

SENTENCIA Nº: 182/2013

En Vitoria- Gasteiz a 10 de Junio de 2013.

KOPIA
COPIA

Vistos por Dña. MARTA ORTIZ DE URBINA ZUBÍA, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social número Cuatro de Vitoria, los presentes autos seguidos en este Juzgado bajo el número 185/ 2013 , sobre despido; actuando de una parte D. , asistido por el Graduado Social Sr. , contra la empresa representada por el Sr. y asistida por la Letrada Sra. habiéndose citado al que no ha comparecido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de Marzo de 2013 tuvo entrada en este Juzgado la demanda en la que D. , tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó solicitando que se dictase Sentencia estimatoria en virtud de la cuál se declarase la improcedencia del despido de que había sido objeto el actor con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

SEGUNDO.- Presentada la demanda, la misma fue admitida a trámite por Decreto de 6 de Marzo de 2013 , señalándose para la celebración del juicio el día 5 de Junio de 2013.

El día señalado se celebró el juicio. Tras oír a las partes éstas propusieron las pruebas de que intentaron valerse, y una vez admitidas se procedió a su práctica, tras la cual las partes expusieron sus conclusiones definitivas.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales vigentes.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- D. , ha venido prestando sus servicios para la empresa , con una antigüedad de 1 de Septiembre de 1987, con la categoría profesional de jefe de administración de primera y un salario mensual bruto con inclusión de parte proporcional de pagas extras de 3.704,75 Euros.

SEGUNDO.- Con fecha 5 de Febrero de 2013 la empresa hizo entrega al actor de una carta de despido con el siguiente contenido:

Muy Sr. nuestro:

En los últimos días hemos tenido conocimiento de diversos hechos que cuestionan su dedicación a esta empresa en su labor de gerente, así como su buena fe frente a la misma.

Ha indicado a algunos de nuestros clientes que la empresa probablemente iba a cerrar, cuando eso no es cierto. De hecho sabe que lo que se va a hacer es tramitar un expediente para la suspensión de contratos, medida contra la que se ha manifestado en diferentes ocasiones exigiendo la extinción de los mismos. Su indicación a nuestros clientes ha provocado la pérdida de los mismos, con retirada de sus moldes de nuestras instalaciones, y con beneficio para la competencia directa, la empresa con la que parece van a comenzar a trabajar. De hecho, usted mismo estaba dispuesto a trasladar directamente los moldes a si el Administrador Único no lo hubiera impedido.

También se nos ha comunicado por los trabajadores que ha estado usted derivando trabajos inicialmente encargados a a la citada empresa, cuando tenía expresamente prohibido derivar ningún trabajo a otras empresas, y mucho menos a nuestra directa competidora.

Se nos ha comentado asimismo que en fechas que desconocemos rechazó la realización de 1.500 contenedores para Diputación de Vizcaya (con los beneficios y continuidad que ello supone), pese a que desde la representación sindical de los trabajadores se le ofrecieron distintas posibilidades para poder asumir ese trabajo, y ello sin comunicárselo al Órgano de Administración de la empresa.

Varios de nuestros trabajadores han acudido a la empresa en su sede de para pedir explicaciones sobre los pedidos de la empresa ante la falta de confianza en usted, y les han indicado que es posible que haya trabajo para en el macro proyecto del tren de alta velocidad para, cuando usted había informado que dentro de ese proyecto no existía trabajo para nosotros.

Han llegado quejas de los trabajadores indicando que le oían rechazar pedidos por no tener posibilidades para hacerlo, cuando eran trabajos que perfectamente podía asumir

En los últimos días ha comentado a sus compañeros que no había liquidez para hacer frente a las nóminas, y que cuando llegara algo de dinero pendiente de cobro de clientes los últimos que iban a cobrar eran los trabajadores. Dicha medida nunca ha sido autorizada por esta Administración Social (de hecho, nunca se le ha comentado), y muestra de ello es que se ha alcanzado un acuerdo de pago de las nóminas retrasadas.

Usted negoció los precios de fabricación a, aceptando precios de 2.002 según sus propias y recientes manifestaciones. La sorpresa ha llegado cuando, revisando las cuentas, se ha podido comprobar que tal acuerdo ha supuesto a la empresa pérdidas cercanas a los 150.000 euros a pesar de

realizarse incluso horas extraordinarias durante la dedicación al pedido en concreto.

Puestos en contacto con . nos han informado de retrasos en el trabajo de los que usted no daba explicación, así como de unos pedidos en las últimas semanas no confirmados por usted, y de los que no había informado ni a esta Administración ni a los trabajadores, y que ha confirmado pensaba rechazar (en concreto, un pedido del 23 de enero, a realizar antes del 31 de enero, que ha remitido con fecha de hoy). Su conducta es intolerable máxime teniendo en cuenta que estos datos sólo los ha comunicado cuando se le ha indicado que esta Administración Social iba a hablar directamente con

Por último, los trabajadores han trasladado a esta Administración que durante los años que usted fue titular de un negocio de hostelería sólo acudía a su puesto cuatro horas diarias, de 9:30 a 13:30, pese a estar cobrando la nómina por jornada completa, y sin molestarse en poner dicha circunstancia en conocimiento de la Administración Social.

Todos estos hechos suponen infracciones muy graves, ya que parece querer provocar el cierre de esta empresa con sus diferentes actuaciones, pese a que su labor como Gerente es precisamente la de llevar a la empresa por el mejor de los caminos. Todo lo relatado supone un incumplimiento grave y culpable por su parte, por su falta de asistencia al trabajo, la disminución de su rendimiento y la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de la confianza depositada en usted. Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, mediante la presente se procede a la extinción de su puesto de trabajo, desde la fecha de la presente, recordándole que tiene que devolver tanto las llaves de las instalaciones, como el teléfono móvil del que disfruta y del que es titular esta empresa y la tarjeta de crédito de la empresa.

Queda a su disposición en las instalaciones de esta empresa la documentación relativa a la liquidación de su contrato.

Lamentando haber tenido que tomar esta decisión, le saluda atentamente.

TERCERO.- El actor junto con Dña. es titular de 423 acciones de la empresa representativas del 4,18% del capital social, siendo a fecha 27 de Febrero de 2003 secretario del consejo de administración de

CUARTO.- Con fecha 27 de Febrero de 2003 por parte de la empresa se confirió poder al actor para que en nombre y representación de la sociedad pudiera ejercitar todas y cada una de las facultades que para el órgano de administración se contemplaban en el artículo 18 de los Estatutos sociales, salvo las indelegables que son las que se recogen a los folios 180 a 182 de las actuaciones cuyo contenido se da por reproducido.

QUINTO.- Por Resolución de 14 de Mayo de 2010 del delegado Territorial en Álava del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales se concedió autorización a la empresa para suspender de manera continuada los contratos de cuatro trabajadores de los 15 que componían su plantilla durante un máximo de 120 días naturales (del 17 de Mayo al 14 de Octubre de 2010 ambos inclusive).

SEXTO.- Por Resolución de 4 de Noviembre de 2010 del delegado Territorial en Álava del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales se concedió autorización a la empresa para suspender durante 120 días naturales continuados los contratos de cuatro trabajadores y para reducir en un 37,5 % la jornada laboral diario del resto de operarios, 11 trabajadores desde el 8 de Noviembre de 2010 y hasta el 6 de Mayo de 2011.

SÉPTIMO.- Por Resolución de 15 de Marzo de 2011 del delegado Territorial en Álava del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales se concedió autorización a la empresa para reducir en un 37,5% la jornada laboral diaria de 4 de los 15 trabajadores que conforman la totalidad de su plantilla (102 horas de reducción de jornada pro trabajadores) en el período comprendido desde el 16 de Marzo de 2011 hasta el 6 de Mayo de 2011 ambos inclusive pro casusa económicas y de producción.

OCTAVO.- Por Resolución de 26 de Abril de 2011 del delegado Territorial en Álava del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales se concedió autorización a la empresa para suspender durante 166 días laborables los contratos de 5 trabajadores y para reducir en un 37% la jornada laboral diaria del resto de operarios , 10 trabajadores (498 horas de reducción de jornada por trabajador); desde el 9 de Mayo de 2011 y hasta el 6 de Febrero de 2012.

NOVENO.- Todos los ERES fueron en su día solicitados por el actor D. en su calidad de apoderado de la empresa habiéndose justificado los mismos en la bajada de facturación y de ventas.

DÉCIMO.- La empresa mantenía a fecha 28 de Mayo de 2013 una deuda con la Seguridad Social de 22.916,41 Euros.

UNDÉCIMO.- Con fecha 9 de Enero de 2013 por parte del actor se realizó un escrito en virtud del cuál se indicaba que en su opinión la vía para solucionar los problemas de la empresa no era la realización de un ERE de suspensión sino un ERE de extinción.

Una copia del escrito obra a los folios 149 y 150 de las actuaciones dándose su contenido por reproducido.

DUODÉCIMO.- Algunos de los moldes que se encuentran en las instalaciones de la empresa son de los clientes habiendo comunicado por escrito la empresa el día 29 de Enero de 2013, la empresa, el día 28 de Enero de 2013 y la empresa el día 29 de Febrero de 2013 a la empresa la retirada

de los moldes . Estas empresas eran clientes de desde hacía aproximadamente tres años, siendo el agente comercial que había proporcionado dichos clientes a D.

DÉCIMOTERCERO.- El actor con fecha 7 de Enero de 2012 aceptó una reducción temporal de un porcentaje del 17,20% de su nómina con efectos de 1 de Enero de 2012 pasando su salario anual de 54.450,92 Euros brutos anuales a la cantidad de 45.076,52 Euros brutos anuales.

DÉCIMOCUARTO.- El actor ha sido dueño de un negocio de hostelería siendo este dato conocido por toda la plantilla.

DÉCIMOQUINTO.- El actor no es , ni han sido durante el año anterior a los hechos representante de los trabajadores.

DECIMOSEXTO.- Se ha intentado la conciliación entre las partes ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Álava del Gobierno Vasco el 25 de Febrero de 2013, que fue instado el día 10 de Agosto de 2012 , terminando el acto sin avenencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante solicita un pronunciamiento judicial en el que acogiendo la demanda se declare que el despido efectuado por parte de la empresa con fecha de efectos 5 de Febrero de 2013 se trata de un despido improcedente con las consecuencias legales inherentes a tal declaración alegando en síntesis que la carta de despido adolece de inconcreciones y falsedades, siendo la carta muy genérica y sin indicar cuándo la empresa ha tenido conocimiento de los hechos que se imputan, no siendo en absoluto ciertos.

La empresa se opone a las pretensiones deducidas de contrario oponiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción por ostentar el actor la condición de socio de la empresa y ser el secretario del consejo de administración, indicándose por otro lado que en todo caso la relación habida entre las partes sería la de alta dirección regulada en el R.D 1382/ 1985 de 1 de Agosto, atendiendo a que el actor era el gerente de la empresa y sólo dependía del Consejo de administración. Finalmente y en cuento al fondo del asunto indica que los hechos imputados son ciertos por lo que el despido merece la calificación de procedencia, siendo el salario a tener en cuenta el de 3.704,75 Euros atendiendo a las nóminas del año 2012 y no el que propugna el actor.

SEGUNDO.- Vistas las posiciones de las partes ha de indicarse que los hechos declarados probados han resultado acreditados a través de los siguientes medios de prueba:

- 1º) Nóminas del actor del último año obrantes a los folios 99 a 112 en las que consta la antigüedad, salario y categoría profesional del actor.
- 2º) Carta de despido de los folios 7 a 9.
- 3º) Escritura obrante a los folios 160 y ss, y folio 167.
- 4º) Escritura obrante a los folios 176 a 182.
- 5º) Resolución obrante a los folios 193 a 197.
- 6º) Resolución obrante a los folios 208 a 212.
- 7º) Resolución obrante a los folios 214 a 220.
- 8º) Resolución obrante a los folios 199 a 203.
- 9º) Contenido de las resoluciones relacionadas en los cuatro hechos probados anteriores.
- 10º) Certificado del folio 89
- 11º) Escrito obrante a los folios 149 y 150
- 12º) Cartas de los clientes de los folios 240 a 242 y testifical el agente comercial Sr.
- 13º) Escrito del folio 44.
- 14º) Testifical del delegado de personal Sr.
- 15º) Hecho no discutido.
- 16º). Acta de conciliación (folio 6)

TERCERO.- Sentado lo anterior procede en primer lugar analizar la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la empresa al entender que la relación entre el actor y la empresa no es de carácter laboral, por si una eventual estimación de la misma hiciera ocioso entrar a analizar el fondo del asunto.

En este sentido ha de indicarse que es cierto que el actor junto con Dña. es titular de 423 acciones representativas del 4,18% del capital de la empresa, tal y como se acredita en la escritura obrante al folio 166 de las actuaciones porcentaje éste que no es suficiente para entender que la relación habida entre las partes fuera de una naturaleza distinta a la laboral, no obstante a ello el que el actor fuera el secretario del consejo de administración de la empresa, debiéndose indicar que el porcentaje de participación del actor ni siquiera llega al establecido en la disposición adicional vigesimoséptima de la L.G.S.S a los efectos del alta en el R.E.T.A.

Pero es que además de lo anterior el actor se encontraba dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y además venía percibiendo un salario mensualmente por el trabajo que desempeñaba tal y como acreditan las nóminas aportadas y lo que es más importante la propia empresa ha decidido finalizar la relación laboral con el mismo vía un despido disciplinario haciendo uso del poder sancionador que lo que denota es que la relación existente entre las partes era laboral por más que el actor ostentara poderes en los

términos previstos en las escritura obrante a los folios 180 a 182 por lo que procede la desestimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada por la empresa.

CUARTO.- Sentado lo anterior y en relación con la naturaleza de la relación laboral existente entre las partes que por la empresa se califica como de relación especial de alta dirección regulada por el R.D 1382/ 1985 ha de indicarse lo siguiente:

Se considera «personal de alta dirección » a los «trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad» (art. 1.2 RD 1382/1985):

El personal de alta dirección (altos cargos) tiene las siguientes **características**:

1) Toma decisiones fundamentales o estratégicas en la gestión de la actividad empresarial (STS 24-1-1990 [RJ 1990, 205]; STS 6-3-1990 [RJ 1990, 1767] y STS 2-1-1991 [RJ 1991, 43]).

2) Sus facultades afectan a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, que están referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena, o sobre zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad (STS 12-9-1990 [RJ 1990, 6998]; STS 22-4-1997 [RJ 1997, 3492] y STS 4-6-1999 [RJ 1999, 5067]).

3) Recibe órdenes directas del titular de la empresa. Quienes reciban instrucciones de órganos directivos delegados de quien ostenta dicha titularidad no podrán ser considerados como altos cargos, sino como mandos intermedios. Aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedarán sometidos al ordenamiento laboral común (STS 12-9-1990 [RJ 1990, 6998] y STS 4-6-1999 [RJ 1999, 5067]).

Reunidas estas características en cuanto a los poderes y facultades del alto cargo, no es preciso que exista un acto formal de apoderamiento (STS 18-3-1991 [RJ 1991, 1870]).

Es alto directivo quien lleva la dirección técnica y comercial de la empresa, efectuando en su nombre contrataciones de personal, de trabajo, etc., aunque no tenga poderes notariales, pero siempre que actúe con la conformidad de la sociedad y siguiendo las directrices marcadas por los socios (STS 7-3-1988 [RJ 1988, 1859]). La revocación de poderes no supone una novación contractual, que convierta a la relación en común, sino una medida preventiva en caso de que disminuya la confianza del empresario en el directivo (STS 12-7-1997 [RJ 1997, 6259] y STS 20-10-1989 [RJ 1989, 7532]).

El concepto de «alto cargo» debe ser objeto de una interpretación restrictiva, en la medida en que lleva la aplicación de un régimen jurídico

especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores. Existe, pues, una presunción «*iuris tantum*» de que la relación laboral es de carácter común u ordinario, aunque se trate de un ejecutivo de carácter cualificado (STS 15-10-1986 [RJ 1986, 5826]; STS 12-9-1990 [RJ 1990, 6998] y STS 4-6-1999 [RJ 1999, 5067]).

Además de lo anterior ha de indicarse que puede existir personal directivo en el régimen laboral común tratándose de una categoría constituida por trabajadores altamente cualificados, con mando en la empresa, con facultades decisorias en el concreto ámbito de actividad empresarial que se les encomienda, pero que no ostentan poderes inherentes a la titularidad de la empresa y que afecten a los objetivos generales de la misma, debiéndose indicar que en cualquier caso el alto cargo es la excepción a la regla general del trabajador común y por ello su calificación como tal ha de ser interpretada restrictivamente existiendo una presunción *iuris tantum* a favor del trabajador común u ordinario, aunque tenga el carácter de ejecutivo cualificado (TS 15-10-86; RJ 5826; 24-11-1989, RJ 8249).

Teniendo en cuenta lo anterior ha de indicarse que en el caso de autos no existe un contrato por escrito en el que se califique la relación laboral del actor con la empresa como especial de alta dirección lo que en principio no excluye la posibilidad de que nos encontremos ante ese tipo de relación ya que si bien el contrato debe formalizarse **por escrito, en ejemplar duplicado**, entregándose uno a cada parte contratante, en el caso en el que el pacto entre las partes no se documentase, se presumirá que el empleado es personal de alta dirección cuando se den las notas características del trabajo asalariado (arts. 1.1 y 8.1 ET) y, además, la prestación profesional se corresponda con la definida por el reglamento de alta dirección (art. 1.2 del RD 1382/1985) ya que la forma escrita no es condición de validez del contrato del alto cargo puesto que el requisito de forma es «*ad probationem*», no «*ad solemnitatem*» (STS 7-3-1988 [RJ 1988, 1859] y STS 14-2-1990 [RJ 1990, 1086]).

Pues bien ha de indicarse que en el caso que nos ocupa es cierto que el actor ostentaba poderes de la empresa tal y como se constata en la escritura aportada a los folios 180 a 182 de las actuaciones, no obstante lo cuál y sin perjuicio de que el actor desempeñase funciones de gestión ordinaria de la empresa, sin embargo la prueba practicada no ha revelado que el actor ejerciera poderes inherentes a la titularidad de la empresa a fin de estimar que la relación habida entre las partes fuera de alta dirección en los términos del Artículo 1.2 del R.D 1382/ 1985 de 1 de Agosto.

Esto es así por cuanto a pesar de la escritura de apoderamiento que se aporta lo cierto es que no constan datos que permitan inferir que el actor efectivamente ejerciera funciones propias de la titularidad de la empresa como pueden ser la contratación y despido de los trabajadores, adoptando las decisiones en este sentido, no siendo suficiente a estos efectos que fuera el demandante quien presentase ante la autoridad laboral en su momento, los sucesivos expedientes de regulación de empleo instados, no constando tampoco que el demandante contase con firma autorizada en las cuentas bancarias de la empresa, o que durante la vigencia de la relación laboral

realizara actos de disposición concretos, lo que aboca a falta de estas certezas a entender que la relación laboral habida entre las partes era de naturaleza común y no de alta dirección como se pretende argüir por parte de la empresa.

QUINTO.- La siguiente cuestión que se plantea es la de cuál es el salario del actor a los efectos del presente procedimiento debiéndose fijar el mismo en la cantidad de 3.704,75 Euros mensuales, que es el que el demandante ha venido percibiendo en el último tal y como se acredita a través de las nóminas aportadas (folios 99 a 112) y no los 4.537,57 a que hace referencia el actor.

En este sentido indica el demandante que los 4.537,57 Euros que propugna como salario son los que venía percibiendo con anterioridad a que el mismo aceptase una reducción de su nómina tal y como se recoge en el documento obrante al folio 244, no pudiéndose entender que ese sea el salario del actor a los efectos de este procedimiento ya que ni siquiera las nóminas que se aportan correspondientes al año 2011 (folios 270 a 274), recogen dicha cantidad, lo que avala el que el salario a tener en cuenta sea el anteriormente señalado de 3.704,75 Euros.

SEXTO.- Sentado lo anterior y en cuanto al fondo del asunto se imputa al actor, falta de asistencia al trabajo, disminución de rendimiento además de trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, debiéndose indicar que es causa de despido «la trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo» [art. 54.2.d) ET], tratándose de una causa compleja y de amplios contornos, en la que se puede distinguir la trasgresión de la buena fe y el abuso de confianza que permite sancionar muy diversos comportamientos, incluyéndose incumplimientos que no tienen una vía específica para ser sancionados en las demás causas del art. 54.2 ET (deber de diligencia, de colaboración o de no hacer competencia desleal). Esta causa suele aparecer junto a otras de las que se regulan en el art. 54.2 ET, cuando se imputa al trabajador algún hecho sancionable con despido.

La trasgresión de la buena fe es causa de despido con la que se pretende sancionar el incumplimiento por el trabajador de los deberes de buena fe que debe observar en el desarrollo de la relación laboral. El art. 5.a) ET establece como deber básico del trabajador el cumplimiento de las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y la diligencia [art. 5.a) ET]; e igualmente el art. 20.2 ET establece que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe (art. 20.2 ET).

La buena fe obliga al trabajador a que actúe con *honestidad, rectitud y lealtad*, conforme a criterios morales y sociales imperantes en cada momento histórico y a las exigencias derivadas de las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo. El trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones debe actuar con probidad, celo y lealtad, en aras del buen orden laboral, de los intereses del empresario y de la confianza depositada en él (STS 15-10-1985 [RJ 1985, 4723]).

La transgresión de la buena fe contractual engloba *el fraude*, en cuanto que es un engaño dirigido a lesionar intereses patrimoniales del empresario, *la deslealtad y el abuso de confianza* (STS 21-12-1987 [RJ 1987, 8991]).

El abuso de confianza está considerado como un caso específico de transgresión de la buena fe. Se trata de una fórmula genérica que consiste en defraudar o emplear de forma inapropiada las facultades o facilidades recibidas del empleador. Suele utilizarse la figura del abuso de confianza cuando se pretende resaltar la gravedad de la conducta o cuando el trabajador desempeña puestos de confianza. Se manifiesta con relativa frecuencia en trabajadores que ocupan cargos o puestos de trabajo donde la confianza adquiere mayor importancia (altos directivos, cajeros, supervisores, etc.), o desarrollan su trabajo en lugar especial fuera del local de la empresa (como los representantes del comercio), o en el domicilio del empleador (como los empleados del hogar).

La jurisprudencia pone de manifiesto que hay abuso de confianza cuando *el trabajador aprovecha su especial situación* para cometer la falta (STS 15-10-1985 [RJ 1985, 4723]; STS 25-4-1988 [RJ 1988, 3017]; STS 24-10-1988 [RJ 1988, 8137]).

Pues bien son varios los hechos que se imputan al actor siendo en concreto 1º) el haber provocado la pérdida de clientes con retirada de los moldes por indicar que la empresa iba a cerrar, 2º) derivación de trabajos a una empresa de la competencia, 3º) rechazo de la realización de determinados trabajos para la diputación de Vizcaya y 4º) rechazo de pedidos, 5º) negociación de precios con aceptándose precios de 2002 con pérdidas para la empresa de 150.000 Euros, 6º) retrasos en el trabajo y 7º) acudir al puesto de trabajo cuatro horas diarias.

Sobre los hechos imputados lo primero que ha de indicarse es que en la carta de despido ninguna fecha concreta se fija en relación a la comisión de los mismos por parte del actor, ni tampoco se concretan determinados datos como lo son qué concretos clientes se han perdido, ni qué trabajos concretos se han derivado a la empresa de la competencia ni tampoco, como ya se ha indicado cuándo se han producido los hechos, es más se hace mención al rechazo de la realización de 1.500 contenedores para la Diputación Foral de Vizcaya y el testigo Sr. , que es el delegado de personal de la empresa en su testifical, indica que dicho rechazo se produjo aproximadamente en el año 1999, pero es que además del carácter genérico del contenido de la carta de despido ha de indicarse que no se ha acreditado en el caso de autos la existencia de ninguna actuación por parte del actor que permita justificar la decisión extintiva adoptada.

En primer lugar porque no consta, como ya se ha dicho, a qué clientes concretos el actor ha podido comentar que la empresa iba a cerrar con la consiguiente pérdida de confianza por parte de éstos, no siendo suficiente a éstos efectos el que el actor tal y como revela el documento obrante a los folios 149 y 150, considerase que ante la situación de la empresa lo más adecuado era un ERE de extinción, no pudiéndose imputar a ninguna actuación concreta del actor el conocimiento por parte de los clientes de que la empresa atraviesa

dificultades, dato éste que debe ser de notorio conocimiento cuando ya desde el año 2010 la empresa ha estado inmersa en sucesivos ERES de suspensión y de reducción de jornada, tal y como acreditan las resoluciones administrativas aportadas habiéndose justificado los mismos en el descenso de la facturación y de la producción.

Es más el hecho de que determinados clientes como _____ y _____ hayan optado por sacar los moldes de su propiedad de la empresa _____, tampoco ha resultado acreditado que se haya debido a una actuación por parte del actor en este sentido, a la vista de la testifical del agente comercial D. _____, quien mantiene que fueron los propios clientes quienes decidieron la retirada de los moldes ante la situación que atravesaba _____ no debiéndose olvidar que la retirada de los moldes de _____ incluso se ha producido en fechas posteriores al despido del actor (folio 138).

Además de lo anterior tampoco se ha constado qué pedidos concretos y en qué fechas se han podido rechazar los mismos por parte del actor ni existe tampoco ninguna acreditación de que por una actuación concreta del actor la empresa haya sufrido unas pérdidas de 150.000 Euros, tal y como se indica en la carta de despido, no pudiendo tampoco justificar la decisión extintiva adoptada el hecho de que un determinado pedido cuyo plazo de entrega vencía el día 31 de Enero de 2013 se entregara el día 5 de Febrero de 2013, ni el hecho de que el actor haya compatibilizado su trabajo en _____ con la titularidad de un negocio de hostelería, dato este que era conocido por todos los trabajadores tal y como se ha indicado en la testifical practicada.

En definitiva y por lo anteriormente expuesto la conclusión a la que ha de llegarse es que si bien la empresa ha podido considerar que la prestación de servicios realizada por el actor no ha contribuido a la mejora de la situación de la empresa, con independencia de ello no se ha conseguido acreditar en el caso de autos ninguna actuación concreta del trabajador incardinable dentro de la transgresión de la buena fe contractual que se le imputa ni su falta de asistencia al trabajo, ni tampoco una disminución de su rendimiento toda vez que no existe un término de comparación a fin de poder determinar la disminución del rendimiento que se imputa al actor, lo que conlleva a la declaración de improcedencia del despido operado de conformidad con lo establecido en el Artículo 55.4 del E.T al no haberse acreditado la trasgresión de la buena fe o el abuso de confianza imputados al actor, como ya se ha expuesto.

SÉPTIMO.- En cuanto a las consecuencias de la declaración del despido como improcedente las mismas son las previstas en el Artículo 56.1 y 2 del E.T y tratándose de un despido posterior a la entrada en vigor de la Ley 3/ 2012 de 6 de Julio ha de aplicarse su disposición transitoria 5ª de dicho R.D que establece en su apartado 2 lo siguiente:

La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y

a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Por tanto, y en atención a lo dispuesto en esta norma, para el caso en que el empresario opte por la indemnización y partiendo de un salario diario de 121,8

Euros brutos (3.704,75 x 12/ 365) , le corresponde a la actor el abono de 45 días de indemnización por año de servicio hasta el 12 de febrero de 2012 , y a razón de 33 días a partir del día siguiente a su entrada en vigor y hasta la fecha del despido (30 de Julio de 2012).

Ahora bien en el caso de autos y teniendo en cuenta que la prestación de servicios del actor hasta el día 12 de Febrero de 2012 ha sido de 24 años, 5 meses y 12 días, y por lo tanto resultando el cálculo de la indemnización de dicho período un número superior de días que los 720 previstos en la norma ha de estarse a la indemnización generada hasta esa fecha que asciende a un total de 134.284,5 Euros y todo ello sin abono de los salarios de tramitación, salvo en los casos previstos legalmente, véase, en el caso de que el empresario opte por la readmisión.

OCTAVO.- De conformidad con lo establecido en el Artículo 191 L.J.S contra la presente Sentencia cabe interponer recurso de suplicación.

Vistos todos los preceptos legales citados, y todos los demás pertinentes y de general aplicación al caso.

FALLO

Que ESTIMO la demanda interpuesta D. _____ y en consecuencia declaro la IMPROCEDENCIA del despido que la empresa realizó en la persona del actor con fecha de efectos de 5 de Febrero de 2013 , debiendo las partes pasar por esta declaración y en consecuencia condeno a la _____ a su opción, o a la inmediata readmisión del actor en las mismas condiciones que regían su relación laboral con anterioridad al 5 de Febrero de 2013 o a abonarle en concepto de indemnización la cantidad de **134.284,5 Euros** y sin abono de los salarios de tramitación, salvo que la empresa opte por la readmisión, en cuyo caso, se abonarán desde la fecha del despido y hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 121,8 euros diarios, debiendo el _____ estar y pasar por la anterior declaración.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma

del País Vasco, anunciando tal propósito ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

El empresario recurrente que no gozare del beneficio de Justicia Gratuita, deberá exhibir resguardo acreditativo de haber depositado en la cuenta "Depósitos y Consignaciones" de la entidad bancaria "Banesto", cuenta que tiene el número **4886 0000 65 0185 13**, la cantidad objeto de la condena.

Además deberá depositar en la "Depósitos y Consignaciones" de la entidad bancaria "Banesto", cuenta que tiene el número **4886 0000 36 0185 13**, la cantidad de 300 euros, en concepto de depósito para el recurso de suplicación.

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

E/.