



Roj: **STSJ EXT 1280/2013 - ECLI: ES:TSJEXT:2013:1280**

Id Cendoj: **10037340012013100317**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **16/07/2013**

Nº de Recurso: **239/2013**

Nº de Resolución: **324/2013**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MANUELA ESLAVA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00324/2013

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES-

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

NIG: 10037 34 4 2013 0100367

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000239 /2013

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000411 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 004 de BADAJOZ

Recurrente/s: Fermín

Abogado/a: JOSE Mª. LOPEZ BLANCO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: PATROPANEL S.L

Abogado/a: ANGEL M. ADAME SANABRIA

Procurador/a: JORGE CAMPILLO ALVAREZ

Graduado/a Social:

ILMOS/ILMAS SRES/SRAS

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

Dª MANUELA ESLAVA RODRÍGUEZ

En CACERES, a dieciséis de Julio de dos mil trece.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 324

En el RECURSO SUPPLICACION **239/2013**, formalizado por el Sr. Letrado D. José María López Blanco, en nombre y representación de D. Fermín , contra la sentencia número 47/2013 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA 411 /2012, seguidos a instancia del recurrente, frente a PATROPANEL, S.L., representado por el Sr. Letrado D. Angel María Adame Sanabria, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a. MANUELA ESLAVA RODRÍGUEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Fermín , presentó demanda contra PATROPANEL, S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 47 /2013, de fecha quince de Febrero de dos mil trece

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO. D. Fermín prestó servicios laborales para la empresa PATROPANEL, 5. L. Sus funciones, esencialmente, consistían en llevar la contabilidad de la empresa. También realizaba la gestión de la documentación en el exterior de la misma (llevarla a los bancos, a los organismos oficiales,..) y de correo, si bien estas funciones dejó de desempeñarlas un año antes de ser despedido. A efectos de este procedimiento, su categoría profesional era la de gerente, su salario de 1.476,74 mensuales (incluida p. p. extra) y su antigüedad de 13 de septiembre de 1999.

SEGUNDO. La empresa demandada comunicó al trabajador la finalización de la relación laboral, en los siguientes términos:

24 de mayo del 2012 Muy Sr. nuestro:

Sirva la presente de comunicación legal, a los efectos oportunos, de la decisión que nos vemos a tomar consistente en despido disciplinario, debido a las faltas de carácter muy graves, que seguidamente le detallamos, y con efectos de hoy mismo, al término de su jornada laboral, dada la gravedad de los hechos.

Desde hace varias semanas, se viene observando irregularidades en su quehacer. Puestos a revisarle se le indica que efectúe varias operaciones, contestando negativamente o que no sabe como hacerlas. Concretamente, el 11 de abril pasado, se le requiere nuevamente por Fax, para que entregue documentación contable necesaria para ello sin que conteste a ello. El 13 siguiente se le pide que retrocese varias facturas de venta de maquinaria, contestando que no sabe como hacerlo. Estas tareas son propias de su actividad normal, así como la obligación de llevar a cabo una contabilidad diligente y coherente con la realidad contable de la empresa y, como se demuestra de una revisión contable externa realizada a través de los balances de la empresa, la contabilidad que usted ha realizado no se puede corresponder con la situación real ni con la efectuada por los auditores, todo ello denota que usted no ha desempeñado la obligación que tiene de cotejar los datos antes de proceder a la incorporación de los mismos en la contabilidad, de igual forma tampoco ha puesto en conocimiento de la administración de la empresa estos datos, de los cuales nos hemos enterado a raíz de dicha revisión.

Por todo lo expuesto entendemos que los hechos constituyen una infracción muy grave.

Al iniciarse todas estas pesquisas, usted se niega a realizar tareas que le viene siendo encomendadas normalmente.

Siendo lo anterior una falta de carácter muy grave, lo que nos hace tomar esta decisión, unido a ello, es el hecho de que se le viene pidiendo reiteradamente que entregue un pendrive, propiedad esta empresa, que contienen toda la información fiscal y contable de la misma sin éxito alguno. Por fin, ante notario, se lo requiere Don Mateo , Asesor fiscal y contable contratado a estos efectos, y se niega argumentando que no estaba presente la administradora y que se negaba a entregárselo al propio solicitante D. Mateo .

Posteriormente, se presenta en nuestras oficinas con un documento por el cual pretendía que entregaba el pendrive (según ese documento un SCANDISK de 8 GB), con fecha 16 de mayo. No se encontraba presente la

Administradora a la cual, ante notario, manifiesta que solo se lo entregaría y pretendió hacerlo a su compañero Don Nicanor .

Hasta la fecha, y de forma evidentemente maliciosa, no ha entregado la memoria que contiene nuestros datos, por lo que no nos queda otro remedio que, considerando la falta como muy grave, proceder a su despido inmediato, dada la importancia de la información que se niega a entregar.

Paralelamente, constituyendo igual falta, se niega a facilitar o eliminar las claves y usuarios que usted creó, sin autorización, en los ordenadores produciendo de esta forma la imposibilidad de que podamos acceder a la información contenida en los mismos.

Usted estaba al tanto absolutamente de la situación fiscal, financiera y contable de la empresa, y, como único argumento para justificar su falta de colaboración, contesta siempre que nos dirigiéramos a la asesoría fiscal.

Reiteramos, por todo ello, que con fecha de hoy, 24 de mayo del 2012, queda usted cesado en esta empresa, por despido disciplinario, por las causas expuestas.

Sin otro particular, y con el ruego de que firme el enterado de este escrito, atentamente le saluda".

TERCERO. D. Fermín no realizó el retroceso de varias facturas de venta de maquinaria, pese a que la empresa le requirió en varias ocasiones para que lo hiciera.

Don Mateo , asesor fiscal y contable contratado por la empresa y con la autorización de ésta, requirió al demandante notarialmente, el día 10 de mayo de 2012, para que le entregara una documentación contable para realizar el informe auditoría que le había encomendado la empresa. El demandante se negó a facilitársela alegando que necesitaba autorización la empresa. Personada la administradora que le indicó que le facilitara toda la información que precisase, contestó a las preguntas que le formuló D. Mateo , afirmando (pese a que reconoció que llevaba la contabilidad de la empresa) que desconocía que la empresa se encontraba en causa legal de disolución. D. Mateo también le pidió que grabase la información contable de la empresa en soporte informático y los remitiera a la administradora a la mayor brevedad posible. En el momento en el que fue despedido, aún no lo había entregado.

En la fecha del despido, D. Fermín no había entregado la memoria que contiene los datos de la empresa.

El demandante se ha negado a facilitar a la empresa las claves y los usuarios del sistema informático que utilizaba para elaborar la contabilidad y permitir, así, el acceso a los datos contables.

CUARTO. Es aplicable a la relación laboral el convenio colectivo de trabajo de construcción y obras públicas de la de Badajoz.

QUINTO. No consta que el trabajador ostentara en el momento del despido, o durante el año anterior, la condición de representante de los trabajadores.

SEXTO. En el momento del despido, D. Fermín estaba afiliado al sindicato C. C. O. O. y la empresa conocía esta afiliación.

SÉPTIMO. El trabajador ha promovido los correspondientes actos de conciliación ante la UMAC, que se celebraron con el resultado de intentado sin efecto."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Desestimo las demandas presentadas por D. Fermín contra PATROPANEL, S. L. Por ello, absuelvo a la empresa demandada de todas las pretensiones contenidas en las mismas y declaro la procedencia del despido, convalidando la extinción de la relación laboral que aquél produjo."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala de lo Social, tuvieron entrada en fecha 16-5-13.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de votación y fallo. .

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Contra la sentencia por la que se desestiman sus demandas, declarando la procedencia del despido, recurre en suplicación el trabajador, y en el primer motivo del recurso, con amparo en el apartado b) del art. 193 de la LJS, insta la supresión del párrafo tercero del hecho tercero de la sentencia ("en la fecha del despido, D.



Fermín , no había entregado la memoria que contiene los datos de la empresa"), a lo que no podemos acceder porque dicha afirmación se refiere al párrafo séptimo de la carta de despido y no a los faxes de los días 11 y 13, con los que se insta la revisión, a los que se alude al inicio de la carta de despido.

Sí debe prosperar, en cambio , la supresión del último párrafo del hecho tercero ("El demandante se ha negado a facilitar a la empresa las claves y los usuarios del sistema informático que utilizaba para elaborar la contabilidad y permitir, así, el acceso a los datos contables"), porque no consta requerimiento alguno anterior a la fecha del despido (26 de mayo 2012) para que facilitara las claves, y sí que le fue requerido el 26 de mayo para que fuera entregado el día 28 antes de las 12:00 horas (folio 73), siendo el acta de presencia (notarial), expedida a instancia de la empresa, también posterior al despido (4 junio 2012) (folio 59).

SEGUNDO: En el siguiente motivo del recurso, con amparo en el apartado c) del art. 193 de la LJS, denuncia la recurrente infracción de los arts. 50.1 a) y c) del Estatuto de los Trabajadores y 49.1 j) del Estatuto de los Trabajadores , aduciendo que había sido objeto durante el año anterior a su cese de una conducta reiterada de relegación, postergación y vaciamiento de funciones que supuso un ataque a su dignidad e integridad moral, como declararan dos testigos imparciales. Alegación que no puede prosperar al declararse en la sentencia que el propio recurrente reconoció que la disminución de sus funciones había coincidido con la disminución de la actividad de la misma, y no constar acreditados los actos vejatorios descritos en la demanda.

TERCERO : Tampoco puede progresar la denuncia de infracción de los arts. 24. 1 CE , 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores y 5 c) del Convenio 158 de la OIT, porque en la sentencia se explica que el despido no fue debido a las acciones judiciales interpuestas previamente.

Aunque consta escrito del trabajador dirigido a la Inspección de Trabajo y, ciertamente, la demanda de extinción fue presentada con anterioridad al despido, el juzgador de instancia deja claro que la empresa probó que el despido obedeció a las causas imputadas en la carta de despido. La revisión de hechos admitida no obsta a lo dicho al constar probados otros hechos imputados en la carta, por lo que debe seguir inalterado lo afirmado en la sentencia de instancia respecto de la pretensión de despido nulo por infracción de la garantía de la indemnidad. Es preciso recordar, al efecto, la STC 7/1993 , F. 4, en la que se decía: «... cuando se ventila un despido "pluricausal", en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado. Subsiste, no obstante, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, de que los hechos motivadores de la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezcan a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. En otras palabras, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo».

CUARTO : Los dos siguientes motivos del recurso, también con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 de la LJS, están destinados a denunciar, por un lado, la infracción de los arts. 55, 1 y 4 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los arts. 66 y 99. 4 del Convenio colectivo de la Construcción para la provincia de Badajoz (DOE 12/03/2008), y la jurisprudencia (STS 17/07/2006), y, por otro, la de los arts. 54.1. 2 d) y 55.4, incisos primero y segundo , y 56.1 del mismo texto legal , alegando sustentarse la carta de despido en una retahíla de mentiras.

Aunque en el recurso de aborda, en primer lugar, la infracción de los arts. 54.1. 2 d) y 55.4, incisos primero y segundo, comenzaremos por la denuncia de infracción de los arts. 55, 1 y 4 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los arts. 66 y 99. 4 del Convenio colectivo de la Construcción para la provincia de Badajoz (DOE 12/03/2008), ya que de prosperar, se hace innecesario entrar en las razones de fondo aducidas por el trabajador.

Consta probado, efectivamente, que el recurrente estaba afiliado al sindicato CCOO y que la empresa conocía esta afiliación (hecho sexto). En consecuencia, este motivo del recurso debe tener favorable acogida por cuanto establece el art. 55.1, y concordante del Convenio de aplicación, que si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato, añadiendo el art. 55. 4 que despido será improcedente cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo.

QUINTO : Lo indicado determina que el recurso sea parcialmente estimado, debiendo declararse el despido improcedente [arts. 55.4 Estatuto de los Trabajadores)] y formularse los correspondiente pronunciamientos del art. 56.1 Estatuto de los Trabajadores , teniendo en cuenta, para la cuantificación de la indemnización,



la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, así como lo dispuesto en la Disposición transitoria 5ª, 2, y la Disposición final de dicho RD Ley, ya que el despido se produce con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, y el trabajador tiene una antigüedad desde el 13 septiembre 1999.

Dispone el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores : *1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.*

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

Establece la Disposición transitoria quinta. 2 del RD Ley 3/2012 (Indemnizaciones por despido improcedente)

La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley 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.

Finalmente, conforme a la Disposición final decimosexta, el mencionado Real decreto-Ley entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Fue publicado en BOE núm. 36 de 11 de febrero de 2012, por lo que está vigente desde 12 de febrero de 2012

De acuerdo con estas disposiciones, y atendiendo a una antigüedad de 13 septiembre 1999, un salario mensual de 1.476,74 y a la fecha del despido (24 mayo 2012), la indemnización, salvo error u omisión, asciende a 62.139,18 ; cantidad que resulta del siguiente cálculo:

- Hasta el 11/02/2012: 13 años y 5 meses: (máximo) 42 mensualidades: 62. 023,08 .

- Desde dicha fecha hasta el 24 mayo: 4 meses (2,75 días): 116,1

SEXTO: En el último motivo del recurso denuncia la infracción del art. 29.1 del Estatuto de los Trabajadores , ya que en la sentencia no se ha tenido en cuenta la conformidad de ambas partes en la fase de conclusiones en orden a que se adeudaba al actor el finiquito reclamado en la segunda demanda que no se llegó a pagar, y que ascendía a la suma 2.495.26 . Alegación que carece de sustento ya que es incierta la conformidad a la vista del escrito de impugnación y, además, no constar en los hechos ni en la sentencia alusión alguna a dicha deuda.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Fermín , contra la sentencia número 47/2013 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA 411 /2012, seguidos a instancia del recurrente, frente a PATROPANEL, S.L., revocamos parcialmente dicha resolución para declarar improcedente el despido del que el trabajador fue objeto el 24 mayo 2012 y condenar a la empresa demandada PATROPANEL, S.L., a que en el plazo de cinco días -a contar desde la notificación de esta sentencia- opte entre readmitirle en las mismas condiciones previas al despido o hacerle entrega de una indemnización por importe de 62. 023,08 . En caso de que se opte por la readmisión, se abonará al trabajador una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, a razón de 49,22 . Si se optara por la indemnización, se entenderá extinguido el contrato desde el 24 mayo 2012.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de



lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en BANESTO N° 1131 0000 66 0239 13,. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad 0030 1846 42 0005001274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente,. La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, revuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN

La anterior Sentencia ha sido publicada en el día de su fecha.- Doy fe.