

**JUR 2010\309670**

**Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad de Madrid núm. 551/2010 (Sala de lo Social, Sección 2), de 20 julio**

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 2611/2010.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Concepción Morales Vállez.

RSU 0002611/2010

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2

MADRID

SENTENCIA: 00551/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 002 (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2010 0040526, MODELO:

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACIÓN 0002611/2010

Materia: DESPIDOS DISCIPLINARIOS

Recurrente/s: CLUB DEPORTIVO BREZO OSUNA

Recurrido/s: Segismundo

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 32 de MADRID de DEMANDA 0000775/2009

Sentencia número: 551//10

Ilmos/as. Sres/as. D/D<sup>a</sup>.

MANUEL RUIZ PONTONES

FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

CONCEPCIÓN MORALES VALLEZ

En Madrid a 20 de julio del 2010, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

### **S E N T E N C I A**

en el RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 2611/2010, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/D<sup>a</sup>. AITOR PORTILLO OCHOA, en nombre y representación de CLUB DEPORTIVO BREZO OSUNA, contra la sentencia de fecha 17-7-09, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL NÚM. 32 DE MADRID en sus autos número 775/2009, seguidos a instancia de D.Segismundo representado por el Letrado D. JOSÉ ISAUD ALEJOS SÁNCHEZ frente a CLUB DEPORTIVO BREZO OSUNA, en reclamación por DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MORALES VALLEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada

parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- El actor prestaba servicios para la parte demandada con antigüedad de 5-4-2004, salario con prorrateo de pagas extras de 2.160,77 euros y categoría de oficial de mantenimiento.

SEGUNDO.- La relación laboral comenzó el 5-4-2004 con contrato temporal que finalizó el 30-9-2004 y sin solución de continuidad fue contratado de nuevo el 1-10-2004 con contrato de obra o servicio determinado que fue convertido en fijo con efectos 1-7-2005.

TERCERO.- Desde el enero 2008 la empresa le asignó funciones de encargado, abonándole en nómina un plus por tal concepto. El plus asciende a 287,62 euros.

CUARTO.- Por escrito de 31-3-2009, que obra unido a autos y se da por reproducido a estos solos efectos, el actor fue despedido.

QUINTO.- No ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores.

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

"Con estimación de la demanda presentada por Segismundo con CLUB DEPORTIVO BREZO OSUNA debo declarar y declaro improcedente el despido del actor y debo condenar y condeno a la parte demandada a optar, en el plazo de cinco días, entre readmitirle en las mismas condiciones que tenía antes del despido o indemnizarle con la cantidad de 15.984 euros así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución a razón de 71,04 euros al mes".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDADA tal recurso objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 26-5-10 , dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 20-7-10 para los actos de votación y fallo.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO** Frente a la sentencia de instancia en la que se estima la pretensión actora articulada con carácter subsidiario en la demanda rectora de las presentes actuaciones por despido nulo o subsidiariamente improcedente, se formaliza Recurso de Suplicación por la representación procesal del CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA, en el que se articulan cuatro motivos de recurso.

El primero, al amparo del artículo 191, apartado b) del RDL 2/1995, de 7 de abril , interesando la adición de un nuevo Hecho Probado, para lo que se propone un texto del siguiente tenor literal, "En fechas 03/11/2008, 16/12/2008, 13/01/2009, 27/01/2009, 11/03/2009, 11/03/2009, 12/03/2009, 24/03/2009 y 26/03/2009 el trabajador recibió las comunicaciones que obran en autos y se dan por reproducidos.", citando en apoyo de su pretensión las comunicaciones empresariales de fechas 03/11/2008 (folios 161 a 164), 16/12/2008 (folio 165), 13/01/2009 (folio 166), 27/01/2009 (folio 167), 11/03/2009 (folio 168 a 171), 11/03/2009 (folio 172), 12/03/2009 (folio 173 a 176), 24/03/2009 (folio 177 a 202), y 26/03/2009 (folios 203 a 205).

En efecto, las citadas comunicaciones empresariales, ponen en evidencia su existencia, así como su contenido, por lo que no encuentra la Sala obstáculo alguno para su incorporación al relato de probados y ello, aun cuando la adición fáctica interesada por la parte recurrente no aporte al relato de hechos probados efectuado por el Juzgador de instancia, hechos que devengan trascendentes a efectos del fallo que se ha de dictar, como después se verá.

El segundo, al amparo del artículo 191, apartado b) del RDL 2/1995, de 7 de abril , interesando la adición de un nuevo Hecho Probado, para lo que se propone un texto del siguiente tenor literal, "En el cuaderno del Plan General de Mantenimiento del primer trimestre de 2009 se encuentran sin marcar con su correspondiente cruz, los trabajos diarios desde el 02/03/2009, los trabajos semanales desde el 02/03/2009, los trabajos mensuales desde el mes de marzo así como los trabajos trimestrales, si constando tanto las cruces como las correspondientes observaciones en los trabajos diarios de enero y febrero de 2009 y el 01/03/2009, los semanales hasta el 02/03/2009 y los diarios desde el 01/01/2009 hasta el 01/03/2009.", citando en apoyo de su pretensión la comunicación empresarial de fecha 24/03/2009 (folios 42 a 55 y 177 a 202).

Del cuaderno del Plan General de Mantenimiento del primer trimestre de 2009, se infiere de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, la ausencia de una cruz, al lado de las tareas diarias, semanales y mensuales, que en él se relacionan, por lo que no encuentra la Sala obstáculo alguno para su incorporación al relato de probados y ello, aun cuando la adición fáctica interesada por la parte recurrente no aporte al relato de hechos probados efectuado por el Juzgador de instancia, hechos que devengan trascendentes a efectos del fallo que se ha de dictar, como después se verá.

El tercero, al amparo del artículo 191, apartado b) del RDL 2/1995, de 7 de abril, interesando la adición de un nuevo Hecho Probado, para lo que se propone un texto del siguiente tenor literal, "En fecha 16/01/2009 se le entregó al actor la comunicación que obra en autos y cuyo contenido se da ahora por reproducida, incluyendo, entre otras precisiones la obligación del trabajador del cumplimiento de los cuadros de trabajo, horarios y tiempos, y la obligación de informar debidamente a la Dirección del Club de cualquier cambio en los horarios y la previa autorización de la Dirección para la realización de horas extraordinarias.

Posteriormente, en fecha 26/01/2009, se le comunica al trabajador la forma de cobertura de turnos para el viernes, sábado y domingo días 27 y 28 de febrero y 1 de marzo de 2009, en el que expresamente se señalaba que el trabajador DonEdmundo debía acudir a trabajar tanto el día 28 de febrero como el día 1 de marzo de 2009, como compensación por no haber acudido a trabajar este trabajador los días 19 y 20 de febrero de 2009.

En fecha 1 de marzo DonEdmundo no acudió a trabajar al Club.

En fecha 5 de marzo el actor, remitió a la empresa, el escrito que obra en autos y cuyo contenido se da ahora por reproducido explicando los motivos por los que no acudió a trabajar DonEdmundo el 01/03/2009.

En fecha 06/03/2009 la empresa remite al actor, el escrito que obra en autos y cuyo contenido se da ahora por reproducido, manifestando al actor el incumplimiento de la orden expresa en relación al cumplimiento de turnos del fin de semana de los días 27 y 28 de febrero y uno de marzo de 2009, remitida el 26/02/2009.

Finalmente, en fecha 13/03/2009 por la Dirección de la empresa sanciona a DonEdmundo por inasistencia al trabajo tal y como obra en el documento de dicha fecha que se da ahora por reproducido.", citando en apoyo de su pretensión las comunicaciones empresariales de fechas 15/01/2009 (folios 206 y 207), 26/02/2009 (folios 208 y 209), 03/03/2009 (folio 210), 12/03/2009 (folios 211 y 214).

En efecto, las citadas comunicaciones empresariales, ponen en evidencia su existencia, así como su contenido, por lo que no encuentra la Sala obstáculo alguno para su incorporación al relato de probados, de forma que se haga constar las fechas de las comunicaciones que obran en autos y se den por reproducidas, pero no la transcripción parcial del contenido de las mismas que por la recurrente se efectúa, y ello, aun cuando la adición fáctica interesada por la parte recurrente no aporte al relato de hechos probados efectuado por el Juzgador de instancia, hechos que devengan trascendentes a efectos del fallo que se ha de dictar, como después se verá.

El cuarto, al amparo del artículo 191, apartado c) del RDL 2/1995, de 7 de abril, por infracción del artículo 24 de la Constitución, de los artículos 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores, de los artículos 2.h), 3.b), 3.k), y 4.c) del Convenio Colectivo del CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA, y del artículo 44 del II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, por entender en síntesis la recurrente, y se transcribe su tenor literal, que:

Se ha inaplicado el artículo 2.h) del Convenio Colectivo del CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA y "entiende esta parte que queda evidenciada la procedencia de la imposición de la falta grave por desidia o negligencia en el trabajo."

Se ha inaplicado el artículo 3.b) del Convenio Colectivo del CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA y el artículo 43 del II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios y "entiende esta parte que queda evidenciada la procedencia de la imposición de la falta muy grave por fraude, deslealtad y abuso de confianza en las labores de organización de turnos y horarios de sus trabajadores."

Se ha inaplicado el artículo 3.k) del Convenio Colectivo del CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA y el artículo 43 del II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios y "entiende esta parte que queda evidenciada la procedencia de la imposición de la falta muy grave por la disminución voluntaria y continua del rendimiento normal del trabajador."

En la notificación extintiva de fecha 31/03/2009 (folios 6 y 7), se le imputa al actor, que ostenta la categoría de oficial de mantenimiento y desarrolla funciones de encargado desde el mes de enero de 2008 (Hechos Probados Primero y Tercero), en síntesis:

Negligencia y desidia en el trabajo que afecta a la buena marcha del servicio.

Fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas por la empresa.

Disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal del trabajo.

Y ello, en los términos que al efecto se contienen en la citada comunicación y que se tiene por expresamente reproducida en el Hecho Probado Cuarto de la Sentencia de Instancia, lo que a criterio de la empleadora, ha de ser calificado como una falta grave de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.h) del Convenio Colectivo de

aplicación, y como dos faltas muy graves de acuerdo con lo establecido en los artículos 3.b) y 3.k) del Convenio Colectivo del CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA, y sancionable con el despido.

El Convenio Colectivo de la empresa CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA (BOCM de fecha 31/12/1988), contiene un régimen disciplinario que sanciona como faltas graves, y se transcribe su literalidad, la "Negligencia o desidia en el trabajo que afecta a la buena marcha del servicio" -ordinal 2.h)-, y como faltas muy graves, y se transcribe igualmente su literalidad, "El fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y el hurto o robo, tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo o a cualquier otra persona, dentro de las dependencias de la empresa o durante el trabajo en cualquier otro lugar" y "La disminución voluntaria continuada en el rendimiento normal del trabajo, siempre que no esté motivada por el ejercicio de derecho alguno reconocido en las leyes." -ordinales 3.b) y 3.k)-.

Por su parte el ordinal 4.c) del régimen disciplinario que se contiene en el Convenio Colectivo de la empresa CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA (BOCM de fecha 31/12/1988), establece que las sanciones máximas que pueden imponerse por faltas muy graves, y se transcribe su literalidad, son "desde la suspensión de empleo y sueldo de 16 a 60 días, hasta la rescisión del contrato de trabajo, en los supuestos en que la falta fuera calificada de un grado máximo."

A estos efectos, no consta debidamente acreditado en las actuaciones, ninguna de las imputaciones que se contienen en la comunicación extintiva de fecha 31/03/2009, puesto que no consta ningún supuesto de hecho constitutivo de negligencia y/o desidia en el trabajo que afecte a la buena marcha del servicio, ni constitutivo de fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas por la empresa, ni tampoco consta acreditada una disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal del trabajo.

En efecto, lo único que consta en las actuaciones es una serie de requerimientos empresariales en materia de mantenimiento de las instalaciones (folios 161 a 205), pero de ellos no cabe inferir sin más como aquí se pretende que exista una negligencia y/o desidia por parte del trabajador; una incidencia en cuanto a la inasistencia al puesto de trabajo del Sr. Edmundo el día 01/03/2009, de la que no cabe inferir, sin más, la existencia de fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas por la empresa; y tampoco consta la existencia de una disminución del rendimiento por causas imputables al trabajador, o que nos encontramos ante un rendimiento inferior al normal, pues no basta un mero análisis de las tareas pendientes de ejecutar en las instalaciones deportivas, desvinculado de otros elementos fácticos comparativos, para que pueda considerarse la existencia de una disminución voluntaria y continuada en el rendimiento.

El Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de fechas 07/07/1983 y 25/01/1988, tiene declarado, al interpretar el artículo 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, que en la interpretación de este precepto la doctrina jurisprudencial ha venido a señalar que para apreciar la existencia de bajo rendimiento, como causa de resolución del contrato de trabajo, es necesario que concurren las notas de voluntariedad o intencionalidad del sujeto, así como la reiteración y la continuidad, y además que la constatación de la disminución del rendimiento debe hacerse a través de un elemento de comparación dentro de condiciones homogéneas, bien con respecto a un nivel de productividad previamente delimitado por las partes -rendimiento pactado-, o bien en función del que deba ser considerado debido dentro de un cumplimiento diligente de la prestación de trabajo conforme al artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores -rendimiento normal- y cuya determinación remite a parámetros que, siempre dentro de la necesaria relación de homogeneidad, pueden vincularse al rendimiento del mismo trabajador o de otro compañero de trabajo.

Conforme a lo expuesto, y al no constar debidamente acreditado ninguno de los incumplimientos alegados por el CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA, en su notificación extintiva de fecha 31/03/2009, ineludiblemente el despido ha de ser calificado como improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108.1 del RDL 2/1995, de 7 de abril.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que en virtud de cuanto antecede, procede la desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal del CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA, y confirmar la Sentencia de instancia en todos sus términos.

Se condena al CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA, al abono de los honorarios devengados por el Letrado de la parte contraria que ha actuado en el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 233.1 del RDL 2/1995, de 7 de abril, cuantificándose estos en 400 #.

A la consignación efectuada por el CLUB DEPORTIVO BREZO DE OSUNA, por importe de 11.366,40 #, désele el destino legal.

Disponemos la PÉRDIDA DEL DEPÓSITO constituido para recurrir, al que se dará el destino legal cuando la presente Sentencia sea firme.

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

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

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del depósito de 300 euros conforme al art. 227.2 LPL y la consignación del importe de la condena cuando proceda, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos separadamente en la cuenta corriente número 2827 0000 002611/10 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en C/ MIGUEL ÁNGEL, 17 28010 MADRID.

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

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

### **PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.