



# El rendimiento como causa de extinción del contrato de trabajo

## Performance as a cause of termination of the employment contract

Por Juan Gorelli Hernández\*

### Resumen:

El presente texto trata el tópico del rendimiento como parte del contenido obligacional del contrato de trabajo. El trabajador se obliga a trabajar con la implicancia necesaria de alcanzar un determinado rendimiento. La cuantificación de este resulta complicada por tanto se plantea la posibilidad de extinción del contrato de trabajo como consecuencia del incumplimiento del rendimiento debido durante todo este artículo.

### Abstract:

This text deals with the topic of performance as part of the mandatory content of the employment contract. The worker is forced to work with the necessary implication of achieving a certain performance. The quantification of this complicated result therefore raises the possibility of termination of the employment contract as a result of breach of performance due throughout this article.

### Palabras clave:

Contrato de trabajo – Rendimiento – Obligación

### Keywords:

Employment contract. – Obligation – Performance

### Sumario:

1. El rendimiento como obligación del trabajador y como objeto del contrato de trabajo – 2. El despido disciplinario por disminución del rendimiento normal o pactado – 3. El despido objetivo y el rendimiento del trabajador – 4. Pactos de rendimiento y extinción del contrato de trabajo – 5. Bibliografía

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva. Contacto: [juan.gorelli@dam.uhu.es](mailto:juan.gorelli@dam.uhu.es)

## 1. El rendimiento como obligación del trabajador y como objeto del contrato de trabajo

Como punto de partida a la hora de analizar la ausencia de rendimiento como causa de extinción del contrato de trabajo debemos, necesariamente, referirnos a qué debemos considerar como rendimiento. Desde mi punto de vista, debemos entender por rendimiento la utilidad que para el empresario genera la prestación desarrollada por el trabajador<sup>1</sup>. Ahora bien, como vamos a ver inmediatamente que el rendimiento se integra dentro de la obligación asumida por el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo; por lo tanto, no solo debemos hablar de rendimiento, sino de rendimiento debido. Desde esta perspectiva el rendimiento se configura como la utilidad o resultado, en cantidad y calidad, pactado entre empresario y trabajador<sup>2</sup>. Rendimiento y productividad no deben ser confundidos. El rendimiento que recae sobre el trabajador, depende esencialmente de él, de manera que la existencia de elementos ajenos al trabajador que puedan impedir el cumplimiento de la obligación justifican el incumplimiento que no sería sancionable. Por el contrario, la productividad no sólo depende del trabajador, sino de todo un conjunto de elementos que son ajenos totalmente al trabajador<sup>3</sup>; lo que evidencia que, aún cuando sean conceptos relacionados, no son, ni mucho menos, afines.

Tal como acabamos de adelantar, el rendimiento forma parte del contenido obligacional del contrato de trabajo y más concretamente se trata de una obligación que recae sobre el trabajador. Tal como ha venido destacando la doctrina laboral, a través del contrato de trabajo, el trabajador se obliga a trabajar; además, esa obligación implica, necesariamente, que se alcance un determinado rendimiento<sup>4</sup>: el trabajador no sólo debe permanecer en su puesto de trabajo la jornada o tiempo comprometido, sino que debe alcanzar unos resultados cuantitativos o cualitativos. Podemos hablar, por tanto, del rendimiento debido del trabajador, pues el trabajo como prestación orientada a la obtención de unos bienes, está directamente asociada a la idea del rendimiento o utilidad resultado del trabajo<sup>5</sup>.

El rendimiento debido se conecta necesariamente del deber de diligencia y buena fe que recae sobre el trabajador como contratante<sup>6</sup>. La diligencia entendida como un estándar de conducta que pesa sobre el trabajador, condiciona el rendimiento del trabajador, pues si este adopta la diligencia necesaria y las condiciones de desarrollo de la prestación son normales, se alcanzará el rendimiento exigible. Desde este punto de vista la diligencia, elemento absolutamente subjetivo, puede ser objetivado gracias a la obtención (o no) del rendimiento debido por el trabajador.

La consideración del rendimiento como obligación del trabajador se vincula directamente con el deber de diligencia: este no supone realmente un deber autónomo respecto del objeto del contrato de trabajo, sino que se integra en el deber mismo de cumplir con la prestación, de manera que la falta de diligencia implica el incumplimiento por parte del trabajador. Esto supone que para el cumplimiento de la prestación es necesario cumplir diligentemente con las obligaciones laborales de manera que la falta de diligencia se expresa, normalmente, en la falta de rendimiento del trabajador<sup>7</sup>. Por lo tanto, la disminución de rendimiento voluntaria es un incumplimiento del deber de diligencia<sup>8</sup>.

La prestación del trabajador ha de servir a los fines perseguidos por el propio contrato de trabajo; es decir, el contrato de trabajo como cualquier negocio jurídico tiene un objeto o finalidad que si no se satisface hace inviable la propia estructura contractual. El objeto del contrato de trabajo, comprendido como utilidad justificadora del mismo, no se limita a una mera prestación de trabajo realizado por el trabajador, sino que dicho trabajo debe generar un rendimiento, sin el cual el contrato carece de sentido. Desde este punto de

1 J. Gorelli Hernandez: "La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento mínimo y su relación con el despido disciplinario por disminución de rendimiento", *Revista Española de Derecho del Trabajo* Nº 123 (2004): 396.

2 R. Aguilera Izquierdo : *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, (Pamplona: Aranzadi, 1997), 276.

3 A Villalba Sanchez: *La condición resolutoria consignada en el contrato de trabajo*, (Granada: Editorial Comares, 2018), 51.

4 I. Alzaga Ruiz, "La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado"; en AA.VV., *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, (Madrid: Ediciones Cinca, 2009), 183; J. GARATE CASTRO "La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado", en AA.VV., *Estudios sobre el despido disciplinario*, segunda edición (Madrid: ACAR, 1992), 253; GARATE CASTRO, J.: *El rendimiento en la prestación de trabajo*, (Madrid: Civitas, 1984), 121; GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *El despido disciplinario*, (Madrid: Difusión Jurídica, 2008), 141; GORELLI HERNANDEZ, J.: "La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento mínimo y su relación con el despido disciplinario por disminución de rendimiento", 396.

5 GARATE CASTRO, J.: *El rendimiento en la prestación de trabajo*, (Madrid: Civitas, 1984), 32.

6 GARATE CASTRO, J.: La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, 253; PEÑA OBIOL, S. y ALFONSO MELLADO, C.L.: "La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario", N. 80-81 (*Tribuna Social*, 1997), 30.

7 J. Garate Castro.: *El rendimiento* (...), 102; J. García Murcia, J.: "Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I)", *Actualidad Laboral* Nº 24 (1990), 288.

8 J. García Mircia.: "Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (II)", *Actualidad Laboral* nº 24 (1990), 295; GORELLI HERNANDEZ, J.: "Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado", en AA.VV. coordinados por J. Gorelli Hernández, *El despido. Análisis y aplicación práctica*, (Madrid: Tecnos 2004), 116.

vista, se hace evidente que el rendimiento no solo es contenido obligacional del contrato, sino también objeto del propio contrato de trabajo<sup>9</sup>. Tal como señalaba SAGARDOY “el objeto no puede decirse que es el *trabajo* a secas, sino el trabajo que produzca al acreedor del mismo una utilidad, considerada autónoma o heterónomamente, como normal, ya que en definitiva rendir es producir una utilidad; utilidad que puede plasmar o no en un fruto *materia*”<sup>10</sup>. Desde este punto de vista la obligación del trabajador se configura no sólo como prestar un determinado trabajo, sino que el mismo tenga una utilidad productiva, generando en el empresario una rentabilidad económica<sup>11</sup>.

En definitiva, tal como hemos afirmado anteriormente, “el contrato de trabajo implica no sólo un mero intercambio de trabajo por salario, sino que además, esa prestación de trabajo debe ser productiva para el empresario, o dicho de otra manera, debe generar una utilidad para el empresario, obteniendo un resultado de esa prestación de trabajo. Esto supone que el trabajador no sólo debe prestar su trabajo, sino que a través del mismo ha de alcanzar un determinado rendimiento”<sup>12</sup>.

Entender el rendimiento como obligación del trabajador plantea diferentes cuestiones, como por ejemplo, cuál es el rendimiento debido por parte del trabajador, lo cual abre las puertas al problema de la cuantificación del rendimiento, cuya cuestión esta especialmente vidriosa. Sobre todo, considerar la existencia de un rendimiento debido supone que no alcanzar este rendimiento supone un incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador, lo cual plantea la cuestión que nosotros vamos a estudiar a través de este trabajo: la posibilidad de extinción del contrato de trabajo como consecuencia del incumplimiento del rendimiento debido. No adelantemos acontecimientos, pero como vamos a ver, el ordenamiento español establece diferentes mecanismos a la hora de facilitar la extinción del contrato de trabajo: desde el despido disciplinario cuando se trata de una disminución grave y culpable por parte del trabajador, hasta mecanismos de despido objetivo por tratarse de situaciones en que la disminución es imputable al trabajador, pero no a su voluntad (por ejemplo, la ineptitud del trabajador). En este último caso, no estamos ante incumplimientos del trabajador pero es evidente que el objeto del contrato de trabajo no se alcanzará. Junto a ello, hay que resaltar cómo el ordenamiento español admite la extinción por causas válidamente consignadas en el contrato, siendo un fenómeno habitual los pactos de rendimiento mínimo, cuyo incumplimiento habilita al empresario para proceder a la extinción del contrato de trabajo. En definitiva, se constata como el ordenamiento dispone de mecanismos dirigidos a actuar en aquellas situaciones en las que se produce una falta de adecuación entre la prestación contratada (que incluye un rendimiento) y la prestación realmente desarrollada por el trabajador y obtenida por el empresario; es decir, en aquellos casos de prestación defectuosa<sup>13</sup>.

## 2. El despido disciplinario por disminución del rendimiento normal o pactado

### 2.1 Configuración general de la causa de despido disciplinario

El art. 54 del Estatuto de los Trabajadores (ET) regula el despido disciplinario estableciendo su primer apartado que el contrato puede extinguirse por decisión del empresario en caso de incumplimiento grave y culpable del trabajador. El apartado segundo regula las diferentes causas de despido disciplinario, señalando entre ellas, en su letra e), que se considera incumplimiento contractual “la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”. Esta es la regulación española sobre el despido disciplinario por disminución del rendimiento del trabajador. Como vemos se trata de una regulación bastante simple y breve, pero no exenta de todo un conjunto de elementos que configuran esta causa de extinción del contrato de trabajo.

Hay que tener en cuenta que se va a considerar causa de despido disciplinario la disminución del rendimiento, pero no de cualquier rendimiento, sino del rendimiento normal o pactado. Ello plantea, en primer lugar, la necesidad de precisar cuál es ese rendimiento que el legislador caracteriza como “normal”, así como la posibilidad de que pueda establecerse un rendimiento pactado (y si este puede ser diferente del normal). Es decir, de entrada se plantea un problema de cuantificación del rendimiento. Se trata de una cuestión previa que es absolutamente esencial para estimar la existencia de un incumplimiento del trabajador.

9 J. Garate Castro ;: El rendimiento (...), 71; de igual manera, GARCIA FERNANDEZ, M.: “El rendimiento debido en la relación de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 3 (1980): 368.

10 J.A.Sagardoy Bengoechea; La disminución del rendimiento como causa de despido, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, nº 33 (1968):418.

11 J. Gorelli Hernandez Disminución continuada (...);115 y 116; PEÑA OBIOL, S. y ALFONSO MELLADO, C.L. 30.

12 J. Gorelli Hernandez, J. y T. Gomez Alvarez, 141.

13 F.Fita Ortega, La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo,( Valencia:Tirant lo Blanch, 1997), 26.

De otro lado, es necesario que haya una disminución del rendimiento; es decir, que el rendimiento del trabajador quede por debajo del normal o pactado. Ello plantea, necesariamente, realizar una comparación entre el rendimiento normal (o pactado) y el rendimiento que el empresario estima inferior y que puede generar la extinción del contrato de trabajo. Sin esa comparación, el despido sería ilícito (improcedente en terminología legal española); estamos, por lo tanto, ante otro elemento esencial. Por otra parte, esa comparación debe realizarse en términos homogéneos, pues estos son los únicos que pueden evidenciar que estemos ante una auténtica disminución del rendimiento.

Si conectamos el art. 54.1 ET con lo establecido por la letra e) del art. 54.2 ET, se evidencia que no toda disminución de rendimiento puede justificar el despido disciplinario del trabajador, pues tal como puntualiza el primer apartado de este precepto, el despido disciplinario sólo puede producirse ante un incumplimiento grave y culpable. Es necesario, por tanto, que la disminución de rendimiento cumpla con ambos requisitos, gravedad y culpabilidad. En realidad, la propia letra e) del art. 54.2 ET señala ambas exigencias, pues se refiere a una disminución del rendimiento “continuada y voluntaria”. La continuidad hace referencia a la prolongación en la disminución del rendimiento; es decir, sigue a lo dispuesto por el art. 54.1 ET cuando se refiere a incumplimientos graves. La continuidad es, así, el mecanismo a través del cual se objetiva la exigencia de gravedad o entidad del incumplimiento. De otro lado la voluntariedad incardina con claridad la exigencia de culpabilidad del trabajador, que puede deberse tanto a un elemento doloso como culposo o negligente del trabajador. La exigencia de voluntariedad plantea interesantes interrogantes, como la prueba de la misma, de evidente dificultad técnica, tal como vamos a ver; pero también la posibilidad de justificación de la disminución del rendimiento por elementos o circunstancias que eludan, justamente, esa culpabilidad.

Una vez señalados los principales elementos caracterizadores de esta causa de despido disciplinario, procedemos al análisis de cada uno de ellos.

## 2.2 El rendimiento normal o pactado

El art. 54.2 e) ET se refiere a una disminución del rendimiento, lo que plantea la necesidad de conocer cuál es el rendimiento que funciona como referencia a la hora de determinar si existe o no una disminución del mismo. Existe así un problema de cuantificación del rendimiento. En principio, cualquier trabajo puede ser susceptible de medición (ya sea en sentido estrictamente cuantitativo, pero también cualitativo). Es evidente que estamos ante una causa de despido cuyo uso es más cómodo en aquellos casos en los que sea factible una fácil vía de cuantificación del rendimiento<sup>14</sup>. En los supuestos en que sea imposible la medición del rendimiento, la aplicación de esta causa de despido se vuelve inviable. En parecida situación nos encontramos cuando el rendimiento depende de la prestación de múltiples trabajadores, de manera que no sea factible la imputación de un concreto rendimiento a cada uno de los trabajadores<sup>15</sup>. En todo caso, para facilitar esta tarea el legislador se refiere al rendimiento normal o pactado.

En primer lugar, existe un rendimiento normal; es decir, el rendimiento que debe tomarse como referencia en aquellos casos en los que no existe un pacto expreso sobre un rendimiento mínimo en el propio contrato de trabajo. Se trata, por tanto, de un rendimiento inespecífico, es decir, no concretado o determinado a priori. Pero el hecho de que no se haya concretado no supone que no exista la obligación de cumplir con un determinado rendimiento; sino que es necesario determinar el mismo antes de estimar si existe o no incumplimiento de tal obligación.

Tanto doctrina como jurisprudencia han señalado tradicionalmente dos criterios a utilizar en estos casos: el criterio subjetivo y el objetivo. El subjetivo hace referencia a cuál sea el rendimiento del trabajador con anterioridad al momento en que el empresario considere que el rendimiento no es satisfactorio, rendimiento que debe objetivarse en función de la capacidad o destreza del trabajador. Se trata, por tanto, de concretar el rendimiento normal en función del habitualmente alcanzado por parte del trabajador, pues el empresario ha contratado en función de los conocimientos y profesionalidad del trabajador, de donde infiere que podrá alcanzar el rendimiento esperado. Como es lógico, para aplicar este criterio de concreción del rendimiento es necesario conocer cuál sea el rendimiento previo del trabajador, de manera que ante el desconocimiento de este dato será prácticamente imposible acudir al mismo para determinar cuál sea el rendimiento debido. De otro lado, el criterio objetivo hace referencia al rendimiento de terceros

14 R. Aguilar Izquierdo, 278 y 279.

15 En este último caso hemos abogado en un trabajo anterior por la aplicación del despido por falta de buena fe. Se trata de situaciones en las que es muy difícil individualizar el rendimiento, pese a que para el empresario el incumplimiento es evidente; vid. en este sentido J. Gorelli Hernández y T. Gómez Álvarez, 148.

trabajadores, en el mismo o similar puesto de trabajo, con idénticas o similares condiciones de trabajo<sup>16</sup>.

La cuestión es cuál de los dos criterios tiene preferencia, pues es evidente que es perfectamente posible que ambos den un resultado diferente a la cuestión de cuál sea el rendimiento normal, lo que, a su vez, puede dar diferente respuesta a si existe o no un incumplimiento del trabajador. Por supuesto, debemos señalar que el problema sólo va a plantearse en aquellos casos en los que el conflicto es posible (por ejemplo, es evidente que estamos ante un discusión superflua en todos aquellos casos en los que no haya un registro del rendimiento del concreto trabajador, o bien cuando existe un pacto de rendimiento que no resulta abusivo, supuestos todos ellos en los que ha de acudirse, obviamente, a un criterio de carácter objetivo). La doctrina laboral<sup>17</sup> ha evidenciado como tradicionalmente la jurisprudencia española se había inclinado por el criterio subjetivo, actuando el objetivo como un mecanismo supletorio a utilizar cuando no existiera un registro o prueba del rendimiento concreto del trabajador. En la actualidad parece que el criterio subjetivo resulta de aplicación en aquellos casos en los que no se haya pactado, ya sea individual o colectivamente un rendimiento determinado<sup>18</sup>. A nuestro juicio, parece totalmente rechazable la aplicación del criterio subjetivo en aquellos casos en los que exista un pacto sobre rendimiento, salvo, evidentemente que dicho pacto resulte abusivo, supuesto en el que el mismo ha de tenerse como nulo. Al respecto no podemos encontrar una respuesta unánime, pudiendo encontrar tanto autores que defienden la aplicación del criterio objetivo, como GARATE CASTRO<sup>19</sup>; pero también podemos encontrar la opinión contraria, favorable a la aplicación del criterio subjetivo. En todo caso, esta es una cuestión que va a depender en buena medida de la actuación judicial, pues ambos criterios son perfectamente válidos<sup>20</sup>. Desde luego, optar por un criterio objetivo impide que se someta al trabajador a un régimen de rendimiento más riguroso que el de su propio rendimiento anterior, especialmente cuando el trabajador obtenga habitualmente un rendimiento superior al de sus compañeros (o al fijado en contrato o convenio), de manera que queda condenado a mantenerlo indefinidamente salvo pena de despido. Desde mi punto de vista, no parece admisible el despido disciplinario por disminución del rendimiento en aquellos casos en los que el trabajador disminuye su rendimiento, si bien este sigue siendo superior al exigible<sup>21</sup>.

De otro lado, está la posibilidad de pactar un rendimiento. De entrada hay que subrayar que el rendimiento pactado es un rendimiento que obedece, evidentemente, a un criterio objetivo: el fijado y concretado por el pacto. De otro lado, ha de tenerse en cuenta que aún cuando parece que estamos ante una alternativa al rendimiento normal, en realidad, el rendimiento pactado no es sino una especie de aquél; de hecho, tal como acabamos de señalar, el pacto no es más que un criterio objetivo de determinar el rendimiento debido. Pero, además, cuando nos referimos a que es una especie del rendimiento normal queremos decir también que el rendimiento que pueda pactarse no puede ser sustancialmente distinto al rendimiento normal, pues un rendimiento pactado que fuese muy superior al normal caería dentro del ámbito del pacto abusivo al que se refiere el art. 49.1 b) ET cuando regula como mecanismo de extinción del contrato de trabajo las causas válidamente consignadas en el contrato, "salvo que las mismas constituyan abuso de derecho"<sup>22</sup>, cuestión a la que nos referiremos posteriormente en este trabajo. Por lo tanto, a la hora de fijar un rendimiento pactado, no es posible prescindir del rendimiento normal pues de lo contrario se corre peligro de concretar un rendimiento excesivo.

Cuestión interesante es la de cuál es el instrumento a través del cual se fija ese rendimiento pactado. Al respecto es posible la concreción del pacto por dos vías diferentes. En primer lugar, a través de la autonomía individual; es decir, el contrato individual de trabajo. Pero, por otra parte, también es perfectamente posible la concreción del rendimiento a través de la autonomía colectiva, normalmente a través del convenio colectivo<sup>23</sup>. Como es lógico, la determinación del rendimiento a través de un mecanismo colectivo es más difícil, especialmente si tenemos en cuenta el elemento de la existencia de diferentes niveles de negociación colectiva: mientras más alto sea el nivel de la negociación (pensemos simplemente en un convenio colectivo nacional de sector), más complejo será que se especifique unos niveles de rendimiento para la totalidad de todos los posibles trabajadores afectados por el convenio colectivo. Por lo tanto, parece lógico que esta cuestión sea más propia, bien de mecanismos de negociación a nivel de empresa o incluso de ámbito

16 J. Garate Castro, El rendimiento (...), op. cit., páginas 250 y sus; también J. Gorelli Hernandez, y T. Gomez Alvarez, 149 y sus; S. Peña Obiol, S. y Alfonso Mellado, C.L.: 33. Madrid de 17 mayo, AS 2017\1125.

17 R. R. Aguilera Izquierdo 285 y ss.

18 STSJ de Cataluña de Sentencia de 8 febrero, AS 2016\548.

19 "La disminución continuada (...)", 266.

20 Así, Gorelli Hernandez, J. Y Gomez Alvarez, 151 y 152.

21 En este sentido I. Alzaga Ruiz: 194 y 195.

22 J. Garate Castro, J.: "La disminución continuada (...)", 256. En similares términos Gorelli Hernandez, J. y Gomez Alvarez, T.: Op. cit., página 154; GORELLI HERNANDEZ, J.: "Disminución continuada (...)", 122; ORTIZ LALLANA, M.C.: "Causas, forma y efectos del despido disciplinario", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100 (Tomo 2),

23 Ortiz Lallana, M.C 1137.

inferior a la empresa, o bien un pacto propio del contrato individual de trabajo; de hecho la doctrina laboral ha venido afirmando tradicionalmente que el contrato es el ámbito más adecuado para esta cuestión<sup>24</sup>.

### 2.3 La necesidad de comparar el rendimiento actual con el anterior

Una vez que conocemos cuál es el rendimiento exigible al trabajador, procedimentalmente es imprescindible realizar una comparación entre el rendimiento anterior, que cumplía con los estándares de normalidad o con el pacto establecido sobre rendimiento, y el rendimiento actual del trabajador, que incumple con la obligación asumida por éste. La realización de esta comparación resulta esencial, pues el posible incumplimiento del trabajador (la disminución de rendimiento) solo se evidencia a través de la misma: la caída en el rendimiento actual se constata cuando éste es comparado con el anterior o con el rendimiento actual de otros trabajadores, o con el rendimiento pactado en contrato o fijado en convenio. Procesalmente es importante, pues la carga de probar el incumplimiento recae sobre el empresario, de manera que si falta dicha prueba, el despido se califica como improcedente<sup>25</sup>.

Es evidente que la comparación sólo es posible cuando existe un conocimiento de cuál es el rendimiento anterior del trabajador, de ahí que si no existe constancia alguna del mismo, la extinción por esta vía no sería posible. De otro lado, es obvio que también ha de conocerse el rendimiento actual del trabajador, y no sólo el rendimiento anterior; solo así podrá realizarse esta comparación que puede evidenciar la existencia de una disminución del rendimiento por lo que resulta esta una cuestión esencial<sup>26</sup>.

Debemos considerar como imprescindible para esta comparación, que la misma sea realizada a través de términos homogéneos, pues de lo contrario la comparación no podrá ofrecer un resultado aceptable desde el punto de vista de la real existencia de una disminución del rendimiento<sup>27</sup>. Por lo tanto, no será factible acudir a esta causa de extinción del contrato de trabajo en aquellos casos en los que se haya producido una sustancial alteración de las condiciones de trabajo, pues se estaría comparando rendimientos que obedecen, no sólo a la capacidad del trabajador, sino también a elementos ajenos al mismo<sup>28</sup>. En estos casos, al fijarse el rendimiento en base a criterios distintos, el resultado final sería engañoso<sup>29</sup>. En este sentido, no es factible acudir a esta causa de despido cuando se haya producido una alteración en el proceso productivo, se cambie el sistema de medición del rendimiento, o se destina al trabajador a desarrollar una prestación de trabajo diferente a la que había venido desarrollando hasta ese momento. De esta manera la jurisprudencia a estimado que falta homogeneidad cuando se producen situaciones en las que hay una situación de conflicto colectivo en la empresa, supresión de horas extraordinarias, supresión de gratificaciones por productividad, alteración de los sistemas de cálculo de productividad o modificación del trabajo realizado por parte del trabajador<sup>30</sup>.

Desde el punto de vista de la comparación que evidencie la disminución del rendimiento, debemos plantearnos el problema del trabajador que no ha llegado jamás al rendimiento debido; es decir, que desde el comienzo de su relación laboral ha mostrado un rendimiento inferior al normal o pactado, pues para que se realice una comparación efectiva es necesario que exista un rendimiento anterior que se considera óptimo. Un sector doctrinal ha estimado en estos casos que no sería viable el despido disciplinario por disminución del rendimiento normal o pactado, entendiéndose que ha de acudirse al despido objetivo por incapacidad del trabajador conocida tras el inicio de la relación laboral<sup>31</sup>. En realidad, debemos puntualizar este supuesto, pues esta situación sólo puede plantearse realmente cuando estemos ante una situación en la que no es posible realizar la comparación con otros trabajadores o no existe un rendimiento pactado (es decir, sólo surge la cuestión cuando no es posible acudir al criterio objetivo). De esta manera, siempre sería posible realizar una comparación con el rendimiento de otros trabajadores en el mismo o similar puesto de

24 GARCIA FERNANDEZ, M.: "El rendimiento debido en la relación de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 3 (1980): 380; S. Peña Obiol, S. Y C. Alfonso Mellado, 32.

25 S. Peña Obiol, S. Y C. Alfonso Mellado.: "La falta de ese elemento comparativo, (...) conduce a que no pueda entenderse que el trabajador ha incurrido en conducta sancionable con el despido". 30. Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 marzo 1990. Repertorio Jurídico Aranzadi (RJ) 1990\2339; también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 13 noviembre. Repertorio Jurídico Aranzadi (AS) 2008\52.

26 J. Gorelli Hernandez Y T. Gomez Alvarez, 144.

27 I. Alzaga Ruiz, , las condiciones de homogeneidad se producen cuando "las condiciones actuales de ejecución sean las mismas o similares a aquellas en las que venía prestando sus servicios el trabajador cuando su rendimiento era superior al actual". 189. En similares términos J. Gorelli Hernandez, Y T. Gomez Alvarez 146; también M.C. Ortiz Lallana, 1137.

28 R. Aguilera Izquierdo 284. Vid. las SSTSJ de Cataluña de 30 julio, AS 2002\2824; Madrid de 20 julio, AS 2000\3891; Galicia de 29 junio 2018, AS 2018\2181.

29 J. Gorelli Hernandez, "Disminución continuada (...)"; 119.

30 I. Alzaga Ruiz, 189.

31 R. Aguilera Izquierdo 282 y 283; I. Alzaga Ruiz, I. 190; J. Garate Castro "La disminución continuada (...)"; 255; así como J. Sagardoy Bengoechea, 420.

trabajo<sup>32</sup>. Por lo tanto, el supuesto de hecho es bastante reducido, limitándose a aquellos casos en los que no es viable más que un criterio de carácter subjetivo para la cuantificación del rendimiento normal (único trabajador en la empresa, o el único en ocupar un determinado puesto de trabajo).

## 2.4 La disminución grave en el rendimiento del trabajador

No todo incumplimiento de un trabajador es merecedor de un despido disciplinario. Tal como he señalado *supra*, el ordenamiento español reserva el despido solo para los incumplimientos graves y culpables del trabajador (art. 54.1 ET). En cuanto a la gravedad, el legislador se refiere tanto a la entidad propia del incumplimiento, como a la relevancia del mismo en la estructura del contrato. De esta manera, el legislador en el art. 54.2 ET ha aislado de entrada ciertas conductas que va a considerar relevantes en el marco de una relación contractual subordinada (las ausencias y las faltas de puntualidad, la indisciplina, las ofensas verbales o físicas, la transgresión de la buena fe, etc.). Además, exige que tales incumplimientos sean graves. De esta manera, llegar tarde una vez al trabajo es un incumplimiento, pero no genera, por sí sólo, el despido disciplinario.

Teniendo en cuenta este planteamiento, ¿cómo se traslada la exigencia de gravedad a la disminución del rendimiento? Desde mi punto de vista la cuestión se plantea en dos planos diferentes, pero relacionados. En primer lugar, la disminución debe tener una entidad suficiente, es decir, la reducción del rendimiento ha de ser relevante. Por lo tanto, no podemos admitir como causa de extinción una disminución que respecto del rendimiento pactado difiera en una mínima parte; es decir, que sea insignificante o irrelevante<sup>33</sup>. Ciertamente en estos casos de pequeñas reducciones del rendimiento estamos ante un incumplimiento del trabajador, si bien, no tiene ese carácter de gravedad que se exige para que el despido sea procedente. Desde este punto de vista la gravedad va a exigir, como en el resto de las causas de despido, una valoración de las circunstancias en que se produce el incumplimiento del trabajador, si hay reiteración, advertencias previas, si ha tenido una conducta laboral intachable a lo largo del tiempo, etc<sup>34</sup>.

Sin embargo, la propia doctrina laboral ha venido constatando que normalmente el grado o nivel de incumplimiento no suele ser relevante para la jurisprudencia a la hora de estimar la procedencia o improcedencia de un despido por disminución del rendimiento, centrándose normalmente en el segundo de los planos que vamos a señalar, el de la continuidad de la disminución del rendimiento<sup>35</sup>. Este planteamiento por el que se resta relevancia al grado o nivel de disminución es, desde nuestro punto de vista, totalmente criticable, pues la entidad de la disminución del rendimiento define a la gravedad al igual que la continuidad en la disminución (segundo de los elementos que vamos a ver).

De otro lado, la gravedad se relaciona directamente con la prolongación de la disminución del rendimiento a lo largo del tiempo. Esta cuestión está expresamente recogida en el art. 54.2 e) ET cuando al regular esta causa de despido disciplinario se señala que la disminución del rendimiento debe ser “continuada”. Es evidente que mientras más se prolongue la duración de la disminución del rendimiento, mayor entidad tendrá el incumplimiento del trabajador, pudiendo alcanzar la consideración de gravedad que justifica el despido disciplinario. Entendemos que el hecho de que el propio art. 54.2 e) ET se refiera a la continuidad como elemento configurar de la causa de despido es lo que fundamenta la nula relevancia de la necesidad de un grado o nivel suficientemente relevante como elemento determinante de la gravedad de la conducta incumplidora tipificada como causa de despido. Por lo tanto, un incumplimiento consistente en una disminución puntual o aislada del rendimiento, aún cuando sea especialmente relevante, no puede determinar un despido disciplinario del trabajador pues no existiría causa suficiente para ello<sup>36</sup>. En definitiva, podemos afirmar que la continuidad, es decir, la prolongación o reiteración sistemática de la conducta, se configura en el ordenamiento español como el elemento determinante de la gravedad<sup>37</sup>.

Dos problemas interpretativos plantea la continuidad, el primero, cuándo ha de considerarse que existe una continuidad suficientemente relevante como para entender que la conducta del trabajador es grave. Sobre la cuestión no existe una respuesta estándar u homogénea, ni entre doctrina, ni jurisprudencialmente. La continuidad o duración se considerará grave en función de las circunstancias y consecuencias que rodean a cada incumplimiento concreto; en todo caso, como es evidente, la continuidad se constata cuando hay una reiteración del comportamiento, de cierta duración, dentro de un período de tiempo razonable. En

32 J. Gorelli Hernandez “Disminución continuada (...)”, 119.

33 J. Gorelli Hernandez, y T. Gomez Alvarez 161.

34 Vid. la STSJ de Valencia de 8 junio, AS 2000\4120.

35 R. Aguilera Izquierdo, 298 y 299.

36 J. Garate Castro, “La disminución continuada (...)”, 285; J. Gorelli Hernandez, J.: “Disminución continuada (...)”, 126. STSJ de Galicia de 21 noviembre; AS 2019\1057.

37 I. Alzaga Ruiz, I 196; M.C. Ortiz Lallana 1138.

todo caso, es evidente que la negociación colectiva puede ser un buen instrumento para regular qué disminuciones de rendimiento son consideradas graves en base a la continuidad de las mismas<sup>38</sup>.

En caso de ausencia de regulación por convenio colectivo, el empresario deberá probar la persistencia de la conducta del trabajador dentro de un plazo moderador o de referencia que evidencie un incumplimiento que pueda ser calificado como grave<sup>39</sup>. Se trata, por tanto, de un período de tiempo que evidencie la relevancia del incumplimiento del trabajador y que no estamos ante un hecho aislado, sino una conducta que se mantiene, en la que el trabajador persevera o persiste a lo largo del tiempo<sup>40</sup>, sin que, al respecto, exista ningún plazo estándar que sea utilizado por parte de la jurisprudencia. En realidad, nos parece adecuado que no exista una delimitación apriorística y de carácter general sobre cuándo puede considerarse que hay continuidad suficiente, pues ello permite aplicar la causa de despido con comodidad y con flexibilidad suficiente a las distintas actividades productivas que pueda desarrollar el trabajador en cuestión<sup>41</sup>.

El segundo problema es el de los incumplimientos intermitentes: son puntuales, pero se reiteran a lo largo del tiempo. Por lo tanto, no habría una continuidad en sentido estricto<sup>42</sup>, por lo que no podrían ser sancionadas estas faltas laborales con el despido<sup>43</sup>; sin embargo, es evidente que este tipo de comportamiento puede ser especialmente dañoso para el empresario, generando incumplimientos graves. Frente a esta situación parece que lo más adecuado es, de nuevo, acudir a la negociación colectiva para determinar períodos durante los cuales la reiteración intermitente de estas conductas pudieran ser consideradas como un comportamiento continuado que podría dar lugar al despido<sup>44</sup>.

Tal como hemos señalado anteriormente, entendemos que los dos criterios señalados, el nivel o grado de disminución y la continuidad, deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar si existe o no un incumplimiento sancionable por parte del empresario. De esta manera, una pequeña disminución del rendimiento debe prolongarse ampliamente en el tiempo para justificar un despido disciplinario, mientras que una gran disminución en el rendimiento del trabajador requiere una menor continuidad en el tiempo. En todo caso, salvo que se haya regulado a través de la negociación colectiva cuáles son los períodos de referencia para determinar si hay o no continuidad, parece que es conveniente que el empresario advierta al trabajador del hecho de estar ofreciendo un rendimiento menor al normal o al pactado, especialmente en los supuestos de larga continuidad, pues ello evitaría que entre en juego el instituto de la prescripción de las faltas laborales; por otra parte, la advertencia del empresario obvia totalmente que ésta consienta el comportamiento incumplidor del trabajador, facilitando un futuro despido.

## 2.5 La culpabilidad en la disminución del rendimiento

Junto con la gravedad (continuidad) en el incumplimiento, el art. 54.1 ET exige un segundo elemento para que exista una justa causa de despido por incumplimientos del trabajador: la culpabilidad. Esta se configura como la actuación deliberada o negligente del trabajador, que determina el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por lo tanto, el incumplimiento grave dará lugar al despido del trabajador tanto en aquellos casos en los que hay un comportamiento doloso (una actuación voluntaria del trabajador que desea incumplir sus obligaciones), como negligente (incumplimiento de las obligaciones contractuales como consecuencia de una actuación caracterizada por la falta de diligencia exigible ex art. 5.a ET)<sup>45</sup>.

La cuestión ahora es la de cómo se plasma esta exigencia de carácter general en esta concreta causa de despido disciplinario. Al respecto debemos recordar que el art. 54.2 e) ET se refiere a la disminución continuada y “voluntaria” en el rendimiento normal o pactado. Es la voluntariedad el elemento a través del cual parece articularse la exigencia general de culpabilidad. En definitiva, la voluntariedad supone que la conducta sea imputable al trabajador y dicha imputabilidad puede ser consecuencia tanto de una conducta dolosa (es decir, una actuación consciente del trabajador que desea deliberadamente incumplir sus obligaciones), como negligente (la responsabilidad surge por la omisión de la diligencia debida en el desarrollo de la prestación de trabajo, falta de diligencia que es imputable al trabajador)<sup>46</sup>. La voluntariedad en la disminución de rendimiento es el elemento que permite distinguir los supuestos de

38 I. Alzaga Ruiz 197; J. Garate Castro “El rendimiento (...)”, 301 y ss.

39 ; J. Garate Castro: “La disminución continuada (...)”, 287.

40 J. Gorelli Hernandez: “Disminución continuada (...)”, 127.

41 J. Gorelli Hernandez. y T. Gomez Alvarez, TO.: 163.

42 cuestión R. Aguilera Izquierdo, 299.

43 J. ASagardoy Bengoechea, 425; J. Garate Castro “El rendimiento (...)”, 301.

44 J. Garate Castro “La disminución continuada (...)” 285.

45 Vid. la STSJ de Madrid de 23 septiembre, AS 2015\266.

46 Así, AGUILERA IZQUIERDO, R.: Op. cit., página 292; CAMARA BOTIA, A.: “El carácter «culpable» del incumplimiento del trabajador en el despido disciplinario”, en AA.VV., coordinados por J. Gárate Castro, *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Santiago de Compostela 1997, 36; GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada (...)”, 271 y ss.



despido disciplinario basados en esta causa, de los casos de despidos objetivos por ineptitud sobrevenida del trabajador, pues en estos casos la falta de aptitud, si bien es un hecho imputable al trabajador, no es una circunstancia originada por la voluntad del trabajador<sup>47</sup>.

La voluntariedad genera un importante problema, el de su prueba, pues se trata de un elemento meramente subjetivo<sup>48</sup>. La distribución ordinaria de la carga de la prueba implica que es el demandante quién debe probar los hechos constitutivos de la demanda. Sin embargo en el proceso laboral de despido, el art. 105 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, establece que es el demandado (el empresario), quien debe probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido. Es decir, que es el empresario quien debe probar que hay una disminución de rendimiento, que esta es grave y que es voluntaria, pues bien, el problema, al margen de la distribución de la carga de la prueba, es el de cómo probar que la disminución del rendimiento depende de la voluntad del trabajador. La cuestión es tremendamente difícil, pues se trataría de probar la intención del incumplidor. En la práctica ello haría muy difícil el despido por disminución del rendimiento.

Para resolver esta cuestión la jurisprudencia aplica una solución que, a nuestro juicio, es lógica: la distribución de la carga de la prueba de manera más equilibrada, de modo que el empresario deba probar la existencia de una disminución de rendimiento, y que la misma es suficientemente grave; para, a continuación, atribuir al trabajador la carga de probar que dicha disminución no se debe a su voluntad, sino a circunstancias ajenas a la misma<sup>49</sup>. De esta manera, si el trabajador no es capaz de probar la existencia de tales circunstancias, se va a presumir la voluntariedad en el incumplimiento<sup>50</sup>. En definitiva, la cuestión se sintetiza en la necesidad de que el trabajador evidencie que la reducción se debe a causas ajenas a su voluntad; de lo contrario, se estimará que la disminución es voluntaria. No se trata sino una manifestación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria<sup>51</sup>.

Teniendo en cuenta esta interesante distribución de la carga probatoria, resulta relevante determinar cuáles pueden ser tales circunstancias que justifican la reducción del incumplimiento por parte del trabajador, lo cual debe, necesariamente, deducirse de cada caso concreto<sup>52</sup>. Con anterioridad he tenido ocasión de sistematizar las posibles causas de justificación en base a tres grandes grupos<sup>53</sup>. En primer lugar, aquellas causas justificadoras de la disminución que recaen sobre el empresario. El abanico de posibilidades es bastante grande, pues incluye el mal funcionamiento de los medios de producción, las deficiencias de la maquinaria o de las materias primas utilizadas, la alteración del sistema productivo que requiere de períodos de adaptación por parte de los trabajadores, la introducción de nueva maquinaria, medios de producción o de nuevas tecnologías, o el cambio de puesto de trabajo del trabajador, que es destinado a uno diferente del originario. En segundo lugar, están las causas que recaen sobre el trabajador, pero que no inciden sobre una voluntad de reducir el rendimiento, como la alteración de la salud que no le impide trabajar, pero que incide sobre una reducción del rendimiento. Por último, también hay causas ajenas a las partes, como las circunstancias del mercado, que afecta a trabajadores que se dedican a la venta de productos de la empresa.

### 3. El despido objetivo y el rendimiento del trabajador

El art. 52 ET regula las causas de despido objetivo. En la actualidad este precepto agrupa dos tipos muy diferentes de causas de extinción del contrato de trabajo: de un lado causas imputables a la empresa (económicas, técnicas, organizativas o productivas). Se trata de las mismas causas del despido colectivo, si bien se configuran como propias del despido objetivo cuando el número de trabajadores afectados por el despido no alcanza la relevancia suficiente para que actúe la regulación del despido objetivo. Se establece así, en el ordenamiento español una doble vía de extinción para estas causas, el despido colectivo y el despido "plural", por las mismas causas pero sujetos a dos regímenes jurídicos y procedimientos diferentes.

47 ALZAGA RUIZ, I.: Op. cit., página 199; GARATE CASTRO, J.: "La disminución continuada (...)", op. cit., página 271; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: Op. cit., página 424.

48 GARATE CASTRO, J.: "La voluntariedad como nota definitoria del despido por disminución en el rendimiento", *Revista de Política Social* nº 130 (1984): 257.

49 En este sentido AGUILERA IZQUIERDO, R.: Op. cit., página 294; ALZAGA RUIZ, I.: Op. cit., página 198; ORTIZ LALLANA, M.C.: Op. cit., página 1139.

50 Vid. GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: 165 y ss.

51 GORELLI HERNANDEZ, J.: "Disminución continuada (...)", 130.

52 GARATE CASTRO, J.: "La disminución continuada (...)", 275. Vid. la STSJ del País Vasco de 18 diciembre 2001, AS 2002/1240

53 Vid. GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: páginas 168 y sus; también en GORELLI HERNANDEZ, J.: "Disminución continuada (...)", 130 y ss.

Junto a este primer grupo, existe un conjunto de causas de despido objetivo típicamente individuales, donde se encuadran las causas que ahora nos interesan. Este otro grupo de despidos objetivos se caracteriza por basarse en causas imputables al trabajador, pero no a su voluntad, de manera que no se configuran como incumplimientos del trabajador. Dentro de este segundo grupo hay supuestos que se relacionan con la disminución del rendimiento, por lo que deben ser analizadas en este trabajo. No se trata realmente de causas que están directamente dirigidas a proteger el interés empresarial a mantener el rendimiento pactado, pero se trata de situaciones en las que la disminución del rendimiento puede ser una de las manifestaciones que evidencian la existencia de tales causas. Es por ello que traemos a colación tales cuestiones en este trabajo, sin embargo no analizaremos detalladamente tales causas de despido, sino tan sólo aquellas cuestiones que tengan repercusión sobre el rendimiento de los trabajadores.

### 3.1 El despido objetivo por ineptitud del trabajador

A tenor de lo regulado por el art. 52 a) ET, el contrato puede extinguirse “Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento”.

El punto de partida en esta causa de despido es determinar que ha de entenderse por ineptitud del trabajador. Al respecto, entendemos que la ineptitud es la falta de aptitud, capacidad o habilidad del trabajador<sup>54</sup>, debiendo concretarse esta sobre el desarrollo de la prestación de trabajo. Es decir, no se trata de una ineptitud general, sino una ineptitud para el desarrollo de la prestación de trabajo a la que se ha comprometido a través del contrato de trabajo<sup>55</sup>.

La ineptitud del trabajador es la causa de despido; ahora bien, dicha ineptitud tiene como principal manifestación una prestación laboral defectuosa, que se plasma fundamentalmente en una ausencia de rendimiento, o un rendimiento inferior al adecuado<sup>56</sup>. Se evidencia así la conexión entre ineptitud y el rendimiento debido, razón por la que traemos a este trabajo dicha causa de despido, pues la ineptitud se manifiesta fundamentalmente a través de un rendimiento insuficiente o deficiente<sup>57</sup>. Ahora bien, hemos de insistir en una cuestión: la falta de rendimiento no es la causa de despido, sino la ineptitud del trabajador; la falta de rendimiento sólo es la manifestación de la ineptitud del trabajador<sup>58</sup>. En este sentido, el empresario que pretende proceder a la extinción del contrato de trabajo por esta vía, debe demostrar que existe la ineptitud del trabajador para el desarrollo de la prestación, debiendo centrarse en esta cuestión y no en el rendimiento del trabajador, pues éste último sólo es un síntoma (en su caso) de la ineptitud.

Esta ineptitud del trabajador ha de referirse, necesariamente a la prestación de trabajo contratada; por lo tanto, no se pretende despedir al trabajador sólo cuando resulta incapaz para cualquier prestación de trabajo, o cuando haya una ineptitud general del trabajador, sino para el concreto trabajo para el que ha sido contratado por parte del empresario. La extinción se produce por la imposibilidad de alcanzar el objeto del contrato, la prestación para la que ha sido contratado el trabajador. Por lo tanto, ha de ponerse la ineptitud del trabajador en conexión con el conjunto de tareas que forman parte de su prestación de trabajo, de manera que sólo podrá acudirse a esta vía de extinción en aquellos casos en los que la ineptitud genera el defectuoso cumplimiento de todas las tareas o, al menos, las tareas fundamentales de la prestación de trabajo<sup>59</sup>.

El hecho de que la falta de rendimiento en estos casos sea una manifestación de la ineptitud y no se configure como causa de despido está en íntima relación con la distinción entre despido disciplinario por falta de rendimiento y el despido objetivo por ineptitud: recordemos que en el despido disciplinario era imprescindible que hubiese un incumplimiento grave y culpable del rendimiento normal o pactado. Sin

54 Gorelli Hernandez, J.: “Ineptitud conocida o sobrevenida”, en AA.VV., coordinados por J. Gorelli Hernández, *El despido. Análisis y aplicación práctica*, (Madrid: Tecnos, 2004), 377.

55 En este sentido afirmaba Sagardoy Bengoechea, J.A., que la ineptitud era la “carencia de condiciones adecuadas para desempeñar un trabajo”. *El despido y los expedientes de crisis*, (Bilbao: Deusto, 1969), 87.

56 En todo caso, debemos advertir que no siempre que hay una ineptitud del trabajador, ésta va a manifestarse a través de una disminución en su rendimiento. Pensemos, por ejemplo, en supuestos en los que la ineptitud se basa en la pérdida de la autorización administrativa para realizar un trabajo (por ejemplo, pérdida del carnet de conducir para un chofer o un conductor de autobuses), o el cambio de normativa que exige ahora una determinada titulación para el desarrollo de una actividad profesional de la que carece el trabajador (por ejemplo, el caso de los detectives privados).

57 Fita Ortega, F.: *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, página 17. De igual manera GOÑI SEIN, J.L.: “La ineptitud del trabajador como causa de despido”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 11, 413.

58 Gorelli Hernandez, J.: “Ineptitud conocida o sobrevenida (...)”, op. cit., página 377.

59 En este sentido Aleman Paez, F.: “El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales”, *Relaciones Laborales Tomo I de 2002*, 374; Gonzalez Ortega, S.: “La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, *Revista de Política Social* nº 127: 214.

embargo, cuando se produce una disminución del rendimiento debida a la ineptitud del trabajador, aún cuando no se cumpla con el rendimiento pactado, de manera que incluso la disminución sea grave, no estaremos ante un incumplimiento del trabajador, pues no existe culpabilidad, dado que dicha disminución se debe a la falta de capacidad para realizar el trabajo<sup>60</sup>. Por lo tanto, no puede ser causa de despido disciplinario, pues falla la imputabilidad del incumplimiento<sup>61</sup>. Por el contrario, una disminución debida a la negligencia del trabajador, al ser imputable al trabajador, da lugar a un despido disciplinario y no a un despido objetivo.

De otro lado, hay que tener en cuenta que al igual que ocurría con el despido disciplinario por disminución del rendimiento, para que exista una lícita causa de despido, la disminución del rendimiento ha de deberse a causas que recaen sobre el trabajador (en caso de despido disciplinario, por dolo o culpa; en caso de despido objetivo, la causa recae la persona del trabajador, pero no sobre su voluntad); lo que supone que cuando la disminución del rendimiento se debe a causas ajenas al trabajador (causas imputables al empresario o debidas al propio mercado), no existe causa de despido (ni disciplinario, ni objetivo).

Por otra parte, la doctrina laboral viene exigiendo que para generar la extinción del contrato de trabajo, la ineptitud debe tener suficiente entidad y ser permanente<sup>62</sup>.

Para terminar con esta causa de despido objetivo, debemos tener en cuenta que el art. 52 ET plantea dos situaciones diferentes en las que se produce la ineptitud del trabajador: cuando la ineptitud originaria, pero conocida por el empresario con posterioridad a la colocación en la empresa; y la ineptitud sobrevenida (no originaria) con posterioridad a la colocación en la empresa. Ello supone dejar fuera del ámbito de esta causa de despido aquellos casos de ineptitud originaria del trabajador, que era conocida por el empresario antes de la contratación; por lo tanto, un empresario conocedor de la ineptitud del trabajador no puede extinguir el contrato a través de esta causa, pues era conocedor de la falta de capacidad del empresario, y pese a ello procedió a la contratación. Entendemos que existen argumentos suficientes para entender que no es posible acudir al despido objetivo: la propia literalidad del precepto que se refiere a una ineptitud originaria pero conocida tras la colocación efectiva del trabajador, la doctrina de los actos propios o la exigencia de un principio de buena fe en la contratación<sup>63</sup>. No obstante, podría plantearse acudir a la nulidad del contrato por falta de cumplimiento del objeto del mismo como vía de extinción del contrato de trabajo; sin embargo, entendemos que ello sólo sería posible cuando no es viable el cambio de puesto de trabajo del trabajador, un puesto que fuera compatible con su aptitud, solución a la nos conduciría el principio de mantenimiento de los contratos.

En aquellos casos en los que la falta de aptitud es originaria, es decir, preexiste a la relación laboral, pero el empresario toma conocimiento de la misma con posterioridad a la contratación, estaríamos ante una situación cercana al vicio del consentimiento. Sin embargo el ordenamiento ha establecido esta vía extintiva, que si bien es más cara que pretender la nulidad del contrato, lo cierto es que también es más cómoda y fácil de llevar a cabo<sup>64</sup>. Debe tenerse en cuenta que el propio precepto señala que la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento del período de prueba que puede pactarse entre empresario y trabajador, “no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento”. Es decir, no puede acudirse al despido objetivo por ineptitud si existe dicha ineptitud y no fue detectada por el empresario durante el período de prueba. En estos casos estaríamos ante una situación de *culpa in contraendo* del empresario que imposibilitaría la extinción por esta vía.

Debemos plantearnos qué respuesta ha de darse en aquellos casos en los que existiendo ineptitud originaria, esta se oculta maliciosamente por parte del trabajador. Desde mi punto de vista, en estos casos estimo que debemos aceptar el despido objetivo por ineptitud como vía de extinción del contrato<sup>65</sup>. No obstante, hemos de tener en cuenta si en esta situación puede incidir la aplicación del período de prueba, pues tal como hemos visto supra, la superación del período de prueba impide la utilización de esta causa de despido. Estimo que en estos casos de ineptitud originaria oculta por el trabajador debemos diferenciar entre aquella ineptitud material, derivada de la falta de capacidad o profesionalidad del trabajador, que es perfectamente constatable por parte del empresario, por lo que en este caso la superación del período de prueba impediría el uso de esta causa de despido (en puridad este supuesto no supone ninguna especialidad en esta causa de despido, más aún, al tratarse de una ineptitud material, difícilmente puede afirmarse que sea oculta); del

60 Vid. Goñi Sein, J.L.: 417; también Gorelli Hernández, J.: “Ineptitud conocida o sobrevenida (...)”, 379.

61 Alzaga Ruiz, I.: 186.

62 En este sentido puede verse a Fita Ortega, F.: 35 y 36, o Aleman Paez, F.: 374.

63 Vid. Fita Ortega, F.:50.

64 Duran Lopez, F.: “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, *Revista de Política Social* nº 117: 89.

65 En este sentido Fita Ortega, F.: 51.

supuesto de ineptitud formal, por carencia de titulación: en estos concretos casos, si la ocultación consiste en una falsedad, pese al transcurso del período de prueba, estimo perfectamente posible esta vía extintiva, además, obviamente del despido disciplinario por falta de buena fe.

De otro lado tenemos la ineptitud no originaria, sino sobrevenida con posterioridad a la colocación efectiva en la empresa, supuesto que se configura como el ordinario o más normal en este tipo de causa de despido. Se trata del conjunto de situaciones en que los trabajadores, una vez que realizan una prestación de trabajo para un empresario, por diferentes circunstancias pierden su capacidad para tal prestación de trabajo (como consecuencia de la edad, de enfermedades o accidentes, pérdida o retirada de licencias que lo facultan para una determinada prestación, ineptitud técnica por la propia evolución de las tecnologías aplicadas al puesto de trabajo, pérdida de la titulación necesaria o carencia de la misma como consecuencia de una nueva regulación que requiere una nueva titulación para el desarrollo de determinadas actividades, etc.). En tales circunstancias es evidente que la principal manifestación de estas situaciones es la disminución del rendimiento del trabajador o la imposibilidad de obtener rendimiento por parte del empresario respecto del concreto trabajador. En todos estos casos o circunstancias es evidente que el trabajador no comete ilícito laboral alguno al sufrir esta ineptitud, por lo que no sería aplicable un despido disciplinario. Es por ello que el ordenamiento permite al empresario la posibilidad de acudir a esta otra vía extintiva para mantener el equilibrio contractual.

En esta causa de despido resulta especialmente interesante el supuesto de la ineptitud generada por el cambio de puesto de trabajo. El art. 39 ET regula la movilidad funcional, una de las facultades que forman parte del poder de dirección empresarial y que consiste en la capacidad del empresario de especificar en cada momento cuál ha de ser la concreta prestación a desarrollar por el trabajador. No se trata, ni mucho menos de un poder ilimitado, sino que el propio art. 39 ET establece un conjunto de límites, especialmente que dicha facultad debe ejercerla dentro del grupo profesional del trabajador, que se define (art. 22.2 ET) como el conjunto de aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, pudiendo incluir las distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidad asignada al trabajador al contratar (cuando se contrata se pacta el grupo profesional del trabajador, lo que define el conjunto de tareas que asume como parte de su prestación de trabajo –art. 22.4 ET)-). Aunque es posible la encomienda de funciones de grupos superiores o inferiores, pero con carácter temporal (art. 39.2 ET). Pues bien, el propio art. 39.3 ET señala que el no podrá invocarse como causa de despido objetivo, “la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas a las habituales como consecuencia de la movilidad funcional”. Desde mi punto de vista ello supone una importante limitación a la utilización por el empresario de esta causa de despido en los casos de movilidad funcional; es decir, cuando la ineptitud se motiva o genera por el hecho del cambio de puesto de trabajo (cuestión distinta es que tras el cambio de puesto de trabajo, surja una ineptitud por causas distintas, en cuyo caso, es perfectamente posible acudir a esta vía de despido objetivo). Además estimo que la limitación dispuesta por el art. 39.3 ET al despido objetivo tampoco puede entenderse como absoluta, pues en la práctica ello dañaría de manera irremisible la capacidad empresarial de ejercer sus facultades directivas en materia de movilidad funcional. Es por ello que entiendo la necesidad de un equilibrio entre los derechos del trabajador y los intereses empresariales, lo cual pasa por entender que si es aceptable acudir al despido objetivo cuando tras un plazo razonable a partir del cambio de puesto de trabajo dentro del grupo profesional, se evidencia la ineptitud del trabajador en el desarrollo de tareas o funciones esenciales de su grupo profesional<sup>66</sup>.

### 3.2 Falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas

Dispone el art. 52 b) ET que el contrato podrá extinguirse por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo. A priori no parece que esta causa de extinción tenga nada que ver con el rendimiento; sin embargo, un análisis más pausado de esta cuestión evidencia que, al igual que en los casos de ineptitud del trabajador, el principal síntoma de la causa de despido (la falta de adaptación) es, justamente, la pérdida o reducción en el rendimiento del trabajador. Por lo tanto, estamos ante una nueva manifestación de la incidencia del rendimiento en la extinción del contrato de trabajo. No obstante, al igual que ocurre con el otro supuesto de despido objetivo analizado, también debe puntualizarse que la causa de despido no es la disminución del rendimiento, sino la falta de adaptación a las modificaciones técnicas, la disminución del rendimiento es sólo el síntoma que puede llevarnos a concluir la existencia de dicha falta de adaptación. Por otra parte, como causa de despido objetivo, debemos subrayar que esta disminución del rendimiento no es un incumplimiento del trabajador, pues si bien la causa de extinción es imputable a él (el trabajador es quien sufre esa falta de adaptación), no recae sobre su voluntad (no hay incumplimiento doloso o negligente por su parte). En estos casos se produce una clara diferencia

66 J. Gorelli Hernandez, “Ineptitud conocida o sobrevenida” (...), 386.

con el despido disciplinario por disminución del rendimiento, en el que dicha disminución es imputable al trabajador, mientras que en esta causa de despido objetivo, la alteración del rendimiento no se produce por la alteración del puesto de trabajo<sup>67</sup>.

En la práctica la falta de adaptación no es sino una especificación de la causa de despido objetivo antes analizada, la ineptitud del trabajador. Más concretamente se trataría de una ineptitud sobrevenida. Lo que ha hecho el legislador es regularla separadamente de la ineptitud sobrevenida con la finalidad de establecer ciertos requisitos o exigencias que deben ser respetadas por el empresario en estos casos.

En cuanto a estas exigencias, reguladas por el art. 52.b) ET, necesarias para el despido objetivo por falta de adaptación, son las siguientes:

- a) En primer lugar, las modificaciones técnicas deben ser razonables. Es decir, deben estar justificadas por el objetivo de conseguir un mejor rendimiento productivo, debiendo no sólo vincularse la modificación a dicho objetivo, sino que también debe ponerse en conexión con el propio puesto de trabajo y las exigencias de capacitación exigidas para el mismo. Dicho de otra manera, lo que pretende el legislador es evitar situaciones fraudulentas, en las que por la vía de introducir modificaciones ilógicas se persiga la obsolescencia del trabajador y proceder por esta vía a la extinción del contrato de trabajo.
- b) En segundo lugar, el despido no puede producirse de manera inmediata a la modificación técnica, sino que el empresario ha de facilitar al trabajador un curso dirigido a facilitar su adaptación a las modificaciones introducidas. Dicho curso forma parte del tiempo de trabajo efectivo, por lo que generará derecho al salario del trabajador; es decir, no se trata de un curso a desarrollar fuera del tiempo de trabajo y que ocupe tiempo de descanso del trabajador. Con ello se establece para el empresario una obligación: la de facilitar procedimientos formativos a los trabajadores con el objetivo de permitirles adaptarse a las modificaciones técnicas que se hayan introducido<sup>68</sup>. Por lo tanto, si bien el trabajador está obligado a mantener su capacidad laboral, adecuándose al avance de las técnicas de producción o las nuevas tecnologías, ello no debe realizarse a su costa, sino durante el tiempo de trabajo, de manera que el tiempo dedicado a tales cursos debe ser retribuido con salario.
- c) Por último, se establece que la extinción sólo pueda ser acordada por el empresario una vez que haya transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finaliza la formación dirigida a la adaptación del trabajador. Se establece así un plazo prudencial para constatar que el trabajador no ha podido adaptarse a las modificaciones.

#### 4. Pactos de rendimiento y extinción del contrato de trabajo

Es perfectamente posible establecer en el contrato de trabajo un pacto de rendimiento, de manera que el trabajador asuma como una de sus obligaciones contractuales alcanzar un mínimo de rendimiento. Desde el punto de vista de la extinción del contrato de trabajo la cuestión tiene especial interés pues el art. 49.1 b) ET señala que el contrato se extinguirá "Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario". Pues bien, es perfectamente posible que los pactos sobre rendimiento mínimo contengan también una cláusula extintiva, que se encuadraría dentro de lo dispuesto por el citado art. 49.1 b) ET. Estaríamos, por tanto, ante una nueva vía de extinción del contrato de trabajo vinculada al rendimiento del trabajador.

Se trataría de una extinción del contrato de trabajo por decisión bilateral de ambas partes, pues el pacto extintivo se introduce en el contrato de trabajo por acuerdo entre empresario y trabajador, lo que supone una importante diferencia respecto de los supuestos antes analizados, pues estos se tratan de mecanismos extintivos unilaterales o sujetos exclusivamente a la decisión del empresario. Cuestión distinta es que, naturalmente, una vez acordado el pacto extintivo, este se haga valer por solo una de las partes, en este caso el empresario. De hecho, bien puede decirse que esta vía de extinción supone una importante ampliación de la capacidad extintiva del empresario, pues la posibilidad de establecer en el contrato causas de extinción del mismo está dirigida directamente en beneficio del empresario, pues el trabajador siempre tiene a su disposición la posibilidad de dimisión o extinción por voluntad unilateral del trabajador, regulada en el art. 49.1 d) ET, que no requiere de causa alguna<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> I. Alzaga Ruiz 186.

<sup>68</sup> Sobre su carácter obligatorio vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo", *Temas Laborales* nº 115 (2012), 298.

<sup>69</sup> En este sentido J.GORELLI HERNÁNDEZ: "La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento (...)", op. cit., 402; también SANTIAGO REDONDO, K.M.: *La extinción consensual de la relación laboral (Un estudio sobre la delimitación de los tipos, su causalidad y calificación)*, Lex Nova, Valladolid 2000, 121.

Estos pactos extintivos introducidos en el contrato tienen la naturaleza de condiciones resolutorias<sup>70</sup>, es decir, se trata de un hecho incierto que habilita a cualquiera de las dos partes (en realidad, al empresario, tal como acabamos de ver) a dar por extinguido el contrato de trabajo si es que se producen<sup>71</sup>. De esta manera se evidencia que para que se produzcan los efectos extintivos no es suficiente con el acacimiento de la condición (en el caso que a nosotros interesa), que no se cumpla con el mínimo de rendimiento establecido, a partir de ahí es necesario que el empresario denuncie el contrato, es decir, se pronuncie expresamente por la extinción del contrato.

La posibilidad de introducir pactos extintivos o condiciones resolutorias en el contrato supone una individualización de los mecanismos de extinción, pues pueden incorporarse vías extintivas no previstas expresamente por la regulación legal, de manera que sea el contrato quien las regule<sup>72</sup>. Estamos, por lo tanto, ante una ampliación de las posibilidades de extinción del contrato de trabajo, al admitirse la conjunción de la voluntad individual como instrumento de creación de nuevas vías de extinción. No obstante, es evidente que existe un importante límite a esta posibilidad: tales mecanismos contractuales no pueden afectar a lo ya dispuesto por la regulación legal; es decir, lo pactado en el contrato no puede suponer una regulación *in peius* de la regulación legal sobre extinción de la relación laboral (arts. 49 y sus ET), de manera que no pueden alterarse los límites a la extinción del contrato establecidos por la normativa legal<sup>73</sup>.

En cuanto a los pactos más habituales que pueden encontrarse, están los pactos contractuales consistentes en fijar un rendimiento mínimo, de manera que si no se alcanza se considera causa de extinción del contrato. Este es, sin lugar a dudas el supuesto que más frecuentemente se produce en la jurisprudencia española<sup>74</sup>.

Dos son las cuestiones que nos parecen relevantes al enfrentarnos a este mecanismo extintivo: de un lado, cómo afecta al pacto extintivo de rendimiento las garantías reguladas por el art. 49.1 b) ET (se trata de pactos consignados en el contrato, que deben ser válidos y que no constituyan abuso de derecho manifiesto); por otra parte, la conexión de esta vía de extinción con el despido disciplinario por disminución del rendimiento pactado.

En cuanto a lo primero el art. 49 ET determina que el pacto extintivo ha de realizarse a través del contrato individual de trabajo, no pudiendo establecer por otra vía como el convenio colectivo; si bien sí será posible establecer causas de extinción en el convenio, a las cuales se remite el contrato. La causa de extinción debe ser necesariamente consignada en el contrato, por lo que no son admisible acuerdos verbales a través de los cuales se establezcan tales pactos extintivos. De otro lado, tales causas consignadas en el contrato se caracterizan por ser válidas (“consignadas válidamente en el contrato”); por lo tanto deben cumplir todos los requisitos de validez de cualquier negocio jurídico: deben ser causas lícitas, posibles y determinadas. Por lo tanto, las condiciones resolutorias no deben consistir en actos ilícitos, deben ser factibles de cumplir para el trabajador (de lo contrario serían abusivas), y no deben quedar al arbitrio de la voluntad del empresario o ser meramente potestativas<sup>75</sup>. Por último, el legislador hace referencia expresa a la invalidez de los pactos abusivos.

Un ejemplo de condición abusiva sería el de la fijación de mínimos de rendimiento excesivamente elevados que cuestionarían de manera permanente la vigencia del contrato de trabajo. Son nulos, por tanto, aquellos pactos por los que se fija una cuantificación que sea de imposible cumplimiento para el trabajador; es decir, que se haya concretado un umbral tan elevado que sea de imposible realización. En estos casos también estaríamos tanto ante un supuesto de abuso de derecho o de uso antisocial del derecho<sup>76</sup>. También puede estimarse que la decisión extintiva del empresario es abusiva en aquellos casos en los que siendo fijado el rendimiento en una cuantía objetivamente normal, sin embargo la empresa pone trabas o dificultades al trabajador para la consecución de los objetivos de rendimientos fijados<sup>77</sup>. De otro lado, en las

70 M. Alvarez De La Rosa, M.: “Suspensión y extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por causas consignadas en el contrato”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100: 957.

71 K. Santiago Redondo 117.

72 A. Villalba Sanchez La condición resolutoria consignada en el contrato de trabajo, (Granada : Editorial Comares, 2018), 8 y 9.

73 Tal como señala ALVAREZ DE LA ROSA, M., “Las causas consignadas válidamente han de referirse a hechos extintivos no enumerados en el artículo 49 ET y que no sean abusivas”. Op. cit., página 956; de igual manera DEL REY GUANTER, S. y SERRANO OLIVARES, R.: “Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997”, *Actualidad Laboral* nº 18 de 1998, 353.

74 En este sentido, vid. las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 11 de junio de 1.983, repertorio de jurisprudencia Aranzadi (RJ) 1983\2998; 20 de octubre de 1986; 13 de noviembre de 1986, RJ 1986\6338; 27 de septiembre de 1988, RJ 1988\7130; 23 de febrero de 1990, RJ 1990\1215; 16 de noviembre de 2009, RJ 2009\775; o las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (SSTSJ) del País Vasco de 15 de febrero de 2011, repertorio de jurisprudencia Aranzadi AS 2011\950; Andalucía de 5 de julio de 2011, AS 2011\2698; y País Vasco de 19 de octubre de 2004, AS 2004\3615.

75 S. Del Rey Guanter, S. Y R, Serrano Olivares, 358 y 359.

76 SSTS de 23 de febrero de 1990 y de 3 de febrero de 2010, RJ\2010\1433; también la STSJ de Galicia de 10 de marzo de 2010, AS 2010\1513.

77 STSJ de Galicia de 10 de marzo de 2010, AS 2010\1513.

condiciones resolutorias relativas al rendimiento mínimo debe realizarse una operación de comparación entre rendimiento actual y rendimiento pactado que es idéntica a la anteriormente analizada en el despido disciplinario por disminución de rendimiento, pues sólo a través de esta operación podrá llegarse a la conclusión de que el trabajador no alcanza al mínimo reflejado en la condición resolutoria.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, la relación entre las condiciones resolutorias por incumplimiento de rendimiento mínimo amparadas por el art. 49.1 b) ET y el despido disciplinario por disminución de rendimiento del art. 54.2 e) ET, pueden estar en íntima relación y la frontera entre uno y otro no está clara: repárese simplemente que el art. 54.2 e) ET se refiere a una disminución del rendimiento normal o "pactado". Más aún, no sólo es que estemos ante un problema teórico de delimitación conceptual entre una y otra figura, sobre todo es un problema práctico de primer orden, pues es claro que ambos mecanismos extintivos pueden entrar perfectamente en colisión: mediante la condición resolutoria podría evitarse la aplicación de la regulación en materia de despido que como hemos visto exige gravedad y culpabilidad en el incumplimiento del trabajador, amen todo ello de las exigencias de requisitos formales (la carta de despido) reguladas para el despido disciplinario en el art. 55.1 ET. Desde este punto de vista las condiciones resolutorias podrían suponer un atajo para la extinción del contrato por disminución de rendimiento, al no tener que aplicarse las garantías propias del despido disciplinario. Surge así la importante duda de cuál ha de ser la norma aplicable a aquellos supuestos en los que se haya establecido el pacto extintivo de rendimiento mínimo y el trabajador.

Como vemos la cuestión es importante, pues los pactos de rendimiento como vía de extinción coinciden con una de las causas de despido disciplinario, el despido por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado. ¿Estamos ante dos vías de extinción que se basan sobre un mismo hecho? Y si es así, ¿hemos de aplicar la regulación del despido, o es posible utilizar cualquiera de las dos?

De entrada, hemos de tener en cuenta que es posible que las partes se hayan limitado a concretar un simple pacto de rendimiento mínimo y no una condición resolutoria por tal motivo. En estos casos, es evidente que la única posibilidad de actuación es a través del despido disciplinario. El problema se plantea, obviamente, cuando se establece una condición resolutoria que permite la extinción por no alcanzar un determinado rendimiento. Es en estos supuestos donde nos planteamos cuál es la norma que debe aplicarse para la extinción del contrato.

Si bien es cierto que la jurisprudencia en algunos casos ha entendido que la única forma de resolver el contrato de trabajo por bajo rendimiento, es la de despido prevista en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, con un tratamiento idéntico a la causa de despido del artículo 54.2 e) del mismo estatuto<sup>78</sup>: sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria se inclina por admitir el incumplimiento del pacto de rendimiento como condición resolutoria, de acuerdo con el art. 49.1.b) de la repetida norma estatutaria, siempre y cuando el rendimiento pactado no pudiera considerarse abusivo<sup>79</sup>.

Ahora bien, ha de señalarse que en la práctica, aun cuando mayoritariamente se admita la vía extintiva de la condición resolutoria que fija un rendimiento mínimo, ciertamente se van a aplicar a estos supuestos elementos propios o procedentes del despido disciplinario por disminución del rendimiento, de manera que existen un conjunto de elementos comunes. En primer lugar, el empresario siempre tendrá que probar dicha disminución. Para ello es imprescindible, tanto en el despido como en la condición de rendimiento mínimo, un elemento de comparación para llegar a la conclusión del bajo rendimiento, ya sea en función de un criterio subjetivo (el rendimiento anterior del propio trabajador), o un elemento objetivo (rendimiento de otros trabajadores con similares funciones). También la jurisprudencia ha afirmado la necesidad de imputar la disminución al trabajador, de manera que el trabajador pueda probar la existencia de circunstancias justificativas que le exculparían de esa disminución<sup>80</sup>, de manera que la decisión extintiva pese a existir tales circunstancias convertirían dicha decisión en abusiva. En el mismo sentido se viene aplicando exigencias propias del despido disciplinario, como la voluntariedad en la disminución y la continuidad en esta disminución<sup>81</sup>.

Podemos por tanto afirmar que el estado actual de la cuestión en la jurisprudencia pasa por admitir la existencia de dos mecanismos de extinción diferentes: el despido disciplinario y los pactos o condiciones resolutorias sobre rendimiento mínimo; si bien se plantea una evidente confusión entre uno y otro

78 Vid. las SSTS de 18 de noviembre de 1982, RJ 1982\4563; 18 de noviembre de 1982, RJ 1982\6845 y 28 de abril de 1987, RJ 1987\2816.

79 En este sentido las SSTS de 11 de junio de 1983, RJ 1983\2998; 20 de octubre de 1986; 13 de noviembre de 1986, RJ 1986\6338; 27 de septiembre de 1988, RJ 1988\7130; 23 de febrero de 1990, RJ 1990\1215; 16 de noviembre de 2009, RJ 2009\775; o las SSTSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2011, AS 2011\950; Andalucía de 5 de julio de 2011, AS 2011\2698; y País Vasco de 19 de octubre de 2004, AS 2004\3615.

80 STS de 14 de diciembre de 2011, RJ 2012\3496.

81 Salvador del Rey Guanter y Raquel Serrano 363.

instrumento extintivo, estos comparten elementos comunes tal como acabamos de señalar. De esta manera bien podemos concluir que en la práctica se produce una asimilación de la extinción a través del art. 49.1 b) ET al despido por disminución de rendimiento, de manera que la existencia de las dos vías alternativas se simplifica pues finalmente todo acaba confluendo por la vía de la asimilación, en el despido disciplinario<sup>82</sup>.

## 5. Bibliografía

Castro, J. Garate. "El rendimiento en la prestación de trabajo". Madrid: Civitas, 1984: 32.

Castro, J. Garate. "La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado" AA.VV., *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, 1992: 253.

Hernandez, Juan Gorelli. "La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento mínimo y su relación con el despido disciplinario por disminución de rendimiento", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 123 (2004) : 396.

I, Alzaga Ruiz, J Garate Castro, J Gorelli Hernandez y T. Gómez Alvares. *La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado*. Madrid: Cinca, 2009.

Izquierdo, Raquel Aguilera. *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

Mellado, S. Peña Obiol y C. Alfonso. «La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario», *Tribuna Social* Nn 80-81 (1997), 30.» *Tribuna Social*, s.f.

Murcia, J. García. «Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I)». *Actualidad Laboral* nº 24 , 1990: 288

Sanchez, A Villalba. *La condición resolutoria consignada en el contrato de trabajo*. Granada: Comares, 2018.

---

82 J. Gorelli Hernandez, J.: "La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento (...)"411.