



Roj: **STSJ CV 528/2016 - ECLI:ES:TSJCV:2016:528**

Id Cendoj: **46250340012016100048**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2016**

Nº de Recurso: **3230/2015**

Nº de Resolución: **13/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **TERESA PILAR BLANCO PERTEGAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1 Rº c/ stcia 3230/15

RECURSO SUPPLICACION - 003230/2015

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/Dª. Francisco José Pérez Navarro

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Teresa Pilar Blanco Pertegaz

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Amparo Esteve Segarra

En Valencia, a doce de enero de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 13/2016

En el RECURSO SUPPLICACION - 003230/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de julio 2015, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO 11 DE VALENCIA, en los autos 000324/2015, seguidos sobre despido, a instancia de D. Faustino, asistido por el letrado D. José Martínez Esparza, contra FONDO DE GARANTIA SALARIAL y CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT, asistido por la letrado Dª Silvia Martínez Olmier, y en los que es recurrente la parte demandante, habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/ Dª. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por D. Faustino, frente a la empresa **CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD ONTENIENTE**, debo declarar y declaro la procedencia del despido de fecha 19-2-15 quedando convalidada la extinción de la relación laboral que aquel produjo, sin derecho a indemnización, absolviendo a la demandada, de las pretensiones contenidas en la demanda.

SEGUNDO .- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: PRIMERO.- Que el demandante, D. Faustino, con DNI NUM000, ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT, en el centro de trabajo de la misma sito en Ontinyent, Avda del Textil nº 43, desde el 10-10-88, en virtud de un contrato indefinido, a tiempo completo con la categoría profesional de nivel VIII y postulando la parte actora un salario bruto mensual de 3.337,20€ euros (día 111,24€) que incluye la parte proporcional de pagas extraordinarias, plan de pensiones y la ayuda de formación para los hijos.

La empresa postula el de 103,39€ al excluir el plan de pensiones y la ayuda de formación para los hijos.

A dicha relación laboral, resulta de aplicación, el Convenio Colectivo de las Cajas y entidades Financieras de Ahorro.



SEGUNDO.- Que, en fecha 19-2-15, la empresa demandada comunico el despido al trabajador accionante, mediante carta, que tenía el siguiente tenor:

"Por la presente acuso recibo a su escrito de alegaciones presentadas con fecha 13 de febrero de 2015 donde:

Apartado 1.-

Usted indica: "No obstante, el cliente podrá solicitar anticipadamente la cancelación del saldo pendiente, cancelación que se realizará en la liquidación de final de mes siempre que se haya solicitado antes del día 29".

Como usted bien sabe y recordará perfectamente, según correos electrónicos de los que usted era receptor, el jueves 8 de octubre de 2009, (14:02 11.) el Jefe del Servicio de Atención Cliente de la Caja, don Víctor , les envió un correo electrónico a don Juan Manuel , Jefe de Marketing, con copia a usted, donde indicaba: "Hola, a raíz de una queja presentada por una clienta, os ruego que reviséis el contrato y los procedimientos de las tarjetas Avant, ya que hoy no estamos aceptando entregas a cuenta para reducir el importe dispuesto, mientras que revisado el contrato firmado en el año 2006 y la publicidad vigente a esa fecha, no figura el impedimento"

El mismo día 8-10-2009, (14:09 h.) el Jefe de Marketing le envió a usted Sr. Faustino , con copia para el Jefe de Atención al Cliente, Sr. Víctor y al Responsable de Publicidad, don Edemiro el siguiente correo electrónico: "Buenos días Faustino : Como recordarás en el momento de lanzar el producto se indicó que no se podrían realizar entregas a cuenta ya que suponía una tarea administrativa elevada para las oficinas y únicamente se permitiría la cancelación total del crédito. Por otro lado, este tipo de tarjeta tenía una bonificación en las compras del 2% lo que podía llevar a actuar, como se produjo al principio, incentivaba la cancelación parcial de la deuda. Es por ello Faustino que solicito se estudie la posibilidad de figurar en contrato este impedimento de entregas a cuenta o cancelaciones parciales. Por favor, Edemiro , en la próxima publicidad de la Tarjeta Avant procede a incluir esta información."

A las 16:32 horas del mismo día 8-10-2009, usted le reenvió estos correos electrónicos a su jefe, don Nicanor , Jefe de Soporte Operativo.

El día 13-10-2009 (12:03 h), su jefe, don Nicanor le reenvía los correos al Jefe de Organización de la Caja, don Jose María donde además le añade: " Jose María : Otra modificación de contrato. Hablamos.

A las 16:59 horas del día 13 de octubre de 2009, don Jose María , Jefe de Organización les contestó al Jefe de Soporte Operativo (Sr. Nicanor), al Jefe de Marketing (Sr. Juan Manuel) y a usted mismo Sr. Faustino como titular del puesto de trabajo "MEDIOS DE PAGO": "Tal y como hemos quedado, si se incluye el título "TARJETA AVANT" en la cabecera del contrato podremos añadir en la cláusula que indica la modificación de la forma de pago, Ja coletilla "excepto para TARJETA AVANT". Además sería conveniente añadir como cláusula "No se permitirán entregas a cuenta sobre el capital pendiente de amortizar en las TARJETAS AVANT, aunque sí su cancelación anticipada". ¿Qué opináis?"

El 14 de octubre de 2009, el Jefe de Marketing contestó el correo anterior indicando: "Me parece perfecto".

Por tanto, Sr. Faustino , usted como empleado del Servicio de Medios de Pago era plenamente consciente de que la Caja no permitía entregas a cuenta del capital pendiente y con sus actuaciones premeditadas ha obtenido una bonificación del 2% de sus compras y ha evitado el pago de los intereses correspondientes al 1,60% mensual. Era plenamente consciente del funcionamiento de estas tarjetas y de su finalidad. La tarjeta AVANT es una TARJETA DE PAGO APLAZADO. La propia publicidad de la Caja, en su apartado de productos y servicios de su página web indica que la Tarjeta AVANT de Caixa Ontinyent es una tarjeta de crédito que te permite realizar compras en comercios de todo el mundo y pagar en plazos fijos mensuales. Incorpora un sistema de crédito por el que puedes disponer cuanto quieras y que se renueva automáticamente según se va amortizando. Con la tarjeta AVANT tú decides la cantidad fija que deseas pagar, según el límite que escojas:

Tipo A: Cantidad fija mensual: 50 euros. Crédito tarjeta: 1.200 euros.

Tipo B: Cantidad fija mensual: 80 euros. Crédito tarjeta: 1.800 euros.

Tipo B: Cantidad fija mensual: 100 euros. Crédito tarjeta: 3.000 euros.

Además utilizando la tarjeta AVANT, te devolvemos el 2% de todas las compras que realices con ella.

En el portal del cliente bancario del Banco de España (Glosario) se define la Tarjeta de pago aplazado como "aquella tarjeta de crédito que permite diferir el pago en varios plazos, cuando así lo ha pactado el titular con la entidad emisora, en cuyo caso normalmente se abona un interés previamente estipulado". Entre las modalidades de pago para las tarjetas de pago aplazado, este mismo portal indica que "hay muchas variantes y en casi todas ellas usted deberá pagar intereses. Se puede pagar mensualmente un porcentaje sobre el dinero que haya utilizado o bien una cantidad fija. Normalmente la parte que usted va devolviendo se sumará



nuevamente al importe no dispuesto de su límite, incrementado su disponible. Por eso se llaman tarjetas revolventes o "revolving". Sigue el propio portal señalando ¿Qué tipo de interés se paga". A lo que indica "Las entidades de crédito suelen cobrarle intereses por el aplazamiento del pago de las cantidades que usted haya utilizado a través de la tarjeta. El tipo de interés debe aparecer en el contrato.

Apartado 2.-

Usted indica que las cancelaciones del saldo dispuesto están perfectamente permitidas según contrato, no limitándose su uso, ni en número ni en importe.

Esta afirmación es completamente falsa. En los cuatro contratos de las tarjetas AVANT no hay nada que haga referencia a que se permitan las cancelaciones anticipadas. Concretamente el apartado 14 de los contratos es el que hace referencia al Pago a Crédito y que reproducimos a continuación:

"El pago a crédito de los importes de las operaciones realizadas con la Tarjeta, incluyendo comisiones, gastos e impuestos, se regirá por las Condiciones Generales del presente contrato y en particular las siguientes condiciones:

La concesión de esta forma de pago, el límite máximo del crédito y la cuota de amortización mensual serán fijados por la Caja a petición del Titular de la Tarjeta principal a la firma del presente contrato o con posterioridad a este acto. Dicho límite, que no podrá ser superado, se aplicará al conjunto de las operaciones que puedan realizarse con todas las Tarjetas asociadas a la misma cuenta. El exceso sobre dicho límite que excepcionalmente pueda producirse se liquidará en la siguiente facturación, obligándose el Titular a efectuar la correspondiente provisión de fondos.

2.- La Caja remitirá mensualmente al Titular de la tarjeta un extracto de cuenta en el que figuren individualizadas y claramente identificadas todas las operaciones realizadas desde la facturación anterior, quedando obligado al reembolso correspondiente a la opción elegida. No podrán ser objeto de reclamación los posibles retrasos en la inclusión de operaciones en un extracto concreto.

3.- La modalidad y, en su caso, el importe de la amortización mensual serán las convenidas entre el Titular y la Caja, las cuales se expresen en las Condiciones Particulares de este contrato, según las siguientes opciones:

a) Contado: Pago mensual de todas las operaciones de compra utilizadas con la Tarjeta A durante el mes anterior.

b) Aplazado: Pago mediante cuotas mensuales fijas o en función de un porcentaje sobre el saldo dispuesto y pendiente de amortizar de las operaciones realizadas con la Tarjeta, con el importe mínimo que se determine.

El Titular podrá solicitar por escrito, antes del último día de cada mes, la modificación de la opción de forma de pago aplazado en vigor. En todo caso, el importe del pago que resulte no podrá ser inferior al mínimo o cuota fija señalados, salvo que el importe de la amortización fuese inferior.

4.- El recibo correspondiente a la modalidad Pago Contado señalada en el número 3.a) comprenderá la suma de las operaciones realizadas con la Tarjeta durante el mes anterior, los recibos u operaciones que estuvieran pendientes de pago y las comisiones, gastos repercutibles e impuestos que sean aplicables.

El recibo correspondiente a las modalidades de Pago aplazado señaladas en el número 3.b) comprenderá la suma de la cuota mensual que proceda, los intereses diarios devengados sobre la cantidad aplazada referidos en el número 5 de esta Condición, la comisión sobre el capital pendiente de pago y los recibos u operaciones impagados hasta el mes anterior, más las comisiones, gastos repercutibles e impuestos que sean aplicables.

5.- La cantidad aplazada devengará diariamente a favor de la Caja el tipo de interés nominal al que corresponde el tipo de interés efectivo anual equivalente ambos fijados en las Condiciones Particulares. Las modificaciones del tipo de interés pactado se comunicarán por la Caja al Titular de la Tarjeta antes de aplicación, de acuerdo con el procedimiento previsto en la Condición Vigésimo Primera y con sus mismos efectos."

Por lo que respecta a su afirmación de que la operativa de "cancelación de saldo dispuesto en tarjetas AVANT está completamente normalizada, y su uso se efectúa habitualmente, como cualquier otro tipo de operativa que quede recogida en contrato. Nos remitimos a la propia definición de tarjeta de pago aplazado del portal del cliente bancario del Banco de España señalada más arriba en esta carta.

En resumen, en ningún momento usted se ha dirigido por escrito a su Oficina Gestora solicitando, antes del último día de cada mes, la modificación de la opción de forma de pago aplazado en vigor. Ni tampoco para solicitar la cancelación de la tarjeta por completo. Usted no puede realizar de forma unilateral la cancelación de los saldos pendientes, extremo no permitido por la Caja, tal y como se señala en la contestación al apartado Uno. En todo caso sería la Oficina Gestora, quien a la vista de su solicitud, tramitase su petición de cancelación



de saldo pendiente al Servicio de Medios de Pago, extremo que no hubiera permitido bajo ningún concepto la Oficina Gestora. Usted, como empleado responsable de la aplicación de medios de pago, es el único que puede realizar este tipo de operativa, no permitida por la Caja.

Indica también usted en sus alegaciones que "he intentado aclarar que no es una operativa irregular, sino habitual en el día, que nos la exige el cliente porque está en contrato, y que puede ser efectuada por mí, o por cualquier de mis compañeros de Soporte a Usuarios".

Otra afirmación rotundamente falsa. Consultadas nuestras bases de datos, solamente hemos podido comprobar la existencia de una clienta que solicita la entrega a cuenta del saldo pendiente sin proceder a la cancelación de la tarjeta. Posteriormente no se le ha permitido esta forma de proceder, ni a ella ni a ningún cliente más. Solamente ha procedido usted de esta forma irregular no autorizada por la Caja.

Por lo que se refiere al conocimiento del producto usted indica que tiene "el mismo que cualquier compañero de oficinas que está vendiendo este producto a sus clientes, o el mismo conocimiento que cualquier cliente pueda tener al leer el tríptico de publicidad de la tarjeta AVANT disponible en cualquier oficina.

Esta afirmación también es falsa respecto a la posibilidad de las entregas a cuenta de capital pendiente. El folleto publicitario que existía en oficinas en su momento en ningún momento hacía referencia a esta posibilidad. Indicaba que la Tarjeta AVANT tiene tres límites de emisión (1.200, 1.800 ó 3.000 euros), que generan unas cuotas fijas no modificables de 50, 80 ó 100 euros mensuales respectivamente. Puede cancelar la deuda totalmente, por supuesto, pero se le retiraría la Tarjeta AVANT. Usted ha entregado el capital pendiente antes del día 29 de cada mes con la única finalidad de no pagar los intereses pactados.

A la vista de sus alegaciones y después de estudiarlas con detenimiento, esta Dirección General, considera que no se han desvirtuado ni los hechos que se le imputan ni la calificación de los mismos, y por ello le informo que son Constitutivos de faltas laborales muy graves, y le comunico la decisión de proceder a su despido disciplinario, a partir de la recepción de la presente. Los hechos que se le imputan son los siguientes:

1. Utiliza la Tarjeta MasterCard Avant de manera incorrecta al realizar, prácticamente todos los meses, entregas a cuenta por el mismo importe de los pagos realizados obteniendo así la bonificación del 2% de todas sus compras y evitando pagar los intereses correspondientes del 1,60% mensual.
2. Al ser el empleado responsable de la aplicación de medios de pago, es el único que puede realizar este tipo de operativa al tiempo que es perfectamente conocedor de su funcionamiento y de su finalidad.

Estas faltas laborales muy graves se concretan según lo establecido en el Convenio Colectivo de las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro en relación con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores en:

La indisciplina o desobediencia en el trabajo (Art. 78.4.2 CC y Art. 54.2.d. del E.T .).

La transgresión de la buena fe contractual (Art. 78.4.4 CC y Art. 54.2.d. del E.T .).

El abuso de confianza respecto de la Entidad o de los clientes Art. 78.4.9 CC y Art. 54.2.d del E.T .).

Estos hechos se le comunicaron en el escrito de 11 de febrero de 2015, al amparo del art 82.2 del mismo convenio colectivo y se reproducen a continuación

" Por medio de la presente le comunicamos que con fecha de ayer día 10 de febrero de 2015. La Dirección de Caixa Ontinyent. tuvo conocimiento de la realización de una falta que podría considerarse muy grave, llevada a cabo por Usted, la cual le obliga a adoptar una medida disciplinaria.

A raíz de las comprobaciones realizadas mediante la Auditoria a Distancia, se han detectado determinados actos realizados por usted, empleado destinado en el Servicio de Medios de Pago D. Faustino relacionados con la utilización de varias tarjetas de crédito "MASTERCARD AVANT" aprovechándose del conocimiento del producto y de los medios a su disposición con el fin de obtener un porcentaje de bonificación en la utilización de las mismas, operativa que supone una falta de ética profesional y que responde a las siguientes actuaciones irregulares:

- Incumplimiento de la buena práctica bancaria.

- Falta de ética profesional.

De los hechos y comprobaciones realizadas, se constara que usted, empleado de la Caja don Faustino y su esposa, doña Inocencia a fecha 3 1 de enero de 2015 disponen de las siguientes tarjetas "MASTERCARD AVANT" (con independencia de otros tipos de tarjetas):

Nº Tarjeta Nombre titular Limite Cuota mensual

NUM001 Faustino 3.000,00 100,00



NUM002 Faustino 3.000.00 100,00
NUM003 Teodoro (hijo) Beneficiaria de la anterior.
NUM004 Inocencia 3.000.00 100.00
NUM005 Inocencia 3.000.00 100,00
TOTAL LÍMiTE 12.000,00

Como usted bien sabe, la tarjeta "MASTERCARD AVANT" es un medio de pago con las siguientes características:

Titular: Puede ser una Persona Física o una Persona Jurídica, en este caso el Beneficiario sera una persona física.

Limite del Crédito: Se elegirá obligatoriamente entre uno de estos tres: P200, 1800 o 3000, según estudio en base al riesgo del cliente.

Tarifa de Comisiones: El primer año no se cobra cuota. A partir del segundo no se cobrará cuota anual si en el año anterior se han realizado operaciones por importe superior a los 300.00 euros.

Forma de pago: La única forma de pago para esta tarjeta es la Aplazada con cuota mensual fija

Sólo hay tres posibilidades de cuota mensual que van directamente relacionadas con el limite de crédito seleccionado y que son:

1. Cuota mensual de 50€ para el limite de 1200€.
2. Cuota mensual de 80€ para el limite de 1800 €
3. Cuota mensual de 100€ para el limite de 3000€.

Estas cuotas mensuales nunca podrán variar mientras se tenga la tarjeta. Si el cliente quiere cambiar de cuota mensual, habrá que cancelar esta tarjeta y solicitar otra con alguna de las otras do cuotas y su limite correspondiente.

No obstante el cliente podrá solicitar anticipadamente la cancelación del saldo pendiente. Cancelación que se realizará en la liquidación de final de mes siempre que se haya solicitado antes del dia 29.

Tipo de interés del saldo deudor: Sobre el saldo deudor pendiente de devolución, se aplicará un tipo de interés mensual establecido en el apartado I (actualmente el 1.60% mensual)

Bonificación sobre compras: La Caja devolverá al cliente un porcentaje de las compras realizadas en el mes. Este porcentaje queda establecido en la pestaña Tarifas (actualmente el 2% y se deducirá cada mes del saldo deudor de la tarjeta).

La finalidad del producto es aumentar la rentabilidad del cliente para la Caja cobro de 1.60% mensuales. Para estimular la utilización de la tarjeta. La Caja bonifica las compras con un 2% de las mismas.

Durante el periodo comprendido entre las liquidaciones del mes de marzo de 2013 y el mes de enero de 2015, entre todas las tarjetas se han realizado operaciones por los siguientes importes:

Utilización en compras: 17.876,32

Ingresos a la cuenta: 14.332,80

Pagos a la liquidación: 3.186,98

Intereses pagados: 0,53

Importes bonificados: 357,07

El dctalle seria el siguiente:.....

La opción de realizar entregas a cuenta mensuales por el saldo dispuesto no esta contemplada en la definición del producto ademas de exigir un conocimiento detallado del total de operaciones realizadas y de importe de las mismas.

Por tanto, usted como empleado del Servicio de Medios de Pago Sr. Faustino , conocedor de la normativa de la entidad y de las buenas prácticas y usos bancarios utiliza los medios a su alcance para facilitarse un lucro personal de manera irregular en las siguientes actuaciones:

1. Utiliza la Tarjeta MasterCard Avant de manera incorrecta al realizar, prácticamente todos los meses entregas a cuenta por el mismo importe de los pagos realizados obteniendo así la bonificación del 2% de todas sus compras y evitando pagar los intereses correspondientes del 1,60% mensual.



2. Al ser el empleado responsable de la aplicación de medios de pago es el único que puede realizar este tipo de operativa al tiempo que es perfectamente conocedor de su funcionamiento y de su finalidad.

Dichos actos agreden a la confianza, principal pilar de toda relación laboral y profesional y base fundamental en el negocio de toda entidad financiera.

Asimismo, de los hechos y comprobaciones realizadas se evidencia la falta de ética profesional que como empleado de la caja, usted, don Faustino ha demostrado al no defender los intereses de la Caja que profesional, moral y éticamente está obligado a defender, haciendo un mal uso de su condición de empleado y anteponiendo sus intereses a los de la Caja y que constituyen falta de disciplina, deslealtad y abuso de confianza. Falta tipificada en el convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro como incumplimiento muy grave.

En virtud de lo anterior, por medio de la presente le comunicamos, que debido a la gravedad de los hechos por usted cometidos, y por ser considerados los mismos como falta muy grave, iniciamos el trámite de audiencia establecido en el artículo 82.2 del Convenio Colectivo de las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, de cara a clarificar los hechos, y verificar si Usted ha cometido dichas faltas señaladas con anterioridad. Dicho trámite de audiencia tiene una duración de tres días. Mientras se sustancia el procedimiento, usted estará en situación de permiso retribuido.

En cumplimiento de este trámite de audiencia dispone usted de tres días desde la recepción de esta comunicación para realizar las alegaciones que estime pertinentes.

En consecuencia le reiteramos la imposición de la sanción de despido^o, que tendrá efectos desde el día de hoy."

(Doc nº 5 empresa y nº 1 actor)

TERCERO.- Que previamente a la notificación de la carta de despido, en fecha 11-2-15, se le entrego al demandante pliego de cargos, que al obrar como doc nº 3 de la empresa se da por reproducido, dándose al actor un plazo para alegaciones, presentado escrito en fecha 13-2-15, que al obrar como doc nº 4 de la empresa se da por reproducido.

CUARTO.- Que con anterioridad a la entrega del pliego de cargos, por la empresa demandada se realizo en fecha 10-2-15 una auditoria interna, que al obrar como doc nº 8 de la empresa se da por reproducido, en cuyas conclusiones se hizo constar que:

"El empleado del Servicio de Medios de Pago Sr. Faustino, conocedor de la normativa de la entidad y de las buenas prácticas y usos bancarios utiliza los medios a su alcance para facilitarse un lucro personal de manera irregular en las siguientes actuaciones:

1. Utiliza la Tarjeta MasterCard Avant de manera incorrecta al realizar, prácticamente todos los meses, entregas a cuenta por el mismo importe de los pagos realizados obteniendo así la bonificación del 2% de todas sus compras y evitando pagar los intereses correspondientes del 1,60% mensual

2. Al ser el empleado responsable de la aplicación de medios de pago es el único que puede realizar este tipo de operativa al tiempo que es perfectamente conocedor de su funcionamiento y de su finalidad

Dichos actos agreden a la confianza, principal pilar de toda relación laboral y profesional y base fundamental en el negocio de toda entidad financiera.

Asimismo, de los hechos y comprobaciones realizadas se evidencia la falta de ética profesional que como empleado de la caja D. Faustino ha demostrado al no defender los intereses de la Caja que profesional, moral y éticamente esta obligado a defender, haciendo un mal uso de su condición de empleado y anteponiendo sus intereses a los de la Caja y que constituyen falta de disciplina, deslealtad y abuso de confianza, falta tipificada en el convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro como incumplimiento muy grave.

QUINTO. - Que el puesto de trabajo del actor era el servicio de medios de pago, desde el 24-3-03, siendo el único trabajador de este servicio, dependiendo orgánicamente del Jefe del Departamento de Soporte Operativo.

El actor era el único trabajador que utilizaba y manejaba la aplicación "medios de pago" como usuario administrador. En sus ausencias o vacaciones era sustituido por otro empleado del departamento Sr. Jesús María, Sr. Baldomero y Sra. Emilia.

Que la operativa de "aumento disponible" esta restringida al usuario administrador, que era el actor.

(Doc nº 10 y testifical Doña. Emilia Don. Jesús María)

SEXTO.- Que el actor, su esposa e hijo eran poseedores de un total de 5 tarjetas "Mastercard Avant", dos el actor con el nº NUM001, NUM002, dos la esposa Dña. Inocencia con el nº NUM004 y NUM005 y una



el hijo con el nº NUM003 , que era beneficiario de la de su padre, los límites de todas las tarjetas eran de 3000€ y la cuota mensual de 100€.

Que en las tarjeta expedidas en fecha: NUM002 (18-12-13), NUM001 (19-5-04), NUM004 (29-6-05) y NUM005 (20-6-08), la forma de pago era aplazada, y el pago a crédito aplazado: interés nominal mensual capital aplazado.

"Que en las condiciones generales del contrato de las tarjetas constaba lo siguiente, en el apartado nº 13: La caja se reserva expresamente la posibilidad de anular, extinguir o modificar de forma total o parcial el servicio al que se refiere el presente contrato tanto en relación a las operaciones y funciones como respecto a la red o redes a través de los cuales se pueda llevar a cabo previo aviso al titular si razonablemente fuese posible o, en otro caso, comunicándole dichas circunstancias con la mayor prontitud.

14: apartado 3, "que la modalidad: b) Aplazado: Pago mediante cuotas mensuales fijas o en función de un porcentaje sobre el saldo dispuesto y pendiente de amortizar de las operaciones realizadas con la tarjeta, con el importe mínimo que se determine. El titular podrá solicitar por escrito, antes del último día de cada mes la modificación de la opción de forma de pago aplazado en vigor, excepto para tarjetas AVANT. En todo caso, el importe del pago que resulte no podrá ser inferior al mínimo o cuota fija señalados, salvo que el importe de la amortización mensual fuese inferior....El recibo correspondiente a las modalidades de pago aplazado señaladas en el número 3 b) comprenderá la suma de la cuota mensual que proceda, los intereses diarios devengados sobre la cantidad aplazada referidos en el nº 5 de esta condición, la comisión sobre el capital pendiente de pago y los recibos u operaciones impagados hasta el mes anterior, mas las comisiones, gastos repercutibles e impuestos que sean aplicables. Apartado 6) La comisión sobre capital pendiente de pago se calculara sobre el saldo pendiente de amortizar el último día del mes anterior a la liquidación y 8) No se permitirán entregas a cuenta sobre capital pendiente de amortizar en las TARJETAS AVANT, aunque si su cancelación anticipada."

(Doc nº 13 y 13 actor y nº 14 y 19 empresa)

SEPTIMO. - En el portal del cliente bancario del Banco de España (Glosario) se define la Tarjeta de pago aplazado como "aquella tarjeta de crédito que permite diferir el pago en varios plazos, cuando así lo ha pactado el titular con la entidad emisora, en cuyo caso normalmente se abona un interés previamente estipulado".

Entre las modalidades de pago para las tarjetas de *pago aplazado*: "hay muchas variantes y en casi todas ellas usted deberá pagar intereses. Se puede pagar mensualmente un porcentaje sobre el dinero que haya utilizado o bien una cantidad fija. Normalmente la parte que usted va devolviendo se sumará nuevamente al importe no dispuesto de su límite, incrementado su disponible. Por eso se llaman tarjetas revolventes o "revolving".

En relación con el apartado ¿Qué tipo de interés se paga?: "Las entidades de crédito suelen cobrarle intereses por el aplazamiento del pago de las cantidades que usted haya utilizado a través de la tarjeta. El tipo de interés debe aparecer en el contrato."

(Doc nº 17 empresa)

OCTAVO.- Que la tarjeta Mastercard Avant, tiene la característica de que la devolución del crédito solo puede ser en cuotas mensuales fijas (credit revolving). Que la única forma de pago para la tarjeta es la aplazada con cuotas mensuales fijas, habiendo tres posibilidades de cuota mensual, que van directamente relacionadas con el límite de crédito seleccionado y que son para el límite de 3000€ la cuota mensual de 100. si bien el cliente podrá solicitar anticipadamente la cancelación del saldo pendiente, cancelación que se realizara en la liquidación final del mes siempre que se haya solicitado antes del día 29. Que las Ventajas para la Caja son incremento de la rentabilidad del cliente y por tanto de la Caja.

(Doc nº 16 empresa)

Que la tarjeta AVANT, tiene una bonificación del 2% en las compras que se hagan.

(Doc nº 15 empresa)

NOVENO.- Que en fecha 8-10-09, a las 14.09h el Sr. Juan Manuel , remitió correo electrónico al actor y con copia entre otros para el Sr. Edemiro en el que le indicaba que "*Como recordarás en el momento de lanzar el producto se indicó que no se podrían realizar entregas a cuenta ya que suponía una tarea administrativa elevada para las oficinas y únicamente se permitiría la cancelación total del crédito. Por otro lado, este tipo de de tarjeta tenia una bonificación en las compras del 2% lo que podía llevar a actora, como se produjo, al principio, incentivada la cancelación parcial de la deuda. Es por ello Faustino que solicito se estudie la posibilidad de figurar en el contrato este impedimento de entregas a cuenta o cancelaciones parciales. Por favor Edemiro , en la próxima publicidad de la Tarjeta Avant procede a incluir esta información.*



Ese mismo día a las 16.32 el actor reenvía el correo a D. Nicanor , jefe de soporte operativo.

El 13-10-09 a las 12.03 D. Nicanor reenvía a D. Jose María , Jefe de Organización de la Caja ese correo añadiendo " Jose María : Otra modificación del contrato."

Que en fecha 13-10-09, a las 16.59 D. Jose María , remite al Sr. Nicanor , al actor y al Sr. Juan Manuel , correo electrónico donde consta *"Tal y como hemos quedado, si se incluye el título "TARJETA AVANT" en la cabecera del contrato, podremos añadir en la cláusula que indica la modificación de la forma de pago, la coletilla "excepto para TARJETAS AVANT". Además sería conveniente añadir como cláusula: "No permitirán entregas a cuenta sobre el capital pendiente de amortizar en las tarjetas AVANT aunque si su cancelación anticipada."*

(Doc nº 18 empresa y testifical Sr. Juan Manuel)

DECIMO. - Que se da por reproducido el doc nº 14 actor y nº 12 de la empresa donde constan en el periodo comprendido entre febrero de 2010 a febrero de 2015, con la operatoria "ingreso aumento de disponible" en SAT, las operaciones vinculadas a la tarjeta de crédito Mastercard AVANT, entre ellas del actor y su esposa(sombreado en verde-documento de la empresa y amarillo en el documento del actor) que dada su extensión se da por reproducido.

Que en fecha 7-5-15 y 22-6-15 constan en las tarjetas nº NUM006 y NUM007 "ingreso aumento disponible".

(Testifical Doña. Emilia)

UNDÉCIMO.- Que se da por reproducido el doc nº 13 de la empresa donde constan en el periodo comprendido entre los años 2009 a 2015 el listado de operaciones de aumento de disponible, mediante ingreso en cuenta, en sombreado las operaciones vinculadas a las tarjetas Avant del actor y su esposa y resto de clientes, que dada su extensión se da por reproducido resultando lo siguiente:

Año

2009

2010

2011

2012

2013

2014

2015

Total

Clientes

47

53

46

43

34

29

7

259

Actor

9

18

18

17

14



18

3

97

%

19,15%

33,96%

39,13%

39,53%

41,18%

62,07%

42,86%

37,45%

(Testifical Doña. Emilia)

DECIMOSEGUNDO.- Que en las tarjetas AVANT de las que son titulares el actor y su esposa en el periodo comprendido entre febrero a julio de 2015, no constan ingresos a cuenta, ni cancelaciones de deuda.

(Doc nº 20 empresa)

DECIMOTERCERO.- Que se da por reproducido el doc nº 21 de la empresa que comprende los aumentos de disponibles llevado a cabo a todos los clientes de la tarjeta AVANT, salvo las cuatro tarjetas del actor entre el 30-8-11 al 19-2-15.

En dichos documentos se incluye el cargo realizado por la oficina gestora, el pantallazo de la operación, aumento de disponible y la cancelación de la cuenta de conexión por parte del servicio de medios pagos.

El método era el siguiente: el cliente realiza la solicitud a su oficina gestora, que realiza el cargo en la cuenta corriente del cliente, a continuación remite el abono mediante una cuenta de conexión a medios de pago, y su responsable cancela la conexión y realiza el cargo y a continuación realiza el abono en la tarjeta AVANT.

(Testifical Doña. Emilia Don. Jesús María)

DECIMOCUARTO.- Que se da por reproducido el doc nº 22 de la empresa que recoge los aumentos de disponibles llevado a cabo en las cuatro tarjetas AVANT de la que son titulares el actor y su esposa, entre el 30-8-11 al 19-2-15.

En dichos documentos se incluye el escrito firmado por el actor, donde el texto es el siguiente "Ruego se sirvan realizar los siguientes cancelaciones de deuda de las siguientes tarjetas con cargo a la cuenta..." documentos que se suscribían entre los días 26 y final de mes, aumento de disponible y pantallazo de operación, sin que conste cargo de la oficina gestora distinta de la oficina de medios de pago, ni cancelación cuenta conexión por parte del servicio de medios de pago.

El actor realiza la solicitud a través de su propia oficina de medios de pago, y realiza el cargo en su cuenta corriente y a continuación realiza el abono en la tarjeta AVANT.

DECIMOQUINTO.- Se da por reproducido el doc nº 23 de la empresa donde se recoge los aumentos de disponibles llevados a cabo por otros empleados de la Caixa Sres Inocencio , Porfirio y Vidal , de los que resulta la cancelación de la deuda total.

DECIMOSEXTO.- Que en la cuenta NUM008 con denominación "Deudores por tarjetas de crédito" de todos los movimientos desde el 1-1-13 al 15-2-15, donde figura fecha, descripción, concepto, importe y saldo acumulado de cada movimiento y que obra unido a autos mediante escrito presentado por la empresa el 10-7-15, y que se da por reproducido es de destacar los siguientes:

-3-4-13: abonos varios NUM009 /AUM.DPBL.009 importe 20,83€

-23-7-13: abonos varios NUM010 /AU.DPBL.034 importe 2.740€

-15-5-14: abonos varios NUM011 /AUM.DPBL.101 importe 1.122,28€

-21-10-14: abonos varios NUM012 /AUM.DPB.103 importe 1.316,26€



-10-2-15: abonos varios NUM013 /AUM.DPB.002 importe 2.790,98€

DECIMOSEPTIMO. - Que el actor tenía una alarma en el ordenador con el texto "incremento disponible".

(Testifical Doña. Emilia)

DECIMOCTAVO.- Que el actor disfruto vacaciones en los siguientes periodos

-2010: 21 al 25 junio, 19 de julio a 4 de agosto, 9 a 13 agosto, 20, agosto, 11 octubre, 7 diciembre.

-2011: 10 marzo, 11 de julio a 11 de agosto, 26 agosto.

-2012: 16 de julio a 17 de agosto y 24 de agosto

-2013: 24 de junio a 6 de julio, 29 de julio a 16 de agosto y 10 de octubre

- 2014: 28 de julio a 14 de agosto, 10 al 14 de noviembre y del 9 al 16 de diciembre

(Doc nº 11 empresa)

DECIMONOVENO.- Que el demandante no es representante sindical o unitario de los trabajadores.

VIGESIMO.- Que presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el 27-2-15, el acto se celebró el 23-3-15, con el resultado de concluido sin avenencia, presentándose la demanda el 24-3-15.

TERCERO .- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, habiendo sido impugnado por la demandada Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Ontinyent. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De un solo motivo consta el recurso de suplicación entablado al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que desestima la demanda sobre despido que califica de procedente, habiendo sido impugnado el despido de contrario, mediante escrito en el que también se deducen causas de oposición subsidiarias por el cauce del apartado 1 del art. 197 de la LJS.

En el indicado motivo que tiene por objeto el examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia se imputa a ésta la infracción, por aplicación indebida del artículo 54.2 b) y d) del Estatuto de los Trabajadores (ET), y de la doctrina jurisprudencial acerca de la denominada "teoría gradualista" en la imposición de las sanciones contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10-11-1998 (RJ 1998, 9550) y 13-11-2000 (RJ 2000, 9688).

Aduce la defensa de la parte actora que la sentencia recurrida califica como procedente el despido disciplinario del demandante porque realiza todos los meses entregas a cuenta por el mismo importe de los pagos realizados con la tarjeta de crédito AVANT, evitando el pago de intereses y obteniendo la bonificación del 2% de sus compras y por no haber seguido para dichas entregas a cuenta, el procedimiento de dirigir la solicitud del pago a través de la oficina gestora para que ésta, a su vez, remitiera al departamento de medios de pago el abono mediante la denominada cuenta de conexión. Pero según la defensa del recurrente ninguno de dichos incumplimientos se puede imputar al demandante porque el mismo no realizaba entregas a cuenta del capital pendiente de pago sino que efectuaba la cancelación anticipada del capital pendiente y para dicha cancelación anticipada no era necesario seguir la operativa establecida para las entregas a cuenta del capital pendiente.

Para dilucidar si ha existido una utilización fraudulenta de las tarjetas de crédito AVANT de las que el actor y su esposa eran titulares se ha de acudir al inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia del que interesa destacar que el demandante viene prestando servicios para la demandada desde el 10-10-88, estando su puesto de trabajo en el servicio de medios de pago desde el 24-3-03, siendo el único trabajador de este servicio, dependiendo orgánicamente del Jefe del Departamento de soporte operativo, además el actor era el único trabajador que utilizaba y manejaba la aplicación "medios de pago" como usuario administrador. En sus ausencias o vacaciones era sustituido por otro empleado del departamento Don. Jesús María , Don. Baldomero Doña. Emilia . La operativa de "aumento disponible" esta restringida al usuario administrador, que era el actor. El demandante, su esposa e hijo eran poseedores de un total de 5 tarjetas "Mastercard Avant", dos el actor con el nº NUM001 , NUM002 , dos la esposa Dña. Inocencia con el nº NUM004 y NUM005 y una el hijo con el nº NUM003 , que era beneficiario de la de su padre, los límites de todas las tarjetas eran de 3000€ y la cuota mensual de 100€. Que en las tarjeta expedidas en fecha: NUM002 (18-12-13), NUM001 (19-5-04), NUM004 (29-6-05) y NUM005 (20-6-08), la forma de pago era aplazada, y el pago a crédito aplazado: interés nominal mensual capital aplazado.



En las condiciones generales del contrato de las tarjetas constaba lo siguiente: 14: apartado 3, "que la modalidad: b) Aplazado: Pago mediante cuotas mensuales fijas o en función de un porcentaje sobre el saldo dispuesto y pendiente de amortizar de las operaciones realizadas con la tarjeta, con el importe mínimo que se determine. El titular podrá solicitar por escrito, antes del último día de cada mes la modificación de la opción de forma de pago aplazado en vigor, excepto para tarjetas AVANT. En todo caso, el importe del pago que resulte no podrá ser inferior al mínimo o cuota fija señalados, salvo que el importe de la amortización mensual fuese inferior....El recibo correspondiente a las modalidades de pago aplazado señaladas en el número 3 b) comprenderá la suma de la cuota mensual que proceda, los intereses diarios devengados sobre la cantidad aplazada referidos en el nº 5 de esta condición, la comisión sobre el capital pendiente de pago y los recibos u operaciones impagados hasta el mes anterior, más las comisiones, gastos repercutibles e impuestos que sean aplicables. Apartado 6) La comisión sobre capital pendiente de pago se calculara sobre el saldo pendiente de amortizar el último día del mes anterior a la liquidación y 8) No se permitirán entregas a cuenta sobre capital pendiente de amortizar en las TARJETAS AVANT, aunque sí su cancelación anticipada."

La tarjeta Mastercard Avant, tiene la característica de que la devolución del crédito solo puede ser en cuotas mensuales fijas (credit revolving). Que la única forma de pago para la tarjeta es la aplazada con cuotas mensuales fijas, habiendo tres posibilidades de cuota mensual, que van directamente relacionadas con el límite de crédito seleccionado y que son para el límite de 3000€ la cuota mensual de 100, si bien el cliente podrá solicitar anticipadamente la cancelación del saldo pendiente, cancelación que se realizara en la liquidación final del mes siempre que se haya solicitado antes del día 29. Las Ventajas de dicha tarjeta para la Caja son incremento de la rentabilidad del cliente y por tanto de la Caja. La tarjeta AVANT, tiene una bonificación del 2% en las compras que se hagan.

En fecha 8-10-09, a las 14.09h el Sr. Juan Manuel , remitió correo electrónico al actor y con copia entre otros para el Sr. Edemiro en el que le indicaba que "Como recordarás en el momento de lanzar el producto (se refiere a la tarjeta AVANT) se indicó que no se podrían realizar entregas a cuenta ya que suponía una tarea administrativa elevada para las oficinas y únicamente se permitiría la cancelación total del crédito. Por otro lado, este tipo de tarjeta tenía una bonificación en las compras del 2% lo que podía llevar a actuar, como se produjo, al principio, incentivando la cancelación parcial de la deuda. Es por ello Faustino que solicito se estudie la posibilidad de figurar en el contrato este impedimento de entregas a cuenta o cancelaciones parciales. Por favor Edemiro , en la próxima publicidad de la Tarjeta Avant procede a incluir esta información. Ese mismo día a las 16.32 el actor reenvía el correo a D. Nicanor , jefe de soporte operativo.

El 13-10-09 a las 12.03 D. Nicanor reenvía a D. Jose María , Jefe de Organización de la Caja ese correo añadiendo " Jose María : Otra modificación del contrato."

Que en fecha 13-10-09, a las 16.59 D. Jose María , remite al Sr. Nicanor , al actor y al Sr. Juan Manuel , correo electrónico donde consta "Tal y como hemos quedado, si se incluye el título "TARJETA AVANT" en la cabecera del contrato, podremos añadir en la cláusula que indica la modificación de la forma de pago, la coletilla "excepto para TARJETAS AVANT". Además sería conveniente añadir como cláusula: "No permitirán entregas a cuenta sobre el capital pendiente de amortizar en las tarjetas AVANT aunque si su cancelación anticipada."

El demandante ha llevado a cabo de forma habitual aumentos de disponibles en las cuatro tarjetas AVANT de la que son titulares el actor y su esposa, entre el 30-8-11 al 19-2-15. Al formalizar dichos aumentos se incluye el escrito firmado por el actor, donde el texto es el siguiente "Ruego se sirvan realizar los siguientes cancelaciones de deuda de las siguientes tarjetas con cargo a la cuenta..." documentos que se suscribían entre los días 26 y final de mes, aumento de disponible y pantallazo de operación, sin que conste cargo de la oficina gestora distinta de la oficina de medios de pago, ni cancelación cuenta conexión por parte del servicio de medios de pago.

El actor realiza la solicitud a través de su propia oficina de medios de pago, y realiza el cargo en su cuenta corriente y a continuación realiza el abono en la tarjeta AVANT.

Además del actor hay otros clientes de la tarjeta AVANT respecto de los que se ha llevado a cabo aumentos de disponibles. El método era el siguiente: el cliente realiza la solicitud a su oficina gestora, que realiza el cargo en la cuenta corriente del cliente, a continuación remite el abono mediante una cuenta de conexión a medios de pago, y su responsable cancela la conexión y realiza el cargo y a continuación realiza el abono en la tarjeta AVANT.

En el periodo comprendido entre los años 2009 a 2015 el listado de operaciones de aumento de disponible, mediante ingreso en cuenta, comparando las operaciones vinculadas a las tarjetas Avant del actor y su esposa y las del resto de clientes, resulta lo siguiente:

Año Clientes Actor %



2009 47 9 19,15%
2010 53 18 33,96%
2011 46 18 39,13%
2012 43 17 39,53%
2013 34 14 41,18%
2014 29 18 62,07%
2015 7 3 42,86%
Total 259 97 37,45%

El actor tenía una alarma en el ordenador con el texto "incremento disponible.

Por la empresa demandada se realizó en fecha 10-2-15 una auditoria interna en cuyas conclusiones se hizo constar que:

"El empleado del Servicio de Medios de Pago Sr. Faustino , conocedor de la normativa de la entidad y de las buenas prácticas y usos bancarios utiliza los medios a su alcance para facilitarse un lucro personal de manera irregular en las siguientes actuaciones:

1. Utiliza la Tarjeta MasterCard Avant de manera incorrecta al realizar, prácticamente todos los meses, entregas a cuenta por el mismo importe de los pagos realizados obteniendo así la bonificación del 2% de todas sus compras y evitando pagar los intereses correspondientes del 1,60% mensual.

Al ser el empleado responsable de la aplicación de medios de pago es el único que puede realizar este tipo de operativa al tiempo que es perfectamente conocedor de su funcionamiento y de su finalidad

Dichos actos agreden a la confianza, principal pilar de toda relación laboral y profesional y base fundamental en el negocio de toda entidad financiera.

Asimismo, de los hechos y comprobaciones realizadas se evidencia la falta de ética profesional que como empleado de la caja D. Faustino ha demostrado al no defender los intereses de la Caja que profesional, moral y éticamente esta obligado a defender, haciendo un mal uso de su condición de empleado y anteponiendo sus intereses a los de la Caja y que constituyen falta de disciplina, deslealtad y abuso de confianza, falta tipificada en el convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro como incumplimiento muy grave.

De los datos expuestos se constata que el demandante ha venido realizando de forma habitual entregas a cuenta del capital pendiente de pago en las tarjetas de crédito AVANT de las que era titular el mismo y su esposa, pese a que dichas operaciones estaban prohibidas, en principio, por la entidad demandada de lo que era conocedor del actor que pudo burlar el control de la empresa, realizando las entregas a cuenta al margen del procedimiento establecido por aquella al ser el único trabajador que utilizaba la aplicación "medios de pago" como usuario administrador, excepto en las vacaciones en que era sustituido por otros compañeros. La actuación del demandante, en contra de lo manifestado por su defensa, constituye una falta de disciplina, deslealtad y abuso de confianza que aparece tipificada en el Convenio Colectivo de las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro como falta muy grave (artículo 78. 4.4 y 4.9) así como en el apartado 2 del art. 54 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y, por consiguiente, es sancionable con el despido. Conviene hacer mención a la doctrina establecida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de Julio del 2010 (ROJ: STS 4591/2010), Recurso: 2643/2009 y según la cual se ha de tener en cuenta "en interpretación y aplicación del art. 54.1 y 2.b) ET , sobre la determinación de los presupuestos del " incumplimiento grave y culpable del trabajador " fundado en la " La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo ", como motivo de despido disciplinario, que:

A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual;



B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe;

C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados;

D) Igualmente carece de trascendencia y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo.

E) Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas;

F) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la " gravedad " con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado.

La proyección de la anterior doctrina al presente caso, como ya se ha dicho lleva a calificar como transgresión de la buena fe contractual el comportamiento del demandante ya que el mismo contraviene la operativa de la empresa demandada para lograr un beneficio personal (cobrar el 2% del importe de las compras realizadas con las tarjetas AVANT y no pagar el 1,6% de interés aplicado al importe del capital aplazado) en detrimento de la demandada que deja de cobrar el referido interés, sin que se aprecie, en ningún caso, el consentimiento tácito de la empresa demandada en la realización de dichas operaciones por parte del actor. Por último señalar que no cabe confundir la cancelación anticipada del saldo pendiente y por consiguiente del crédito obtenido con la tarjeta AVANT con las entregas a cuenta del saldo pendiente de pago ya que la cancelación anticipada del crédito implica, en principio, la retirada de la tarjeta, mientras que las entregas a cuenta del capital pendiente supone la minoración del saldo pendiente de pago sin cancelar el crédito de la tarjeta, lo que en ocasiones ha autorizado la empresa respecto algunos clientes, pero que el actor llevó a cabo sin la autorización de la empresa y en su propio beneficio, lo que justifica la pérdida de confianza en el actor por parte de la empresa demandada que no se puede ver obligada a mantener una relación laboral con una persona de la que no se fía por razones tan solo imputables a la misma, tal y como aprecia la sentencia recurrida, lo que determina la desestimación de las infracciones jurídicas denunciadas en el recurso.

SEGUNDO.- Procede examinar a continuación las causas de oposición subsidiarias deducidas en el escrito de impugnación del recurso en el que se denuncia la infracción del art. 26 del ET y la jurisprudencia que lo interpreta recogida en las sentencias del Tribunal Superior de Andalucía de 22 de noviembre de 2012 y 21 de noviembre de 2012.

Razona la defensa de la entidad demandada que el salario del demandante a efectos de cuantificar, en su caso, la indemnización por despido no puede incluir los importes correspondientes al plan de pensiones y la ayuda de formación para los hijos por cuanto que no se trata de conceptos salariales.

Para dilucidar cuál es la naturaleza de las aportaciones de la empresa al plan de pensiones y de las cantidades satisfechas por la empresa en concepto de ayuda de formación para los hijos, se ha de tener en cuenta lo manifestado por nuestro Alto Tribunal en sentencia de 02 de octubre de 2013, Recurso: 1297/2012 , en la que en relación con el abono del seguro de vida y de accidente que tenía concertado la empresa para sus trabajadores se dice que *"Ninguna duda cabe que el abono del seguro en beneficio del trabajador por parte de*



la empresa deriva de la existencia de la relación laboral entre las partes y, es por tanto, una contrapartida a las obligaciones del trabajador.

Por otra parte, contrariamente a lo que sostiene la sentencia de contraste, se hace difícil considerar que el citado seguro constituye uno de los supuestos de exclusión del apartado 2 del citado art. 26 ET y ello aun cuando se llegara a aceptar su naturaleza de mejora de la Seguridad Social -para lo cual habría de analizarse si, efectivamente, mediante el indicado seguro se estaría mejorando directamente prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social con arreglo a los arts. 191 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) -. En tal hipotético caso, lo que podría quedar excluido del concepto de salario sería, con arreglo a la norma legal, la obtención de las ulteriores prestaciones o indemnizaciones derivadas de aquel beneficio de origen contractual, pues es a éstas a las que expresamente se refiere el mencionado precepto.

Como ya apuntamos en nuestra sentencia de 27 de junio de 2007 (rcud. 1008/2006), el seguro de vida forma parte de la estructura del salario, como una partida más. Lo que se pone de relieve incluso en la configuración de las hojas de nómina.

Así mismo cabe poner de relieve la calificación fiscal del seguro como retribución en especie en el mismo sentido que el uso del vehículo. A tenor del art. 42.2 de la Ley 35/2006, sobre la renta de las personas físicas, la exclusión, a efectos fiscales en el concepto de retribución en especie de las primas de seguros, solo abarca, a las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador y a las primas o cuotas satisfechas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad, cuando no excedan de 500 € anuales, siendo el exceso sobre dicha cuantía retribución en especie.

Por consiguiente, con independencia de que el seguro se hubiera estipulado individualmente o por un compromiso de carácter colectivo de la empresa, la prima que la empresa abonaba mensualmente por el citado beneficio constituye una retribución en especie por la prestación de servicios, junto con los demás conceptos que integran la hoja de salarios."

La proyección de la anterior doctrina al presente caso lleva a considerar salario tanto las aportaciones al plan de pensiones como la ayuda de formación para los hijos ya que ambas derivan de la existencia de la relación laboral entre las partes y, es por tanto, una contrapartida a las obligaciones del trabajador. Dicha conclusión se ve reforzada además tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores que en la Disposición final tercera . Conceptos computables en la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social establece que "El artículo 109 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 109. Base de cotización.

1. La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año....

2. Únicamente no se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos:

a) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente.

b) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, no comprendidos en el apartado anterior, así como para gastos normales de manutención y estancia generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del percceptor y del que constituya su residencia, en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa estatal reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

c) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos.

Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en norma sectorial o convenio colectivo aplicable.

Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador estarán exentas en la cuantía establecida con carácter obligatorio en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la



normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, en los supuestos de despido o cese como consecuencia de despidos colectivos, tramitados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 de la citada Ley , siempre que en ambos casos se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente.

d) Las prestaciones de la Seguridad Social, las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas y las asignaciones destinadas por éstas para satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, cuando tales estudios vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo.

e) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. (...).»

Al formar parte del salario del trabajador tanto las aportaciones al plan de pensiones como la ayuda a la formación de los hijos, tal y como ha apreciado la sentencia de instancia, no cabe sino desestimar las causas de oposición subsidiarias aducidas por la empresa demandada.

TERCERO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita , no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. Faustino , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Once de los de Valencia y su provincia, de fecha 14 de julio de 2015 , en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT ; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiéndole que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600' 00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander, cuenta **4545 0000 35 3230 15**. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave **66** en lugar de la clave **35** . Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

PUBLICACIÓN .- En el día de hoy ha sido leída la anterior sentencia por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el /la Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.