



Roj: **STSJ PV 1948/2011 - ECLI: ES:TSJPV:2011:1948**

Id Cendoj: **48020340012011101497**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2011**

Nº de Recurso: **1390/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JESUS PABLO SESMA DE LUIS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: 1.390/11

N.I.G. 48.04.4-10/010884

SENTENCIA Nº:

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 14 de Junio de 2011.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. **D. PABLO SESMA DE LUIS**, Presidente en funciones, **D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI** y **D. EMILIO PALOMO BALDA**, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Luis Miguel contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 9 de los de Vizcaya, de fecha 28 de Febrero de 2011 (autos 1.069/10), dictada en proceso sobre **(DSP) -Despido Nulo, subsidiariamente Improcedente-**, y entablado por el **recurrente** frente a **AENOR, ASOCIACION ESPAÑOLA DE NORMALIZACION Y CERTIFICACION**, siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. PABLO SESMA DE LUIS**, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"1º.-) El actor Don Luis Miguel , con DNI NUM000 , ha venido prestando sus servicios laborales por cuenta y a las órdenes de la empresa demandada AENOR, con la categoría profesional de auditor de sistemas, antigüedad desde el 25/04/00 y salario mensual bruto de 4.140,55 euros (138,02 euros/día).

2º.-) El actor venía disfrutando de reducción de jornada para el cuidado de hijo desde el 1/01/2008.

Se da por reproducido el documento nº 61 de la empresa, del que resulta que, en la Delegación del País Vasco, incluyendo al actor había 9 trabajadores en jornada reducida, entre ellos, 3 auditores, también incluido el actor, dos de ellos varones, suponiendo el 24% de la plantilla de la Delegación.

3º.-) El actor causó baja por IT derivada de contingencias comunes el 27/05/10 recibiendo el alta el 1/07/10 con el diagnóstico de "trastorno de ansiedad".



4º.-) Atendida su extensión, se dan por expresa e íntegramente reproducidos los correos electrónicos remitidos por el trabajador a Doña Rocío , responsable de RRHH de la demandada, entre el 27/05/10 y el 14/07/10, aportados como documentos nº 30 a 38 del ramo de prueba de la empresa.

5º.-) Se da por expresa e íntegramente reproducido el informe de asistencia al puesto de trabajo del actor presentado por la demandada como documento nº 63 de su ramo.

6º.-) El 6/09/10 AENOR remitió a la empresa SENER oferta de condiciones técnicas y económicas para la realización de auditoría en orden a la obtención de la certificación conforme a la norma UNE 166002:2006.

7º.-) El 15/09/10 se otorgó contrato de servicios entre las dos empresas al objeto expresado, incluyendo el mismo una auditoría I+D+i, cuya realización fue asignada inicialmente al demandante.

8º.-) AENOR remitió a SENER comunicación fechada el 28/09/10 (documento nº 46 de su ramo, que se da por expresamente reproducido) indicando que el técnico responsable de la auditoría era el actor.

9º.-) A las 16,23 horas del 6/10/10 Don Gerardo , auditor de AENOR, remitió vía correo electrónico, entre otros, al actor, pre-planificación para la realización de la auditoría, a falta de aprobación por el cliente "el día 8/10/10".

10º.-) A las 22,51 horas del mismo día, el actor remitió al citado Don Gerardo , correo electrónico que el trabajador aporta como documento nº 13 de su ramo dándose por reproducido si bien, a los efectos de interés actual, en el mismo se plantean una serie de objeciones en relación al trabajo encomendado, requiriendo la obtención de una serie de datos que estima necesarios para ello como centros que deben ser certificados, personas involucradas en actividades de I+D+i, áreas de conocimiento según códigos UNESCO y número de proyectos desarrollados bajo las herramientas del sistema.

11º.-) El 13/10/10 AENOR comunicó al actor vía correo electrónico, que el técnico para la auditoría I+D+i de SENER pasa a ser otro distinto del demandante.

12º.-) El 26/10/10 -y previa denuncia del actor- comparecieron ante la Inspección de Trabajo el actor y representantes de la empresa con el objeto de determinar las condiciones de trabajo del actor tras la solicitud de jornada reducida expresada en el Hecho Segundo, así como la actuación de la empresa respecto a la comunicación del trabajador sobre la medicación prescrita y su capacidad de conducción y solicitud del mismo de la información preventiva relativa a su puesto de trabajo, dándose por expresamente reproducidas las actuaciones de la Inspección aportadas por AENOR como documento nº 53 de su ramo.

13º.-) La demandada notificó el 4.11.10 al actor, carta de despido fechada el 29/10/10 del siguiente tenor literal:

"Por medio del presente escrito le comunico que la Dirección de AENOR ha decidido proceder a su despido por motivos disciplinarios con efectos del día de recepción de la presente comunicación, al amparo de lo establecido en el Art. 54 b) y d) del Estatuto de los Trabajadores, así como Art. 33.5º del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos, lo que le notifico formalmente a los efectos oportunos.

El descontento acerca de su actitud se le ha venido comunicando a usted, a través, tanto de conversaciones como de correos electrónicos que le han sido enviados por su Directora de Delegación D^a Fermina, los últimos meses, poniéndose de manifiesto el descontento de la Dirección, en la confianza de que se produjera un cambio en su actitud, siendo ésta proactiva en la planificación y gestión de sus auditorías, así como, de colaboración con su Directora y con el resto del equipo, en funciones propias de su puesto de Auditor.

Se detectan semanas completas sin ninguna auditoría, por lo que su Directora en sucesivos correos electrónicos le solicita, como es habitual en su labor de seguimiento de la actividad del personal asignado a su Delegación, que actualice su agenda de auditorías y que realice una labor proactiva con el fin de minimizar el número de días que usted destina a permanecer en la oficina y no audita a los expedientes de sus clientes asignados. En este contexto usted lleva a cabo los siguientes hechos en las fechas que a continuación se relacionan:

Motivo primero.- Con fecha de 27 de septiembre, la Responsable de Recursos Humanos, Doña. Rocío , a causa de los sucesivos y reiterados correos electrónicos que usted le ha estado enviando de forma reiterada, citándose a modo de muestra, los recibidos incluso estando usted en situación de baja laboral por enfermedad:

Correo de 27 de mayo a las 1:27 horas de la madrugada.

Correo de 27 de mayo a las 2:33 horas de la madrugada.

Correo de 28 de mayo a las 9:56 horas.

Correo de 31 de mayo a las 7:56 horas.

Correo de 2 de junio a las 9:45 horas.



Correo de 2 de junio a las 10:03 horas.

Correo de 2 de junio a las 23:00 horas.

Correo de 3 de junio a las 19:58 horas.

Presenta un informe al Director General Adjunto, Sr. Teodulfo, por el cual pone de manifiesto la situación que está sufriendo, en la que más allá de las demandas de información o consulta que usted legítimamente pudiera plantear y a los que la Responsable de RRHH daba respuesta, pero que usted, al no dar por satisfechas sus expectativas, volvía a enviar de forma reiterada y empleando un tono despectivo y fuera de lugar dentro de unas correctas relaciones de respeto laborales y personales, llegando incluso a dirigir contra ella acusaciones muy graves, y calificando de forma despectiva la capacidad profesional de la Responsable de Recursos Humanos.

Ante la situación de impotencia e indefensión que llegó a padecer la Sra. Rocío, que llegó a afectar el ejercicio de las funciones propias de su puesto respecto a usted, llegando a sentirse coaccionada cada vez que usted le requiere información (sobradamente atendida con anterioridad); siendo fiscalizada cualquier actuación o comunicación que inmediatamente es rebatida por usted; y soportando acusaciones tan graves como el de ejercer un trato discriminatorio y haciéndole culpable de lo que a usted "le pueda suceder" (correo electrónico enviado en fecha 14 de julio). Como consecuencia de su actitud, prolongada y reiterada en el tiempo, la Dirección le facilita asistencia médica por parte de la Mutua Fremap, a D^a Rocío.

Estos hechos se consideran, al amparo del artículo 33.5º del Convenio Colectivo de Oficina y Despachos, una falta grave de consideración a su Responsable del Departamento de Recursos Humanos.

Motivo segundo.- En fecha 28 de septiembre de 2010 AENOR cierra un oferta comercial con la empresa SENER, a través del Responsable Comercial de AENOR, D. Benito, para la realización de una auditoría de I+D+I.

Su directora de la Delegación D^a Fermina, le asigna a usted las fechas de 7 y 8 de octubre para realizar la auditoría de acuerdo a su cualificación y perfil profesional, detallándose así en el sistema de información del equipo de la Delegación a través de la Agenda de Auditorías al auditor correspondiente, es cuando se cumplimenta el formato R-DTC-038.00 y se formaliza a todos los efectos la asignación de auditor y de fechas para su realización. En el momento en que el auditor recibe este formato, es cuando debe contactar con la empresa cliente para corroborar las fechas reservadas o planificar otras fechas que acuerde el cliente, y tratar los primeros asuntos relacionados con la auditoría que se va a realizar.

A pesar de la asignación directa y detallada de la auditoría para la que ha sido designado, usted no se pone en contacto con el cliente, tal y como detecta el auditor responsable del expediente D. Gerardo, el día 5 de octubre de 2010, al tratar con el cliente SENER respecto a otras certificaciones que AENOR va a llevar a cabo en la misma empresa, la dirección de SENER comunica que el auditor Sr. Luis Miguel no se ha puesto en contacto y por ello decide anular la auditoría. Es por ello que tanto el auditor responsable Sr. Gerardo, como la Directora de Delegación Sra. Fermina, el día 8 de octubre son convocados en la sede de SENER para ofrecer explicaciones sobre el incumplimiento contractual respecto a la auditoría de I+D+I que debía haberse llevado a cabo en las fechas establecidas, así como la paralización del resto de auditorías previstas.

Usted justifica su incumplimiento discutiendo criterios que no le corresponden por ser tarea específica de otros profesionales de AENOR, ya sea el criterio de asignación de expedientes por parte de su Directora de Delegación; poniendo en tela de juicio la planificación de las auditorías realizadas; o la oferta comercial concretada por los comerciales de AENOR. Aspectos todos de trabajo, que tras sus diez años de antigüedad en nuestra Empresa, conoce perfectamente.

Dada su desobediencia, actitud, falta de colaboración y empeño obstaculizador que adopta, la Directora de Delegación, tras conseguir nuevamente del cliente SENER la misma auditoría, le comunica por correo electrónico de fecha 13 de octubre de 2010 que ha contravenido sus obligaciones laborales. A pesar de ello, usted mantiene una total falta de colaboración y una actitud desafiante ante cualquier instrucción u orden de trabajo comunicada por su Directora (puestas de manifiesto por usted en sucesivos correos electrónicos que ha estado enviando a su Directora), lo que provocó una situación de tensión que culminó con la comunicación formal por parte de su Directora al Director de Operaciones de Certificación, Sr. Maximino, mediante correo electrónico de fecha 13 de octubre, calificando la situación como "inaceptable" por lo que "he reasignado este expediente SENER a otro auditor ya que no podemos enviar a un cliente como SENER a una persona con esta actitud".

En llamada telefónica el mismo día a la Responsable de Recurso Humanos, su Directora de Delegación pone de manifiesto el estado de ansiedad que esta situación le está provocando, la incapacidad para gestionar la relación laboral con Ud., sabiendo que cualquier instrucción o comentario acerca de su actividad, es duramente contestado por Ud.



Estos hechos se consideran, al amparo del artículo 54 b) del Estatuto de los Trabajadores, una indisciplina y desobediencia en el trabajo.

Tercer motivo.- A través de su propio cronograma personal de trabajo que usted elabora y que pone a disposición de la Delegación, se ha comprobado que en el periodo de trabajo comprendido desde el 1 de enero de 2010 hasta la fecha de hoy, usted ha disfrutado de las siguientes fechas en reducción de jornada:

Julio de 2010: los días 23, 26, 27, 28, 29 y 30.

Septiembre de 2010: los días 2, 3, 6, 7 y 8.

Octubre de 2010: día 1, el día 7 media jornada, 8, 13, 14, 15 y 21.

Estos datos reflejan que usted ha disfrutado un total de 17,5 jornadas a computar como jornada reducida.

Para el cómputo anual de su jornada reducida, se aplica el mismo sistema que usted estableció en los años precedentes, esto es, una reducción del 12,5% de la jornada (1/8) de su jornada ordinaria, computándose la reducción en jornadas completas.

Para una correcta aplicación del sistema deben descontarse para el cálculo de las jornadas los días que usted ha estado en situación de I.T., tampoco los días que ha disfrutado de vacaciones. Así se observan los siguientes periodos.

Baja por I.T. desde 5.7.09 a 14.4.10.

Baja por I.T. desde 27.5.10 a 1.7.10. Descontar 26 días laborables.

Vacaciones 2010 desde 2.8.10 a 1.9.10. Descontar 22 días laborables.

Vacaciones 2009 desde 1.12.10 a 7.1.11. Descontar 18 días de 2010.

Día de libre disposición 30.9.10. Descontar 1 día laborable.

Siguiendo su criterio, de los 245 días laborables anuales establecidos en el Calendario Laboral de Bilbao, al iniciar el cómputo para el año 2010 desde el día 15 de abril quedan un total de 178 jornadas laborables, reduciéndose éstas en su caso por los periodos de bajas por I.T. y vacaciones anteriormente descritos hasta un total de 111 jornadas, que tras aplicar la reducción de jornada en un 12,50% queda desglosada para usted en un número de 97 días laborables y 13,88 días en reducción de jornada (se redondean a 14 días en reducción de jornada).

A la vista de todo lo anterior, se comprueba que el máximo total de días durante todo el año 2010 del que usted podía disponer en reducción de jornada era de 14. A pesar de ello a fecha de hoy usted ya ha hecho uso de un total de 17,5 jornadas de reducción, por lo que durante 3,5 jornadas laborables se ha ausentado de su puesto de trabajo, alegando causa "jornada reducida" no ajustada a normativa.

Este incumplimiento grave, reiterado y consciente de sus deberes y de los procedimientos establecidos, sin responder a los requerimientos que se le han realizado en la esperanza de reconducir la situación, con grave perjuicio para la empresa en los trabajos a usted encomendados tanto en planificación como en gestión, y el deterioro de la imagen de AENOR frente a los clientes ha llevado a considerar estos hechos, al amparo del artículo 54 d) del Estatuto de los Trabajadores, en transgresión de la buena fe contractual y al abuso de confianza en el desempeño de su trabajo.

Esta actitud contraviene su labor como auditor; siendo un puesto de máxima confianza, que se desempeña en el centro de trabajo del cliente y junto a él, desarrollándose con un alto grado de autonomía.

Por todo ello, esta Dirección ha decidido proceder a su despido con efectos a fecha de recepción del presente escrito.

Atentamente, y rogándole firme el duplicado a efectos de constancia".

14º.-) Obra en autos como documento nº 48 de AENOR, correo electrónico remitido por SENER a la demandada en la que textualmente se indican como temas tratados en la reunión del 8/10/10 que se menciona en la carta de despido que acaba de transcribirse, los siguientes:

"- Confirmación de Gerardo como nuevo responsable de nuestros expedientes.

- Modificación en la planificación para las auditorías previstas en todos los expedientes (para todas las normas de referencia y todas las oficinas).

. Fechas en Argentina a raíz de que el día 27 sea festivo en Buenos Aires.



. Aumentar el número de auditores en NTE para realizar el número de jornadas requeridas en EN 9100 en menor número de días.

. Aportar más referencias de proyectos para las oficinas de México.

- Planificación de la auditoría en fase 1 del expediente del I+D+I después de solicitar SENER una nueva fecha ya que el aviso que recibió por parte de AENOR fue de tan sólo dos días de antelación a la fecha de auditoría, que consideramos insuficiente. La nueva fecha de auditoría de este expediente en fase 1 quedó fijada para el día 21 de octubre, sin tiempo efectivo entre fase 1 y fase 2 (menos de dos semanas, y en medio de la auditoría general ya en marcha), pero siendo esta opción preferida por SENER antes que realizar la fase 1 con poca preparación, o desligar la auditoría de fase 2 del resto de expedientes.

- Comentar posibles actos de entrega del certificado de I+D+I en caso de que este sea finalmente concedido.

- Información sobre las certificaciones existentes en ecodiseño y sellos ecológicos en edificaciones. Certificaciones de ECODISEÑO".

15º.-) El actor no ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

16º.-) Se intentó la conciliación administrativa previa sin avenencia el 30/11/10, habiéndose presentado papeleta de conciliación el 12/11/10."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando en cuanto a su pretensión subsidiaria la demanda interpuesta por D^a Luis Miguel contra AENOR - ASOCIACION ESPAÑOLA DE NORMALIZACION Y CERTIFICACION, debo declarar y declaro improcedente el despido del actor producido con fecha de efectos 4/11/10, condenando a la empresa demandada a que en el plazo de CINCO días opte por la readmisión del actor en las mismas condiciones y efectos que tenía antes del despido o por el abono de la suma de 65.732,02 euros en concepto de indemnización, con abono en todo caso de los salarios de tramitación en cuantía de 138,02 euros/día desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que el actor hubiera encontrado otro empleo si dicha colocación es anterior a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, debiendo comunicar al Juzgado en el plazo indicado la opción ejercitada, entendiéndose que opta por la readmisión para el caso de no verificarlo."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- El art. 55.5-b) del Estatuto de los Trabajadores señala que será nulo el despido de los trabajadores que se encuentren ejercitando el derecho al permiso previsto en el art. 37.5 de la misma Ley, es decir, el permiso consistente en la disminución de la jornada para guarda legal de un hijo menor de edad.

En el presente caso ha resultado ser un hecho incontrovertido el que figura en el apartado segundo del relato fáctico, es decir, que el demandante venía disfrutando de reducción de jornada para el cuidado de hijo desde el 1 de Enero de 2008, y seguía teniendo tal reducción en el momento en que se produjo el despido enjuiciado.

Por consiguiente, resulta innecesario abordar cualquiera de las propuestas de modificación fáctica que se hacen en el recurso y estimar el mismo en base a los preceptos señalados, declarando la nulidad del despido, por la sola razón expuesta y sin necesidad de resolver sobre otras razones jurídicas que se invocan para pedir la nulidad.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de Suplicación interpuesto por Luis Miguel frente a la sentencia de 28 de Febrero de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Vizcaya (autos 1.069/10) en procedimiento sobre despido instado por el recurrente contra la ASOCIACION ESPAÑOLA DE NORMALIZACION Y CERTIFICACION, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, **debemos REVOCAR** la resolución impugnada y declarar el despido como nulo, condenando a la demandada a la readmisión del trabajador y al pago de los salarios de tramitación.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.



Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Iltrmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia**, deberá acompañar, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 300 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1390-11.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0030-1846-42- 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1390-11.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.