

DESPIDO DISCIPLINARIO. Disminución voluntaria del rendimiento normal del trabajador como medida de presión a la empresa. Pretendía quejarse porque se les habían reducido los incentivos y también por una categoría superior que no le habían reconocido. Procedencia. La garantía de indemnidad no protege frente a conductas incumplidoras del contrato de trabajo que, además, no son legales. Los empleados tienen abierta la vía judicial o la huelga para protestar por sus derechos, pero no pueden optar por esta vía porque pusieron en riesgo el cumplimiento de los objetivos pactados entre su empleadora y la contratista.

El TSJ Andalucía desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Sevilla que declaró la procedencia del despido por disminución del rendimiento voluntaria.

TEXTO

Recurso nº 939/21 -E- Sentencia nº 151/23

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA. SRA./ ILMOS. SRES.:

D. CARLOS MANCHO SANCHEZ

DÑA. Mª DEL CARMEN LUCENDO GONZÁLEZ (Ponente)

D. OSCAR LÓPEZ BERMEJO

En Sevilla, a dieciocho de enero de dos mil veintitrés

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 151/23

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Luis Francisco, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Sevilla dictada en los autos nº 360/2018; ha sido Ponente el Ilma. Sra. Doña María del Carmen Lucendo González, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Luis Francisco contra SERMICRO, SAS y IECISA, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 25/11/2020, por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

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

I.- D. Luis Francisco, mayor de edad y con DNI nº NUM000, comenzó a prestar sus servicios bajo las órdenes y dependencia de la empresa SERMICRO con fecha 15/6/2016, suscribiendo dos contratos:

1. Contrato de trabajo temporal de fecha 15/6/2016, eventual por circunstancias de la producción, con categoría profesional de ayudante operador fotocopiadora, con centro de trabajo en Camino de Las Erillas s/n en San Juan de Aznalfarache, Sevilla, a tiempo parcial, con duración prevista hasta el 7/9/2016, con el objeto de atender el incremento de la carga de trabajo y del inicio del periodo vacacional del personal adscrito para el cliente SAS, a través de IECISA (NUM001). Las tareas a realizar por parte del trabajador son las correspondientes a su categoría profesional de ayudante/operador fotocopiadora para realizar funciones digitalización de documentos a desarrollar en las instalaciones del cliente, Camino de las Erillas s/n en San Juan de Aznalfarache, Sevilla o donde corresponda, teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa. La retribución será según lo establecido en el convenio colectivo de empresa para el ámbito de la provincia de Sevilla, distribuida en 14 pagas. Y la jornada de trabajo será de 23 horas semanales y el horario de trabajo se llevará a cabo de lunes a domingo en horario comprendido entre las 8 y las 20 hora, se adaptará a las necesidades del servicio.

2. Contrato de trabajo temporal de fecha 15/5/2017, de obra o servicio determinado, con categoría profesional de ayudante operador fotocopiadora, con centro de trabajo en Camino de Las Erillas s/n en San Juan de Aznalfarache, Sevilla, a tiempo parcial, con duración prevista hasta el fin total/parcial de la obra o servicio, con el objeto de la realización por parte del trabajador de las funciones correspondientes a su categoría profesional de ayudante operador de fotocopias, para desarrollar funciones de digitalización de documentos, según condiciones del contrato adjudicado por el IECISA-SAS, para la empresa SERMICRO, a desarrollar en las dependencias del cliente situadas en Camino de

las Erillas s/n (41920) San Juan de Aznalfarache, Sevilla. La retribución bruta anual es de 5449,40 €, distribuidos en 14 pagas. La prestación del trabajo se llevará a cabo de lunes a viernes, a razón de 22 horas semanales.

II.- El Convenio Colectivo de SERMICRO es el de aplicación a esta relación laboral.

III.- El salario diario es de 19,65 €, por reproducidas las nóminas.

IV.- El día 21/10/2015 el SAS e IECISA firmaron un contrato de servicios para que la segunda procediera a la mecanización de datos de los justificantes de dispensación de receta electrónica y de las recetas facturadas altas por las oficinas de farmacia de Andalucía, prorrogándose el contrato en fecha 19/10/2017, firmándose una cláusula adicional. En el pliego de cláusulas administrativas particulares, se prevé la posibilidad de su contratación del servicio, en los términos del artículo 226 (LA LEY 21158/2011) y 227 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011), RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público (LA LEY 21158/2011), texto vigente al momento de la formalización del citado contrato.

V.- En abril de 2013, el límite fijado para el devengo de incentivo era de 3441 recetas/ ahora, siendo el importe del incentivo equivalente a 0,001563 €/receta por cada una que excediera del umbral señalado.

En marzo de 2014, se produjo una reducción del importe de los incentivos hasta el importe de 0,001094 €/receta con objeto de adecuarlo a la evolución de los costes reales del proyecto, decisión que asumieron los trabajadores.

En diciembre de 2015 se renovó el equipo de escaneo, lo que provocaba un aumento sustancial del rendimiento del mismo y, por tanto, la productividad de los trabajadores daba cuenta la mejora de las herramientas, provocó que en esa fecha e implantado en enero de 2016, el umbral pasase de 3441 registros/hora a 4680 registros/hora, reduciendo además el precio del incentivo a 0,000603 €/receta, decisión que asumieron los trabajadores.

VI.- En enero de 2018, se intentó un cambio del sistema de incentivos debido a la competencia con otros proveedores en la renovación del contrato que la empresa SERMICRO tenía con IECISA, de forma que la empresa valoró que para continuar en la prestación del servicio, y en consecuencia los contratos del personal, debía plantear una nueva oferta con menos costes y reduciendo los

márgenes y beneficios de la empresa y disminuir el incentivo a la productividad de los trabajadores adscritos al proyecto.

Se daba la circunstancia que el contrato adjudicado por IECISA a SERMICRO dejaba de realizar la actividad logística del proyecto, que ascendía casi a un 30 % de la facturación total, dejando de facturar SERMICRO por el servicio de grabación manual de recetas, y se rebajo el precio de digitalización, lo que supuso que la facturación de SERMICRO se redujera de 368.000 € anuales a 234.000 € anuales.

VII.- El día 22/1/2018, el director regional Sur de SERMICRO mantuvo una reunión con la presidenta y la secretaria del comité de empresa de Sevilla para informarles de la situación del proyecto, para que lo trasladará a los trabajadores, indicándoles que la empresa estaba dispuesta a rechazar la bajada de precio en el proyecto, aunque eso implicará la posibilidad de no renovarlo, si los trabajadores entendía que no podían aceptar esa modificación del sistema de incentivos.

VIII.- El día 23/1/2018 el director de producción de la empresa mantuvo una reunión con los trabajadores para trasladarles lo mismo que el día anterior se había hecho con el comité de empresa, en la que les explicó en qué consistía la modificación del sistema de incentivos y se reiteró la opción ya planteada al comité de empresa con anterioridad consistente en que, si así lo decidían, la empresa rechazaría el proyecto en esas condiciones, siendo la respuesta que, pese a no estar de acuerdo con la reducción, querían continuar en el proyecto, subrayando en ese momento el director de producción que había que continuar con el mismo nivel de productividad, sin que nadie se opusiera.

IX.- El día 26/1/2018, inicio de la nueva remesa mensual, D. Luis Francisco, en decisión concertada con el resto de sus compañeros, redujo su rendimiento, de manera voluntaria y consciente, en un 32,14 %, con una producción media de 4724 recetas/horas frente a 6960 recetas/hora de rendimiento medio de las últimas seis remesas mensuales, comportamiento que mantuvo durante tres días, hasta que la empresa SERMICRO desistió de su intención de modificar el sistema de incentivos.

X.- El día 30/1/2018 el comité de empresa propuso a la dirección de SERMICRO una solución al conflicto consistente en el despido de un trabajador del equipo asignado al proyecto que realiza labores logísticas a cambio de mantener el

sistema de incentivos sin modificaciones, lo que produciría una reducción de costes equivalente a la que se produciría por la reducción del sistema de incentivos. A lo que SERMICRO respondió que, si realmente se comprometía a mantener el nivel de productividad con una media de 6500 recetas/hora aceptaba la propuesta, informando de la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias respecto de aquellos trabajadores que mantuviera un rendimiento inferior en el supuesto de que el equipo de trabajo no mantuviera el rendimiento medio indicado.

XI.- El 31/1/2018 SERMICRO comunico a los trabajadores su decisión de dejar sin efecto la reducción del sistema de incentivos para que recuperase de inmediato los niveles de productividad anteriores.

XII.- A partir del 31 de enero el trabajador, así como el resto de los compañeros, recupero el rendimiento en relación con el periodo de 26 a 30 de enero, manteniendo todo el equipo de trabajo una productividad en torno a las 5818 recetas/hora, inferior a la media de 6562 recetas/hora.

XIII.- D. Luis Francisco paso de un rendimiento medio en las remesas anteriores de 6960 recetas/hora a un rendimiento de 4727 recetas/hora en el periodo del 26 al 30 de enero y a partir del 31 de enero un rendimiento de 5944 recetas/hora. Lo que supone que en la última remesa ha producido un rendimiento medio de 5715 recetas/hora, lo que supone un 17,89 % inferior a las 6960 recetas/hora que produjo en las seis últimas remesas mensuales.

XIV.- Con fecha 19/2/2018, SERMICRO carta de despido al trabajador, por reproducida, comunicándole el cese de la relación laboral por incumplimiento grave y culpable por transgresión de la buena fe contractual, teniendo efectos del despido ese mismo día, que se puso a disposición de la representación de los trabajadores al negarse a recibirla y firmarla el trabajador.

XV.- En igual fecha se entregaron cartas de despido por los mismos motivos a los trabajadores Luis Francisco, Delia, Emma Esperanza, Teodulfo, Frida, Guillerma, Joaquina, Justa y Lourdes, por reproducida documental aportada al respecto.

XVI.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior a la fecha del despido la cualidad o condición de representante legal ni sindical de los trabajadores.

XVII.- Se presentó papeleta de conciliación ante el CMAC, celebrándose el intento de conciliación, con resultado sin avenencia.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la representación letrada de la parte actora la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Sevilla, en fecha 25 de noviembre de 2020, que desestima la demanda en reclamación de despido formulada por D. Luis Francisco frente a Suministros, Importaciones y Mantenimientos Electrónicos, S.A., Informática El Corte Inglés, S.A. y el Servicio Andaluz de Salud, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal. Por las tres demandadas se ha impugnado el recurso.

La sentencia de instancia declaró procedente el despido disciplinario acordado por la empresa "Suministros, Importaciones y Mantenimientos Electrónicos S.A. (Semicro)" el día 20 de febrero de 2.018, por disminución voluntaria del rendimiento normal en cumplimiento de la contrata la digitalización de recetas del Servicio Andaluz de Salud concertado con la empresa "Informática el Corte Inglés S.A.", lo que constituye un incumplimiento grave y culpable en aplicación de los [artículos 54.2 d\) del Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#).

El recurso va dirigido a que se declare la nulidad del despido, por aplicación de la garantía de indemnidad, al ser la disminución voluntaria de la productividad una medida de presión para evitar la aplicación de una reducción en el importe de los incentivos y haber reivindicado a través del Comité el reconocimiento de una categoría superior a la que tenía declarada, o subsidiariamente la improcedencia del despido.

El recurso se articula a través de un motivo formulado al amparo del apartado b) del [art. 193 de la LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) y de otro formulao al amparo del apartado c) del indicado precepto.

SEGUNDO.- Formula el recurrente un motivo al amparo del [art. 193 b\) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#), con cuatro apartados.

I.- Dentro de la revisión de hechos probados, debemos recordar sus premisas básicas, reiteradas por nuestro alto Tribunal Supremo, destacando por reciente, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 22-7-2020, Rec. nº 20/19 (LA LEY 99091/2020), recopila la doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta, en los siguientes términos:

"...Como recuerda la doctrina de esta Sala IV/ TS, entre otras, en sentencia de 16 de septiembre de 2013 (Rc. 75/2012 (LA LEY 153157/2013)), recordada en la [de 26 de marzo de 2014 \(rco. 158/2013 \(LA LEY 58707/2014\)\)](#), 21 de diciembre de 2016 -Pleno- (rco. 131/2016), 19 de diciembre de 2017 (rco. 195/2016 (LA LEY 191900/2017)) y la más reciente de 21 de mayo de 2020 (rco. 5/2019 (LA LEY 57083/2020)), el [artículo 207.d\) de la aplicable Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#) (LRJS) establece que "el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: ... d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", y en interpretación del apartado d) del artículo 205 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, del mismo tenor literal, que su precedente de la [LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), reiteradísima jurisprudencia de esta Sala -y valga por todas la sentencia de 1 de julio de 2010 (recurso casación 91/2009 (LA LEY 148132/2010))- ha venido exigiendo para que el motivo alcanzare éxito, la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos:

(...) a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos].

b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rco 1959/91-; [...] SG 03/12/14 -rco 201/13-; [...] y SG 25/02/15 -rco 145/14-).

Tan genéricas afirmaciones únicamente se alcanzan a comprender en toda su amplitud teniendo en cuenta ya más concretas precisiones de la Sala en orden a los antedichos requisitos. Cuales son:

a) que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - [art. 97.2 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#)- únicamente al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica, y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error se desprenda de manera evidente de documentos idóneos para tal fin, pero rechazando que ello pueda conducir a negar las facultades de valoración que corresponden al Tribunal de instancia, únicamente fiscalizables si no se han ejercido conforme a las reglas de la sana crítica [recientes, SSTS 02/07/14 (LA LEY 131896/2014) -rco 241/13-; 16/09/14 -rco 251/13-; y 15/09/14 -rco 167/13-];

b) que expresamente ha de rechazarse la formulación del motivo revisorio cuando con ella se pretende que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba [obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida], como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación (SSTS 03/05/01 (LA LEY 6583/2001) -rco 2080/00-; [...] 08/07/14 -rco 282/13-; y SG 22/12/14 -rco 185/14-);

y c) que los documentos al efecto invocados "deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable", hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está

reñida con la existencia de una situación dubitativa (próximas, SSTS 15/09/14 (LA LEY 176270/2014) -rco 167/13-; 16/09/14 -rco 251/13-; y SG 18/07/14 -rco 11/13-). "...".

Solo cabe a la vista de las pruebas documentales y las periciales practicadas, sin permitirse que, genéricamente, se proceda a una nueva valoración de toda la prueba practicada porque esta se atribuye, en toda su amplitud ([LRJS art. 97.2 \(LA LEY 19110/2011\)](#)) al juzgador de instancia. La revisión de hechos (por adición, rectificación o supresión) sólo puede estimarse, si el documento o pericia tiene una eficacia contundente e incuestionable, de modo que el error denunciado derive de tales pruebas sin conjeturas ni interpretaciones valorativas. Por ello, la revisión no se acoge si el documento contradice el resultado de otras pruebas a las que, razonadamente, se ha otorgado mayor valor y no puede fundarse, salvo error palmario, en el mismo documento tenido en cuenta en la sentencia, al no ser posible sustituir el criterio objetivo del juzgador por el subjetivo de la parte.

La revisión de hechos probados solo debe efectuarse con respecto a aquéllos que sean trascendentes para la resolución de la cuestión, debiendo citarse específicamente la prueba documental o pericial que demuestre la equivocación del juzgador, no siendo admisibles referencias genéricas a la prueba documental.

II.- Se propone en primer lugar la modificación del hecho tercero de la sentencia "en el que se dice que el salario día es de 19,65 €...", aludiéndose a las cantidades que figuran en las nóminas de mayo de 2017 a febrero de 2018, lo que se indica arrojaría un total indemnización salario día de 23,30 €, ello sin tener en cuenta el exceso de jornada realizado, siendo no obstante, el de 23,30 euros/día el salario que se pide, con remisión a los documentos obrantes a los folios 313 a 323 y 170 a 180.

No se formula por el suplicante una redacción alternativa y aún cuando se entendiera que lo único que se propugna es la sustitución del salario establecido en sentencia por el expresado de 23,30 euros, la revisión tampoco se podría aceptar ya que se justifica en una abundante prueba documental de la que no se obtiene de manera directa e incuestionable la retribución diaria pretendida, siendo precisa una labor valorativa que resulta inadmisibile.

III.- A continuación se refiere la parte suplicante a la revisión del hecho probado quinto, de cuyo contenido discrepa, efectuando una serie de manifestaciones sin ofrecer un texto alternativo concreto y reconociéndose, asimismo, la irrelevancia de la modificación fáctica interesada que se refiere a un periodo previo a la contratación del actor, todo lo cual conduce a su rechazo.

IV.- Seguidamente niega el recurrente la realidad de las circunstancias que se recogen en el sexto hecho probado, por no existir documento alguno que las avale -se dice-, considerándose insuficiente la prueba testifical practicada al efecto.

Los denominados hechos no probados no cumplen función procesal alguna, pues no aportan nada al relato histórico de instancia, al limitarse a afirmar que un extremo no ha quedado acreditado. Y tampoco son conceptualmente hechos probados, ya que en ellos no se reseña ningún extremo que haya quedado constatado, lo que supone que dogmáticamente su inclusión en los hechos probados de la resolución judicial no está justificada, pues el [artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#) prevé que la sentencia "declarará los hechos que estime probados". Por ello, procede rechazar la pretensión del recurrente que conllevaría, además, hacer una valoración conjunta de la prueba practicada, incluida la testifical, lo que únicamente corresponde al juez de instancia cuyo criterio objetivo e imparcial no es posible sustituir por el subjetivo e interesado del recurrente, al no deducirse que se haya incurrido en error grosero de apreciación cual sería preciso.

V.- En el último apartado solicita el suplicante la adición de un nuevo hecho probado relativo a los contratos suscritos por la empresa tras el despido, obrantes a los folios 55 a 122, sin ofrecer una concreta redacción e incluyendo en su relato una serie de valoraciones jurídicas que resultan inadmisibles. Continúa el demandante mostrando su disconformidad con los hechos séptimo a decimocuarto de la sentencia que mantiene obedecen a un error en la apreciación de la juzgadora, según se desprende de la prueba testifical practicada a su instancia -inhábil a estos efectos-, no proponiendo redacción alguna de los hechos que pretende incorporar, olvidando la reiterada doctrina jurisprudencial que declara que el recurso de suplicación es "un recurso de carácter extraordinario, cuasicasacional, de objeto limitado en el que el tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas

por las partes". (sentencias del Tribunal Constitucional nº 83/2.004 de 10 de mayo (LA LEY 12364/2004), 531/2.005 de 14 de marzo y 218/2.006 de 3 de julio (LA LEY 88154/2006), que citan las nº 18/1.993 de 8 de enero y 294/1.993 de 18 de octubre (LA LEY 2371-TC/1993)), por lo que no siendo posible como se pretende en el recurso que la Sala elabore el mismo, procede también la desestimación de este submotivo de revisión de hechos probados de la sentencia, manteniendo inalterado el relato fáctico.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) de la [LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), se denuncia en el recurso, por la vía del apartado c) del [artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#), la infracción de los artículos 35, 41.1 d), 41.3 y 41,4, 42, 55.4 y 5 del [Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#) y 97.2 de la [Ley reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#).

La Sala no puede aceptar la existencia de las infracciones jurídicas denunciadas, ya que, al igual que se argumentó en la sentencia dictada el 18 de mayo de 2021, rec. 3462/19 (LA LEY 114275/2021), en un asunto idéntico, relativo a otro trabajador despedido por Sermicro, *toda la defensa del actor está fundada en que su actitud, reduciendo su rendimiento de forma voluntaria y continuada*, lo que es un hecho que implícitamente reconoce en el recurso y que, en todo caso resulta del inalterado relato fáctico, *está justificada por la reducción acordada por la empresa en el 2018 en el abono de incentivo, que incrementó el número mínimo de documentos digitalizados que tenía que escanear el trabajador en una hora, lo que determinaba una reducción del incentivo cobrado, medida que finalmente no se adoptó* y que iba vinculada a la aceptación de los empleados.

Se alega en el recurso que despido es nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, al ser una represalia a la actitud reivindicativa del actor, por ser la disminución del rendimiento una medida de presión a la empresa, infracción jurídica que no podemos apreciar ya que la garantía de indemnidad protege frente a conductas de la empresa que encubran una represalia por las reclamaciones interpuestas por la actora que sean legítimas, como la impugnación judicial de una reducción salarial o el ejercicio del derecho de huelga, pero no puede proteger frente a conductas incumplidoras del contrato de trabajo.

La garantía de indemnidad, es definida entre otras muchas en la sentencia del Tribunal Supremo nº 345/2016 de fecha 27 abril (LA LEY 58584/2016),

declarando que: "... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos" (sentencias del Tribunal Constitucional nº 14/1993, de 18/Enero (LA LEY 2131-TC/1993), FJ 2 ; 125/2008, de 20/Octubre, FJ 3 ; y [92/2009, de 20/Abril \(LA LEY 41018/2009\)](#) , FJ 3. SSTS 17/06/08 -rcud 2862/07 - 24/10/08 -rcud 2463/07 -) y de 5/7/13 (rcud 1683/2012).

De ello "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 calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental" [tutela judicial], ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [[artículo 4.2 apartado g\) del Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#)] (... Sentencias del Tribunal Constitucional nº 76/2010, de 19/Octubre (LA LEY 187980/2010) , FJ 4; 6/2011, de 14/Febrero, FJ 2; y 10/2011, de 28/Febrero, FJ 4).". .

En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Constitucional nº 16/2.006, de 19 de enero (LA LEY 283/2006), dictada por el Pleno, en doctrina que es citada en las sentencias nº 120/2.006 de 24 de abril, 138/2.006, de 8 de mayo y 168/2.006 de 15 de junio, en la que declaró que " la transgresión de la tutela judicial efectiva 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 dela 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, sentencias del Tribunal Constitucional nº 55/2.004, de 19 de abril (LA LEY 1195/2004), F. 2 ; 87/2.004, de 10 de mayo (LA LEY 1330/2004), F. 2 ; 38/2.005 de 28 de febrero (LA LEY 770/2005), F. 3 ; y 144/2.005, de 6 de junio (LA LEY 13311/2005) , F. 3)....

La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del artículo 5 c) del Convenio nº 158 de la OIT (ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1.985, publicado en el BOE de 29 de junio de 1.985), norma que ha de ser tenida en

cuenta, por mandato del [artículo 10.2 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#), 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".

En relación con la carga de la prueba en los procesos en los que se alega la vulneración de la garantía de indemnidad la [sentencia del Tribunal Constitucional nº 92/2.009 de 20 de abril \(LA LEY 41018/2009\)](#), declara que: "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, 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 con 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 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, que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.... (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional nº 66/2002, de 21 de marzo (LA LEY 3514/2002), F. 3 ; 17/2003, de 30 de enero, F. 4 ; 49/2003, de 17 de marzo, F. 4 ; 171/2003, de 29 de septiembre, F. 3 ; 188/2004, de 2 de noviembre (LA LEY 11441/2005), F. 4 ; y 171/2005, de 20 de junio, F. 3 ; 16/2006, de 19 de enero [RTC 2006, 16], F. 2 ; 125/2008, de 20 de octubre, F. 3).

Conforme a esta doctrina cuando se alegue la vulneración de los derechos fundamentales y para que proceda la inversión de la carga de la prueba en el proceso laboral, es necesario que el demandante aporte indicios suficientes de la conducta infractora, habiendo declarado el Tribunal Supremo en las sentencias de 7 de marzo de 1.997 y 25 de marzo de 1.998, que "lo que viene a exigir del demandante, no es la mera alegación formal de hechos, de los que se deduzca la violación, sino la acreditación, al menos, de indicios racionales de que la conducta imputada a la parte demandada puede ser tachada de ilegalidad o

discriminatoria, sin que baste, al efecto indicado probatorio, la afirmación de la existencia o apariencia de violación"; como también ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 9 de febrero, 15 de abril y 23 de septiembre de 1.996, "los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, lo que es diferente al significado del término "sospechoso", que no es sino imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia".

En el presente caso *el demandante no ha aportado indicio alguno de que su cese estuviera motivado por la reclamación de una categoría superior a la que tenía reconocida* a la que se alude en el escrito rector del procedimiento como dirigida al Comité de Empresa y que no es hasta el escrito de ampliación de la demanda y el acto de juicio cuando se dirige a la empleadora, según se recoge en sentencia, *no existiendo tampoco indicios de que el cese tuviera como antecedente una reclamación en contra de la disminución salarial*, al haber propuesto la empresa a los representantes de los trabajadores la retirada de la contrata con la empresa IECISA si reducían las condiciones económicas, incluso haber aceptado el despido de un trabajador que realizaba labores de logística, y haber manifestado los trabajadores que estaban de acuerdo con el mantenimiento del proyecto, según se recoge en el invariado relato fáctico de la sentencia.

Además la reducción salarial nunca se implantó dejándose sin efecto el 31 de enero de 2.018 y en caso de que hubiera sido implantada la oposición a la misma del recurrente *debería haberse articulado en vía judicial mediante una acción impugnatoria de la modificación de sus condiciones salariales, incluso si considera que realizaba horas extras mediante una reclamación de cantidad por los excesos de jornada, pero lo que no puede hacer, salvo a través del ejercicio del derecho de huelga, es disminuir de forma voluntaria y continuada su rendimiento, poniendo incluso en riesgo el cumplimiento de los objetivos pactados entre su empleadora Sermicro y la empresa "Informática del Corte Inglés S.A.", que es la contratista principal con el Servicio Andaluz de Salud.*

El actor debería haber acudido a la vía judicial en defensa de sus derechos, y no incumplir el contrato de trabajo, ya que la única forma de reivindicar sus derechos en el marco del contrato de trabajo es mediante el ejercicio del derecho de huelga o por vía judicial, y no con medidas de presión encubiertas que no están amparadas por norma legal alguna, sino que son objeto de sanción conforme al [artículo 54.2 e\) del Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#), y si ha utilizado estas

medidas no puede alegar que la empresa con el despido trata de represaliar su actitud reivindicativa, lo que nos conduce a denegar la petición de nulidad del despido.

Por último y al igual que se hizo en la sentencia de esta Sala referida, de 18 de mayo de 2021, cuyo criterio se mantiene por coherencia, seguridad jurídica e igualdad de trato, al no concurrir circunstancias que justifique otra cosa, *tampoco podemos acceder a la petición de improcedencia del despido*, en aplicación de la doctrina gradualista que exige para imponer la sanción de despido que deban analizarse de forma individual la infracción cometida, ponderando la gravedad y la culpabilidad de la conducta, a fin de que se produzca la necesaria proporcionalidad entre el hecho, la persona y la sanción.

Se trata de establecer una correspondencia entre tales elementos, y a falta de parámetros objetivos, que permitan valorar la intensidad de la falta cometida, es necesario acudir en cada caso al estudio de las circunstancias concurrentes: la índole del trabajo realizado, los efectos derivados de la falta, los antecedentes respecto a conductas similares, de manera que sólo cuando se trata de comportamientos de gran intensidad es procedente la máxima respuesta disciplinaria que el despido supone (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1.987, 30 de octubre de 1.989, 14 de febrero de 1.990 y 26 de febrero de 1.991).

Por otro lado, el despido disciplinario exige la prueba plena de una acción u omisión de la trabajadora que sea grave, culpable y tipificada por la normativa laboral; requisitos para cuya apreciación han de ponderarse de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1.987, 18 de julio de 1.988 y 31 de octubre de 1.988); por ello, hechos idénticos pueden ser tratados de forma distinta según las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1.988 y 30 de enero de 1.989).

Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto, atendiendo a circunstancias concretas

como antigüedad del trabajador en la empresa, perjuicio económico sufrido por la misma, existencia o no de otras sanciones por el mismo hecho.

En este caso, se aprecia que el actor en vez de acudir a los tribunales en defensa de sus derechos, decidió junto con otros trabajadores disminuir su rendimiento de forma voluntaria y continuada, colocando a la empresa en una situación de riesgo de incumplir las obligaciones contraídas con la empresa contratista principal "Informática el Corte Inglés S.A.", conducta que no está justificada de forma alguna, ya que el ordenamiento laboral ofrece a los trabajadores los medios suficientes para la defensa de sus derechos sin necesidad de acudir a acciones reivindicativas de dudosa legalidad.

En consecuencia la conducta del actor constituye una falta muy grave prevista en el [TS artículo 54.2 e\) del Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#) y 15.4 g) del Convenio colectivo de la empresa Sermicro, publicado en el BOP de 12 de agosto de 2.014, que considera como tal "La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo normal o pactado.", al haber reducido su rendimiento en el mes de enero un 32,14%, como medida de presión a la empresa, sin que volviera a recuperar su rendimiento anterior de 6.960 recetas/hora.

Lo anteriormente expuesto nos conduce a considerar que la sanción de despido fue proporcionada a la conducta del trabajador y a desestimar el recurso de suplicación interpuesto, confirmando la sentencia de instancia impugnada.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación técnica de D. Luis Francisco contra la sentencia dictada el día 25 de noviembre de 2020, por el Juzgado de lo Social nº 2 de Sevilla, en el procedimiento núm. 360/18, seguido en impugnación de despido a instancia del expresado trabajador contra Suministros, Importaciones y Mantenimientos Electrónicos, S.A., Informática El Corte Inglés, S.A. y el Servicio Andaluz de Salud, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, y confirmamos la expresada sentencia. No se efectúa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por

abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efecto de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del [artículo 53 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#),

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su frimeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."