55 del ET (RCL 2015, 1654) , en relación con los art. 14 (derecho a no ser discriminada por su condición de mujer) y 24.1 de la CE (RCL 1978, 2836) (garantía de indemnidad) en relación con el artículo 54 y 55.1 del ET . Y ello al entender que existen indicios de que el despido se ha adoptado vulnerando derechos fundamentales, al ser una represalia y un acto discriminatorio, como consecuencia de las solicitudes de reducción de jornada planteada por la actora, lo que funda en los siguientes precedentes:

Tras quedarse embarazada, la actora, fue despedida el 22 de mayo de 2012, dictándose sentencia el 5 de octubre de 2012 que lo declaró nulo, con los efectos inherentes a semejante declaración de readmisión in natura, pues así consta en el párrafo primero del hecho probado tercero. La propia ejecución de la sentencia resulto bastante problemática, declarándose la readmisión irregular, como se constata tras la revisión del hecho probado tercero y encontrándose prolongada su ejecución judicial a lo largo del tiempo hasta el 14 de julio de 2015. También a juicio de quien recurre, constituye indicio, el hecho de la actora se viera obligada a formular solicitud al SERCLA en reconocimiento de la concreción horaria de su permiso de lactancia tal y como figura en el hecho probado tercero. Además constituye otros indicios que debió haber dado lugar a que la Magistrada de instancia invirtiera la carga de la prueba conforme a lo establecido en el art. 181.2 de la LRJS , la denuncia

Sensitivity: Confidential

ante la Inspección de trabajo presentada el 12 de septiembre de 2013 aduciendo infracotización al no cotizar la empresa por las supuestas dietas que abonaba a la actora, a cuya resultas se levantó acta de liquidación de cuotas, tal y como resulta del hecho probado tercero in fine. Y máxime cuando tras dicha denuncia, la empresa comunicó a la actora la imposición de 4 sanciones a lo largo de los años 2014 y 2015, habiendo sido todas ellas impugnadas judicialmente y dejadas sin efecto, unas por sentencias y las últimas por conciliación judicial, estando señalada la última de ellas para el 1 de diciembre de 2015 un mes antes del despido, fecha en la que se concilió, tal como resulta del hecho probado cuarto in fine. Así las cosas, la empresa a juicio de quien recurre, dada la presencia de indicios, debería acreditar la procedencia del despido disciplinario, máxime cuando añade a lo anterior, la circunstancia ya expuesta en el anterior motivo, de estar al tiempo del cese en situación de haber solicitado una reducción de jornada y por venir disfrutando otra, ambas por guarda legal, con lo que entra en juego la nulidad objetiva del artículo 55.5 b) del ET .

Además analizando los tres incumplimientos, entiende que no hay prueba que justifique su despido pues: a) en relación al supuesto incumplimiento continuo y reiterado de activar el GPS y de atender a las explicaciones de la empresa se achaca a la actora un incumplimiento que en modo alguno puede imputársele, pues desde el 28 de septiembre en que se introduce el sistema GPS, comunicándose que debía instalarlo cada trabajador en su terminal, el sistema ha dado numerosos problemas, y además dichos problemas han sido generalizados, siendo buena prueba de ello lo siguiente: Correo de 8 de octubre de 2015, remitido por la empresa a todos los trabajadores, en el que se señala que muchos GPS no radiaban, siendo que por parte de la empresa no se sanciona, sino que se limita a pedir que sea más diligente, añadiendo, que "no creo que sea serio que todos los días tengo que estar enviando este tipo de correo" lo que revela que el fallo era frecuente. Otro correo de 6 de noviembre de 2015 remitido a dos trabajadores (no solo a la actora) solicitando que se ponga en marcha el GPS. Otro e-mail de 16 de diciembre de 2015 remitido a la actora, hablando sobre el mal funcionamiento del sistema. Además, en ningún momento se le hizo apercibimiento a la actora, ni se le indicó que la mala utilización del programa podría suponerle una sanción o el despido. Sólo es después del despido, como revela el correo enviado el 12 de enero de 2016 por el Sr. Romulo (jefe de operaciones) cuando se indica que la utilización del GPS es obligatorio en el horario de trabajo y que se pretende usar como un fichaje de entrada, correo en el que se añade que algunos estáis recibiendo muchos días el aviso que el GPS está desactivado, no siendo complicado, por lo que a partir de ahora si no hay notificación de errores, en vuestros terminales el no uso de este sistema será un problema disciplinario, según consta en la revisión fáctica propuesta por la recurrente. Ello es relevador a juicio de

Sensitivity: Confidential

quien recurre, de que la empresa no podía sancionar a la actora por no haber utilizado el GPS, especialmente cuando dicho incumplimiento tenía lugar por otros tantos trabajadores de la empresa respecto de los que no consta que hayan sido sancionados. Y además cuando hasta el 12 de enero de 2016 (varios días después de habérsele abierto el expediente disciplinario a la actora) no se indica, que es a partir de ahora cuando podrán ser sancionados por estos hechos, se justifica que hasta ese momento no existía obligación alguna para los trabajadores exigible.

b) En lo que respecta al aducido incumplimiento continuo de los métodos de trabajo de la empresa, entiende que sólo está probado tal y como se refleja en el hecho probado sexto de la sentencia que el 17 de noviembre se activó el proceso de envió temporal por e-mail de la previsión de líneas, declarándose probado, que desde entonces existen problemas durante 12 días, si bien hasta el 16 de diciembre de 2015, sin que conste que se extienda más allá de dicha fecha el incumplimiento, lo que, a juicio de quien recurre, hace que difícilmente pueda entenderse que case con un incumplimiento voluntario y continuo. Pues si dura sólo un mes y luego se corrige, pudo deberse a la falta de formación entregada a la trabajadora, no constando al igual que pasa con la utilización del GPS, que la empresa le requirió para que cumpliese, pareciendo que esta falta de apercibimiento en la obligación de seguir la metodología previa al despido revela que el objetivo empresarial era exclusivamente el sancionarla.

Y c) en lo que hace al incumplimiento de los objetivos mínimos pactados, entiende la parte recurrente que no podía ser sancionada por tres razones:

a) por ausencia de la gravedad y de culpabilidad, que requiere el artículo 54.1, pues ha quedado acreditada tras la revisión fáctica, que la actora se incorporó de vacaciones el 13 de enero de 2015 y tras su reincorporación estuvo de baja médica hasta el 13 de marzo de 2015, no pareciendo razonable, a juicio siempre de quien recurre, que casi, tres meses de ausencia, en una labor comercial, se exija a la actora de forma rígida la realización de unos determinados objetivos, que además, sólo podrían ser sancionados por el periodo de mayo a septiembre, esto es 5 meses, pues el periodo posterior no podría ser sancionado, como razona más adelante.

b) por insuficiencia de la carta de despido que causa indefensión conforme al artículo 55.1 del ET , ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras SSTS de 24 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1222) y 25 de enero de 1988 (RJ 1988, 42) respecto a la acreditación de la disminución de rendimiento, exige que se realice en la carta un término comparativo sobre el rendimiento normal ex artículo 20. 2 del ET (con un periodo previo del mismo trabajador o con otro trabajador en el mismo periodo) lo que no se realiza en la carta, sino por vez primera en el acto del juicio, lo

Sensitivity: Confidential

que causa una indefensión relevante, y no puede tenerse en cuenta a la hora de sancionar.

c) Y porque respecto al único incumplimiento sancionable, caso de existir, que sería el que se extiende hasta el 30 de septiembre de 2015, estaría prescrito, al finalizar en dicha fecha y comenzar a correr el plazo de prescripción de 60 días del art. 60.2 del ET , dado que a partir del 1 de octubre de 2015 la situación de la actora cambia radicalmente, en tanto que entre ambas partes se acuerda la fijación de un nuevo sistema de trabajo, calificado expresamente como extraordinario, previéndose en dicho acuerdo una consecuencia expresa, para el no cumplimiento de los objetivos, como es el regreso a la jornada previa y no el despido.

Por todo ello, al no haberse cumplido con la obligación empresarial de acreditar que su actuación queda al margen de todo propósito lesivo, termina el motivo reclamando la declaración de nulidad del despido y de manera subsidiaria de improcedencia.

Pues bien en relación a la nulidad por infracción del artículo 24.1 de la CE en relación con el artículo 55.5 del ET , que no ha sido acogido en la Sentencia de instancia y que es el otro motivo en el que la parte recurrente funda la obtención de la nulidad, cabe afirmar que el Tribunal Constitucional ha reconocido como parte del derecho de tutela judicial efectiva, la denominada garantía de indemnidad. La STC 16/2006, de 19 de enero (RTC 2006, 16) del Pleno de este Tribunal, hace referencia, precisamente, al doble plano en el que la demandante de amparo sitúa en esta ocasión su queja, a saber: la protección material que otorga la garantía de indemnidad y, en segundo lugar, la proyección de la doctrina constitucional sobre la distribución de cargas probatorias en el proceso laboral a supuestos en los que está comprometida esa garantía, trasgresión de la tutela judicial efectiva que no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo, se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza [entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 55) , F. 2 ; 87/2004, de 10 de mayo (RTC 2004, 87) , F. 2 ; 38/2005, de 28 de febrero (RTC 2008, 38) , F. 3 ; y 144/2005, de 6 de junio (RTC 2005, 144) F. 3.

En el campo de las relaciones laborales la garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser

Sensitivity: Confidential

calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores; SSTC 14/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 14) , F. 2 ; 38/2005, de 28 de febrero (RTC 2005, 38) , F. 3 ; y 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 182) , F. 2.

La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5 c) del Convenio núm. 158 (RCL 1985, 1548) de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 29 de junio de 1985), norma que ha de ser tenida en cuenta, por mandato del art. 10.2 de la Constitución , a efectos de la interpretación de derechos fundamentales. Tal precepto excluye expresamente de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo "haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Esa restricción la hicimos extensiva en la STC 14/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 14) , F. 2, "a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación in natura cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho". En este sentido cabe citar también la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de septiembre de 1998 (TJCE 1998, 207) (asunto C-185/97), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207 CEE (LCEur 1976, 44) , declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales o previas necesarias para el ejercicio de las mismas.

También es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, en nuestro caso se aduce también el de discriminación por razón de ideología o filiación política, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de

Sensitivity: Confidential

semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (por todas, SSTC 66/2002, de 21 de marzo (RTC 2002, 66) , F. 3 ; 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17) , F. 4 ; 49/2003, de 17 de marzo (RTC 2003, 49) , F. 4 ; 171/2003, de 29 de septiembre (RTC 2003, 171) , F. 3 ; 188/2004, de 2 de noviembre (RTC 2004, 188) , F. 4 ; y 171/2005, de 20 de junio (RTC 2005, 171) , F. 3)»".

En el presente supuesto, el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, permite considerar probado que se revelan los presupuestos a los que tanto nuestra jurisprudencia como la doctrina constitucional asocia la nulidad de la decisión extintiva ya que se patentiza panorama indiciario de que se ha producido una efectiva infracción del derecho de tutela por vulneración del principio de indemnidad y de que se haya vulnerado el artículo 14 de la CE , pues la trabajadora ha proporcionado indicios razonables, lo que se llama prueba verosímil o principio de prueba, en el caso, como se reflejan desde luego en el párrafo primero del hecho probado tercero tal y como ha quedado revisado, y párrafo penúltimo y último del hecho probado tercero.

Por lo que a partir de estos hechos indubitados, recae sobre la empresa la carga de probar la razonabilidad, individualidad y proporcionalidad del despido disciplinario de 13 de enero de 2016, así como el carácter absolutamente ajeno al propósito de atentar contra los derechos fundamentales, lo que la misma ha logrado acreditar, ya que en relación con los hechos imputados en la carta de despido, por lo que hace al de indisciplina o desobediencia en el trabajo por incumplimiento continuado y reiterado de su obligación de activar el dispositivo GPS de seguimiento y control de rutas e inicio y fin de jornada y omisión del deber de atender las peticiones de explicaciones de la empresa de porque no activaba dicho dispositivo conforme al art. 54 b) del Estatuto de los Trabajadores , en el caso de autos consta a la vista de lo acreditado en el ordinal sexto, que no se ve impedido por la incorporación de los correos electrónicos que se han adicionado a instancias de la recurrente, que en la empresa todos los empleados dedicados a la actividad comercial tiene instalado un lector GPS que indica la posición del dispositivo en cada momento durante la jornada laboral. La última aplicación instalada y que viene siendo utilizada por todos los comerciales es la LIFE 360, todos están informados y formados para su uso y todos los dispositivos han venido funcionando correctamente salvo el de la actora que ha

Sensitivity: Confidential

dado múltiples fallos inexplicables que los técnicos sólo pueden achacar a un uso incorrecto bien, porque la actora no lo conecta correctamente o lo manipula indebidamente. Es norma en la empresa que en caso de fallo a primera hora se mandan incidencias y en concreto a la actora se le han remitido múltiples avisos al apreciarse que no estaba conectada ni localizada, concretamente en los días 5, 6, 16 de noviembre, 1, 9, 10, 11, 14, 15 de diciembre de 2015 todos ellos sin contestación por su parte. Estos extremos han sido ratificados y acreditados con el informe pericial emitido por el responsable de operaciones que obra a los folios 796 y 707 de los autos y que se da por reproducido. Se ha acreditado que el resto de comerciales activan adecuadamente cada día el dispositivo y son localizados por la empresa sin problemas. Esta conducta de la trabajadora no supone como señala la Magistrada de instancia una desobediencia aislada sino constante y sin que pese a las advertencias haya rectificado su actitud, lo que conlleva valorar el supuesto como de indisciplina y desobediencia grave y culpable.

Porque respecto a la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo por incumplimiento reiterado y continuado de los métodos de trabajo de la empresa conforme al art. 54 d) se ha acreditado en el hecho probado sexto igualmente que existen en la empresa unas normas relativas al seguimiento de objetivos y un procedimiento a seguir implantado en el proceso de ventas del departamento de captación que consiste en que:

1.- Cada comercial tiene que tener activo en cada momento un mínimo de 5 operaciones activadas para asegurar la consecución de sus objetivos.

2.- Como metodología unificada en la empresa, también se solicita que las líneas activas en proceso de venta deben ser el doble de su objetivo.

3.- Todas las operaciones "vivas" tiene que tener una tarea/visita futura configurada para dejar registrado el siguiente paso a dar con la venta.

4.- Todas las operaciones "vivas" tiene que tener como máximo 7 días hábiles de vida. Si este plazo se cumple el cierre de la operación tiene que tener una justificación para este.

Para llevar un control de esta metodología de trabajo desde el día 17 de noviembre se activó el proceso de envío temporal por e-mail de la previsión de lineas en venta para informar individualmente de las líneas que tiene cada comercial en proceso de venta. Este envío se realiza individualmente y se manda a todos los comerciales del departamento de captación sin ninguna excepción y también se describe si se cumplen todos los procedimientos solicitados.

Sensitivity: Confidential

En relación con el cumplimento de objetivos por la actora se ha acreditado que la misma viene incumpliendo los procedimientos marcados pese a los numerosos avisos que se le han efectuado respecto de los cuales la misma ha hecho caso omiso, todo ello conforme consta en el informe que obra a los folios 796 a 799 de las actuaciones, por lo que resulta ajustado calificar dicha conducta como hace la Magistrada de instancia, atendiendo a la categoría profesional de la actora, el sistema de trabajo y las funciones encomendadas, como grave la cual viene determinada no sólo por la reiteración en que incurre sino también en el hecho de que la indisciplina respecto al método de trabajo a seguir supone una importante alteración en el sistema de trabajo seguido en la empresa, encajando esta conducta en la falta de transgresión de la buena contractual y abuso de confianza en el trabajo del art. 54.2 d).

Y respecto a la última de las imputaciones que se efectúan a la actora relativa a la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado por incumplimiento de los objetivos mínimos pactados conforme al art. 54 e) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) , del que no resulta predicable la prescripción al tratarse de una falta continuada en el tiempo, que no cesa hasta finales de diciembre de 2015, porque asimismo el hecho probado quinto revela que realizando una comparativa de la actividad de la actora en relación con el resto de compañeros y teniendo en cuenta que, en todo caso, los objetivos marcados a la trabajadora y que figuran recogidos en la carta, son proporcionales a sus respectivas reducciones de jornada, la actora ha venido incumpliendo los objetivos marcados, habiéndose probado que la empresa cada trimestre comunica los objetivos que de forma individualizada debía alcanzar cada trabajador y a la actora se le marcaban los mismos en función de sus reducciones de jornada. En el año 2015 los objetivos mínimos de voz fijados a la actora eran de 130,5 y la misma en todo el año alcanza 53 lo que supone una diferencia de -77,5. Los objetivos alcanzados por la actora por meses son: Enero, febrero y marzo: 0, Abril: 14, mayo y junio: 0, Julio: 5, agosto: 4 Septiembre: 6, octubre: 3, noviembre: 11, diciembre: 10 y enero de 2016: 0.

Estos datos revelan, sin necesidad de acudir a las sanciones anteriores que se han recogido en el hecho probado cuarto, que fueron declaradas nulas o anuladas no por no ser ciertos los incumplimientos de objetivos, sino por un problema de falta de tipicidad y a pesar de las revisiones fácticas propuestas por la actora en relación con los particulares de esta imputación, el incumplimiento evidente de los objetivos por parte de la trabajadora y reiterado en el tiempo, sin que pueda ser admisible el alegato que únicamente era ella la sancionada, al haber otros trabajadores que no alcanzaban objetivos y que no han sido despedidos, pues lo cierto es que ha quedado acreditado que la empresa ha procedido a sancionar al trabajador Carlos Jesús por

Sensitivity: Confidential

no alcanzar los objetivos en fecha de 13 de abril de 2014 con amonestación escrita y en fecha de 1 de junio de 2014 con el despido. Asimismo constan sancionados los trabajadores Alfredo , Conrado , Gabriel , Luciano , Carlos Jesús . Samuel , Luis Pedro , Azucena , algunos de ellos con el despido.

Lo anteriormente razonado conduce al rechazo de las infracciones relacionadas con la petición de nulidad y de improcedencia por ende a la desestimación del motivo, pues a la vista del examen individualizado del caso concreto que ha hecho la Magistrada de instancia y que nosotros aquí hemos avalado, la conducta de la trabajadora constituye unas infracciones de gravedad suficiente para que resulte procedente la sanción de despido.

Cuarto

CUARTO

.- Se cierra la censura de derecho, denunciando la infracción de la Disposición adicional decimonovena, apartado 1 del ET (RCL 2015, 1654) , conforme a la cual, el salario debería ser el de 50,77 € si considerar la reducción de jornada efectuada, a la vista de que debe considerarse, siempre a juicio de quien recurre, que la trabajadora permanecía en situación de reducción de jornada por guarda legal, teniendo en cuenta que tras la revisión fáctica, el salario día por todos los conceptos según la jornada realmente trabajada de 36 horas semanales en los meses de octubre de diciembre era de 45,69 €. Ahora es diáfano que el motivo no puede prosperar al no ser aplicable al supuesto de hecho al tiempo del despido la reducción de jornada por guarda legal.

Por todo lo anteriormente expuesto el recurso debe ser desestimado en su integridad.

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Dª. Constanza contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Cinco de los de Granada, en fecha 19 de diciembre de 2016 , en Autos núm. 167/2016, seguidos a instancia de la mencionada recurrente, en reclamación sobre DESPIDO, contra RE Y BE PHONE S.L., siendo parte el MINISTERIO FISCAL, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011, 1845) y que habrá de prepararse

Sensitivity: Confidential

ante esta Sala dentro de los DIEZ DÍAS siguientes al de su notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del art. 221, debiéndose efectuar, según proceda, las consignaciones previstas en los arts. 229 y 230 de la misma, siendo la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala la abierta en la entidad bancaria Santander Oficia C/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital con núm. 1758.0000.80.0770.17. Si el ingreso se efectuare por transferencia bancaria, habrá de hacerse en la cuenta del Banco de Santander ES55 0049 3569 9200 0500 1274, debiendo indicar el beneficiario y en "concepto" se consignarán los 16 dígitos del número de cuenta 1758.0000.80.0770.17. Y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

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

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada en audiencia pública fue la anterior sentencia el mismo día de su fecha. Doy fe.

Sensitivity: Confidential