

En BILBAO (BIZKAIA) a 23 de septiembre de dos mil diez.
Vistos por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a-Juez del
Juzgado de lo Social nº 3, Dña. los
presentes autos nº 556/10 seguidos a instancia de JULIO CESAR
IBARRA LOPEZ asistido por el letrado
Gutiérrez contra METRO BILBAO S.A. representado por
y asistido por el letrado
sobre DESPIDO.

EN NOMBRE DEL REY
Ha dictado la siguiente

SENTENCIA N°373/10

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 15/06/2010 tuvo entrada demanda formulada por
JULIO CESAR IBARRA LOPEZ contra METRO BILBAO S.A. y
admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes
asistiendo todas, y abierto el acto de juicio por S.Sª. las
comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron
pertinentes en defensa de sus derechos practicándose
seguidamente las pruebas que fueron admitidas según queda
constancia en el acta correspondiente, y finalmente
manifestaron por su orden sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso se han observado las
prescripciones legales.

I.- HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- D. JULIO CESAR IBARRA LÓPEZ, prestaba
servicios para la empresa METRO BILBAO SA desde el 5-12-05,
en la categoría profesional de DIRECTOR DE COMUNICACIÓN
YMARKETING, con una remuneración bruta anual incluida la
prorrata de pagas extraordinarias de euros. El
trabajador recibía euros anuales como aportación a
una EPSV.

SEGUNDO.- El 23-4-2010 se le comunica apertura de
expediente disciplinario, realizando los descargos oportunos
el 4 de mayo de 2010, el 5 de mayo de 2010 se le entrega
carta de despido que consta en los Autos y se da por
reproducida.

TERCERO.- En el acto de juicio la mercantil reconoce la
prescripción de las faltas que se le imputan, manteniendo
como hechos imputables al actor y justificativos del despido
los siguientes:

-Prestación de servicios y realización de actividades ajenas a la Empresa incompatibles con su situación de Incapacidad Temporal.

La Empresa ha tenido conocimiento de que usted, durante su situación de Incapacidad Temporal, en la que supuestamente no estaba físicamente capacitado para desempeñar su puesto de trabajo de Director de Comunicación, ha realizado diversas actividades totalmente incompatibles con su situación de Incapacidad Temporal en las que ha tenido que realizar ejercicios y movimientos físicos de carácter similar o incluso de mayor exigencia a los requeridos por su puesto de trabajo de Director de Comunicación. Concretamente las actividades de las que ha tenido conocimiento la Empresa han sido las siguientes:

01/02/2010...Impartición de conferencia en la casa de cultura de Tafalla(Navarra).

09/03/2010...Participación en debate en el Colegio Mayor Ayete(Donostia)

En todos estos eventos, en los que usted participó mientras estaba en situación de Incapacidad Temporal, usted llevó a cabo movimientos y actividades contraindicados para la dolencia que justifica su situación de Incapacidad Temporal. Dicha circunstancia se agrava debido a que usted se trasladaba a los citados eventos conduciendo su vehículo particular, actividad totalmente contraindicada para su pronta recuperación.

A mayor abundamiento de lo anterior, usted había manifestado, entre otros medios mediante correo electrónico enviado el pasado día 15 de marzo de 2010, al Consejero Delegado de la Empresa, el Sr.Prego, que en las fechas anteriormente indicadas se encontraba "incapacitado para las actividades más básicas, al tener las dos manos inutilizadas". La anterior afirmación realizada por usted, a la vista de las circunstancias anteriormente expuestas, constituye un claro engaño a la Empresa acerca de su estado físico real.

-No cumplimiento de la jornada mínima diaria y manifiesta y continuada trasgresión de las normas empresariales en materia de control de presencia.

Además de lo anterior, del análisis del sistema de presencia ZERKOS, se extraen numerosas irregularidades que revelan que usted o bien no cumplía con su deber de registrar todas sus entradas y salidas del centro de trabajo, o bien directamente no prestaba sus servicios durante los períodos mínimos establecidos para ello, sin que en el citado sistema ZERKOS conste la justificación pertinente de ausencia de marcaje. Las irregularidades más significativas, en la última anualidad, son las siguientes:

<u>Fecha</u>	<u>Entrada</u>	<u>Salida</u>	<u>Entrada</u>	<u>Salida</u>
27/04/09	no marcajes	-	-	-
28/04/09	no marcajes	-	-	-
30/04/09	no marcajes	-	-	-
08/05/09	10:17	15:18	-	-
12/05/09	09:30	-	-	-
14/05/09	21:22	-	-	-
26/05/09	12:21	18:51	-	-
27/05/09	07:32	07:32	-	-
02/06/09	15:55	-	-	-
15/06/09	no marcajes	-	-	-
16/06/09	16:51	16:53	21:41	-
08/07/09	no marcajes	-	-	-
09/07/09	13:35	15:59	-	-
20/07/09	09:19	15:34	-	-
21/07/09	09:25	15:53	-	-
18/08/09	no marcajes	-	-	-
19/08/09	13:41	15:26	15:56	-
20/08/09	06:51	06:51	07:41	11:12
25/08/09	no marcajes	-	-	-
27/08/09	no marcajes	-	-	-
28/08/09	no marcajes	-	-	-
25/09/09	08:40	11:15	-	-
29/12/09	no marcajes	-	-	-
31/12/09	18:32	-	-	-

Tal y como conoce usted, todos los trabajadores de la Empresa, incluidos los directores, deben marcar sus entradas y salidas del centro de trabajo, existiendo un apartado específico en el sistema de marcaje destinado a consignar todas aquellas incidencias y circunstancias especiales que le hayan impedido fichar o marcar sus entradas y salidas correctamente, tales como viajes, reuniones fuera de la oficina, etc... Sin embargo, usted en ninguna de las fechas anteriormente enumeradas consignó circunstancia alguna que justificara el deficiente o incluso ausente fichaje. A mayor abundamiento de lo anterior, dada su condición de director, usted es el responsable de revisar la corrección de sus propios marcajes y adecuarlos a la jornada establecida dejando constancia de los motivos que le han impedido hacerlo, en su caso. Tras examinar sus marcajes, queda notoriamente acreditado que usted, cuando menos, ha hecho una clara dejación de sus funciones, no dejando constancia de ninguna circunstancia justificativa de su irregulares e incluso inexistentes marcajes."

CUARTO.- El actor permanece en situación de IT desde el 30-9-2009, solicita alta voluntaria el 4-12-09, le es concedida el 21-12-09 alta que se mantiene hasta el 7-1-2010, momento en el que vuelve a pautarse la baja médica, durante ese periodo el trabajador se desplaza al centro de trabajo en

vehículo particular. El trabajador ha sido sometido a un número importante de sesiones de rehabilitación que desde enero de 2010 le exigían mucho tiempo dentro de la jornada laboral. Tras la retirada de los yesos el 13-11-09 se pauta movimiento de las manos, conducción y alzamiento de pesos progresivo.

El 13 de abril vuelve a ser reintervenido, presenta alta médica de 31-5-2010. El trabajador ha acudido a todas las revisiones y reconocimientos que le han sido instados desde el servicio médico de la mutua y desde el médico de empresa, siendo el seguimiento de la baja de total normalidad.

El sistema ZERKOS se utiliza en la empresa para controlar los horarios de los trabajadores, respecto a aquellos que cobran por prestación efectiva de servicio en día u hora concreta sirve para la confección de las nóminas. Los directores no cobran según horas de servicio si no que tienen estipulado un salario mensual fijo, en algunas ocasiones no se ficha en el sistema y los directores complementan sus fichas como un requisito necesario que exige el sistema para cerrar las nóminas. Por las funciones propias del actor en muchas ocasiones debía de realizar actividades laborales fuera del centro de trabajo o fuera de su jornada ordinaria. El trabajador en ningún caso durante su vida laboral ha sido recriminado por no cumplimiento de la obligación de fichaje.

El actor participó en una mesa redonda en el Colegio mayor Ayete en Donostia el 9-3-2010 a las 19.30 horas. También participó el 1-2-2010 en una conferencia en la casa de cultura de Tafalla en Navarra. En ambas ocasiones se encontraba en IT, acudió en su vehículo particular. Estas charlas no eran remuneradas

QUINTO.- El trabajador no ha ostentado cargo alguno de representación en el último año.

SEXTO.- Intentado el acto de conciliación concluyó el mismo sin efecto.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hechos probados.

El relato de hechos probados deriva de la prueba practicada en el acto de juicio oral, consistente en la prueba documental presentada por las partes, y la testifical de la parte demandada.

Los hechos probados primero y segundo se admiten por

las partes, el tercero se acredita por la alegación de prescripción de la propia empresa en el acto de juicio oral y por la carta de despido, el cuarto por los partes de bajas y altas e informes médicos del traumatólogo que le asiste, especialmente el de 15-9-2010, documento 21 de la parte actora, por la testifical del director de administración y por la agenda del actor, así como por las características de su función, bloque documental 6 y 7 de la parte actora.

SEGUNDO.- Sanción de despido.

El artículo 58 del ET establece que los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

El procedimiento por sanción, regulado en el artículo 114 y siguientes de la LPL exige que el procedimiento se base exclusivamente en los hechos y causa de sanción señalada en la carta de sanción. Hechos e infracción que el empleador ha de demostrar.

En el presente procedimiento son dos los hechos que finalmente se le imputan al actor atendiendo a las manifestaciones de la empresa que reconoce la prescripción del resto de hechos imputados:

A.-En primer lugar se le imputa como causa de despido la participación durante su situación de IT en dos charlas, a las que acude conduciendo lo que empeora su situación funcional en cuanto a las dolencias de muñeca, y entendiéndose la empresa que el requerimiento físico del actor para esos actos es similar al propio de una actividad laboral.

Respecto a la conducción el documento 21 del traumatólogo que le asiste, recoge que es beneficioso en ese momento el uso de ambas manos de manera normalizada, conducir y elevar pesos. El médico, director de Mutua, que ha depuesto como testigo, no ha asistido al trabajador en ningún momento y desconoce los pormenores de las necesidades de su recuperación no habiendo declarado que estaba contraindicada la conducción, debiendo de entenderse más ajustado a la realidad el criterio médico del traumatólogo que atiende al actor.

Respecto a la situación de engaño para la empresa al poder el actor realizar su actividad laboral al igual que estas charlas, del documento 21 y del documento 23 se infiere que el trabajador debía de realizar importantes sesiones de rehabilitación que no podían llevarse a cabo estando de alta en la empresa dado lo variable de sus funciones, lo que determinó durante el periodo de alta voluntaria una reducción de las mismas, causa que le influyó negativamente y que motiva de nuevo la baja laboral, no por imposibilidad de uso de las manos, como por imposibilidad de seguir el tratamiento

prescrito. Por ello puede deducirse que la imposibilidad de realización de su actividad laboral no lo constituye tanto los esfuerzos físicos que ella conlleva, si no el cumplimiento de la jornada y su disponibilidad horaria en relación con su rehabilitación. Asistir a dos charlas no remuneradas durante su situación de baja laboral, no implica ni la misma exigencia de disponibilidad ni la sujeción a horario alguno que le impida el desarrollo de la rehabilitación que se le ha prescrito, por lo que estos hechos puntuales no implican una actitud de fraude o deslealtad a la mercantil.

B.- Respecto al cumplimiento de fichajes en el sistema Zerkos, la propia testifical de un director de la empresa ha señalado que esos fichajes no sirven para confeccionar su nómina de Directores porque cobran mensualmente la misma cantidad, pero que es necesario enviar el listado de fichajes para cerrar esas nóminas porque lo exige el sistema. Que en ocasiones se olvidan los fichajes y estos se completan por las secretarias de los directores, y que puede ocurrir que estés en una actividad fuera de la empresa y que no fiches.

En la carta de despido se le hace una imputación de fichajes inválidos de 24 días en un periodo de un año, (en algunos de los cuales consta fichaje aunque no a la hora de entrada propia del actor si no a una posterior) lo cuál constituye una ratio porcentual muy baja de incumplimientos. Las funciones propias del actor implicaban el desarrollo de actividades fuera de oficina en horas diferentes a las de la jornada establecida como normal días en los que prestando servicios efectivos sin embargo no estaba en el centro de trabajo. No ha sido recriminado por esta forma de actuar desde el 2005. Parte de las imputaciones se ven contra dichas por el bloque documental 7 de la parte actora y por la dación de cuentas que realizaba el trabajador y que acreditan la efectiva prestación de servicios en esos días.

Todo lo dicho hace concluir que no se exigía de manera rigurosa el fichaje de los directores, que normalmente estos fichajes se complementaban a la hora de confeccionar las nóminas, y que las tareas del actor implicaban el desarrollo de trabajo fuera de su centro ordinario atendiendo a su calidad de director de marketing y comunicación con participación en numerosos eventos. Por lo tanto la falta o irregularidad de esos fichajes, ni implican falta de cumplimiento de la jornada laboral, ni eran exigidos de manera controlada por la empresa, ni pueden ser causa de desobediencia de tal índole que determinen el despido del actor más cuando en ningún caso ha sido recriminado por hechos similares.

Atendiendo a lo señalado y al no acreditarse la causa de despido, ni ser los hechos imputados de naturaleza grave como para determinar la sanción impuesta, el mismo ha de ser

declarado improcedente.

Declarado por tanto improcedente el despido, sus consecuencias se regulan en el artículo 56 del ET. El artículo 56 del ET regula las consecuencias del despido improcedente señalando que el empresario podrá optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose los periodos inferiores al año, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

El empresario en todo caso habrá de abonar los salarios de tramitación, es decir los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia, salvo que hubiese encontrado otro empleo anteriormente y se probase lo percibido para su ulterior descuento.

Si el empresario no opta por la readmisión o indemnización, se entiende que opta por la primera (Artículo 56.3 ET)

Respecto al salario, las partes están de acuerdo en el salario bruto anual, en relación a las aportaciones a la EPSV, las mismas no constituyen cantidades a integrar en el módulo salarial indemnizatorio del despido improcedente al ser fondos internos con naturaleza de mejora voluntaria de seguridad social, conforme se ha reconocido jurisprudencialmente entre otras STS de 11-2-2009.

La antigüedad del trabajador en la relación laboral se extiende desde el 5-12-05 con un salario mensual a razón de un importe anual bruto de euros incluido el prorrateo de pagas extraordinarias, siendo despedido con fecha de efectos el 5-5-2010.

Por lo señalado su antigüedad es de 4 años y 5 meses, teniendo en cuenta que se ha fijado como salario bruto en la cantidad de euros incluido el prorrateo de pagas extraordinarias, la indemnización que le corresponde en caso de no ser readmitido asciende a la cantidad de euros.

Respecto a los salarios de tramitación referidos a la cantidad de euros mensuales brutos, atendiendo a que el trabajador estuvo en situación de IT hasta el 31-5-2010, y que en esta situación no se devengan salarios de tramitación, han de ser abonados desde el 1-6-2010 hasta la notificación de la presente sentencia, sin perjuicio de los descuentos que procedan siempre que el empresario acredite que el trabajador ha reanudado una nueva relación laboral posteriormente.

TERCERO.- Recursos.

Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación conforme a lo señalado en el artículo

115 de la LPL

Vistos los artículos citados y los que sean de pertinente aplicación;

FALLO

ESTIMAR la demanda interpuesta por D JULIO CESAR IBARRA ROBLES frente a la empresa METRO BILBAO SA, DECLARANDO IMPROCEDENTE EL DESPIDO efectuado por la empresa el 5-5-2010.

CONDENAR a METRO BILBAO SA a optar expresamente, en el plazo de cinco días, entre readmitir al actor en su relación laboral o indemnizarle en la cantidad de euros. En caso de no ejercitarse la opción se entenderá que opta por la readmisión. A su vez deberá abonar al actor los salarios de tramitación que correspondan referidos al sueldo bruto mensual de euros desde el 1-6-2010 hasta la fecha de notificación de la sentencia.

Contra esta Sentencia cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, debiendo ser anunciado tal propósito mediante comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, debiendo designar Letrado o graduado social para su formalización.

Para recurrir la demandada deberá ingresar en la cuenta nº 4719 0000 0556 10 del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con el código 65, la cantidad líquida importe de la condena, sin cuyo requisito no podrá tenerse por anunciado el recurso. Dicha consignación puede sustituirse por aval bancario, en la forma dispuesta en el artículo 228 de la LPL.

Asimismo, deberá ingresarse en la misma cuenta corriente, con el código 69, la cantidad de 150 euros en concepto de depósito para recurso de suplicación, debiendo presentar el correspondiente resguardo en la Oficina judicial de este Juzgado al tiempo de anunciar el recurso.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.