



Roj: **STSJ AND 5664/2015 - ECLI:ES:TSJAND:2015:5664**

Id Cendoj: **41091340012015101731**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **23/06/2015**

Nº de Recurso: **1783/2014**

Nº de Resolución: **1688/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SANCHEZ ANDRADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Sevilla, núm. 8, 10-04-2014 ,
STSJ AND 5664/2015**

RECURSO n.1783/14 LC SENTENCIA n.1688/15
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO SOCIAL
SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO

DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

En Sevilla, a veintitrés de Junio de dos mil quince.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. Magistrados citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY, ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1688/15

En el recurso de suplicación interpuesto por Don Victor Manuel , contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm.8 de los de SEVILLA en sus autos núm. 1335/13; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por Don Victor Manuel , contra Caixabank, S.A., se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 10 de Abril de dos mil catorce por el referido Juzgado, en la que se estimó la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

Primero.- D. Victor Manuel ha venido prestando servicios por cuenta de CAIXABANK S.A. (ANTES Caja San Fernando; Cajasol; Banca Cívica, desde el día 16/7/1998, con grupo profesional I, Nivel IX, con una retribución anual de 42.710,13.-euros, que arroja un salario diario de 117,01.-euros.

El último centro de trabajo del actor ha estado sito en la carretera de Carmona, Sevilla.



El convenio colectivo de aplicación es el de Cajas de Ahorros y Entidades Financieras publicado en el BOE de 29/5/2012.

Segundo.- el trabajador tenía asignada como función la gestión de morosidad.

Milagros , de profesión limpiadora, divorciada y con un hijo menor de edad, titular de dos hipotecas con una deuda total de 146.057.- euros con demoras en el pago, había solicitado la dación en pago siendo gestor del expediente el actor.

El 31 de mayo del 2013, el Comité de Daciones de la entidad bancaria deniega a la Sra. Milagros la dación en pago salvo que la clienta abonase 45.000.-euros.

El día 4 de julio del 2013 la Sra. Milagros se persona en la oficina en la que estaba destinado el actor, con una amiga que y quien dice ser letrado de la misma y solicita hablar con el director de la oficina. Es recibida por el Director, el Sr. Ezequiel , y en presencia de las personas anteriormente mencionadas, le muestra su teléfono móvil, mas concretamente una serie de mensajes recibidos por whatsApp, entre los que se encuentran archivos de imagen, procedentes del teléfono móvil del actor. La Sra. Milagros manifiesta al Director de la oficina sentirse acosada sexualmente por dicho trabajador.

El director de la oficina comprueba que el número de teléfono que consta como emisor de las comunicaciones coincide con el número de teléfono del actor. Y ante el contenido de los mensajes e imágenes contacta con su superiora jerárquica la Sra. Ariadna , directora del Área de Negocio (DAN) de San Pablo-Santa Justa, pidiéndole una reunión inmediata para tratar el tema expuesto por la Sra. Milagros .

Se trasladan inmediatamente, la Sra. Milagros , su amiga y su abogado junto con Sr. Ezequiel a la sede en la que se encuentra la DAN (Sra. Ariadna), también se encuentra presente otro DAN de otro área. Sra. Ariadna ve el contenido de los mensajes de whatsApp y las imágenes enviadas a través de ese medio. La cliente reitera en presencia de la DAN que se siente acosada sexualmente por el trabajador y que solicita una compensación, así mismo comenta la posibilidad de trasladar los hechos a la plataforma antidesahucios. Ese mismo día la empresa comunica al actor que se aparte de la gestión del expediente de la Sra. Milagros . El actor se encontraba de vacaciones en esos momentos. Así mismo la DAN informó, ese mismo día, de los hechos a Recursos Humanos y al Departamento de Auditoría.

El día 5 de julio del 2013 la Sra. Milagros acude de nuevo a la oficina en la que estaba destinado el actor acompañada de la misma amiga que el día anterior y hace entrega al director de un dispositivo de almacenaje de datos USB. El director comprueba que contiene los mensajes de texto e imágenes que el día anterior había visto en el dispositivo telefónico de la clienta. Ésta manifiesta que quiere que se acepte la dación en pago incondicionada.

Ese mismo día entrega el dispositivo aportado por la actora a la DAN de su zona, Sra. Ariadna .

El día 16 de julio del 2013 se aprueba la operación de dación en pago incondicionada aunque no es hasta el 26 de agosto del 2013 cuando se firma la escritura pública.

El día 23 de julio del 2013 la DAN se reúne con el actor y con los auditores. Y el actor niega la realidad de los hechos. Niega haber tenido contacto con la cliente. Posteriormente el actor envía a la DAN un escrito con el contenido que obra en los folios 160 y 161 y que se da por reproducido.

Tercero.- En las transcripciones de los whatsApp , se constata como primera comunicación la que se produce el día 20 de mayo (lunes) a las 11.45 horas y cuyo contenido es el que sigue: " Milagros soy Victor Manuel el de la caja, este es mi móvil personal. Te he grabado porque hoy entras en Comité. Vamos esta semana. Te tengo informada. Bss."

Respuesta de "AHjijij que va a ser de: "gracias te voy a grabar".

La transcripciones de los mensajes obra en los folios 30 a 33 de las actuaciones y se dan por reproducidas. Las comunicaciones se produjeron los días 20, 21, 27,28 de mayo en horario diurno. Los días 3, 14 y 17 de junio en horario diurno. 18 de junio en horario de tarde. 2, 24 y 27 de junio en horario diurno. 28 de junio de tarde. El 29 de junio el primer mensaje es un archivo de imagen que se envía a las 02.16 horas de la madrugada. A ese mensaje le siguen dos archivos de imágenes más y a continuación el mensaje de texto: "me tienes loco" enviado por " Victor Manuel caja". Desde esa hora hasta las 5.24 horas de la madrugada se transcriben 66 mensajes 7 de ellos corresponden a "AHjijij que va a ser de". Y el resto a " Victor Manuel caja". Hasta el 27 de junio los mensajes enviados desde " Victor Manuel Caja" tienen contenido profesional y alguna referencia personal a la Sra. Milagros (foto del perfil del whatsApp). Los mensajes de los días 28 y 29 de junio tiene contenido sexual.

Solo constan en las actuaciones los mensajes que aporta la clienta Sra. Milagros .



La empresa durante la instrucción del expediente admite lo alegado por el actor de que el soporte informático (archivo TXT) a través del cual se aportan las conversiones que se imputan al actor puede ser manipulado.

Tercero.- el día 3 de septiembre del 2013 los auditores elevan informe a la dirección de recursos humanos. El informe obra en los folios 124 a 135 y se da por reproducido. Las diligencias practicadas por los auditores para la elaboración del informe ha consistido en recabar el expediente sobre dación en pago de la Sra. Milagros , escuchar a éste y al actor. También se ha unido al informe la denuncia formulada por el director de la sucursal en la que estaba destinado el actor, con fecha 4 de julio del 2013.

El 19 de septiembre se inicia expediente sancionador. Folios 120 y 121 de las actuaciones.

El 30 de septiembre del 2013 se da vista del expediente a la sección sindical de UGT y al comité de empresa. El día 30 de septiembre se reciben pliegos de descargo del actor. el día 3/10/13 presenta pliegos de descargos el sindicato UGT. Folios 141 a 146 de las actuaciones. El día 18 de octubre del 2013, el actor recibió carta de despido disciplinario que obra en los folios 24 a 33 y que se dan por reproducidos.

Cuarto.- el actor no dispone de móvil corporativo y en la revisión de su correo electrónico no se observan mensajes de o para la Sra. Milagros

Quinto.- el actor era miembro del Comité de Empresa de la extinta Banca Cívica.

Sexto.- El día 29/10/2013 se presentó papeleta de conciliación celebrándose el acto el día 12/11/2013 , sin avenencia.

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Recurre en suplicación la parte demandada, por medio de su representación Letrada, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8, de Sevilla, de fecha 10 de abril 2014 , con cuatro motivos de suplicación, al amparo de los apartados b) y c) del art. 193, de la 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, LRJS , Ley 36/de Procedimiento Laboral, para incluir en el hecho tercero "e imágenes" tras mensajes y "sobre nº 97", tras folios 30 a 33, añadiendo al inicio del mismo que el 26 de agosto 2013, sustancialmente que el 26 de agosto 2013, se formalizó la escritura de dación en pago y entregó la cliente, el original de la tarjeta del móvil, con las conversaciones e imágenes, mas tales datos ya constan en la sentencia, sin que este último sea trascendente, denunciando la infracción del art. 54.2.d) y art. 60.2 del Estatuto de los Trabajadores , desde ahora ET, así como la jurisprudencia que cita y otras sentencias, entendiéndose que los hechos imputados justificaban el despido acordado y que el tiempo del comienzo de la prescripción, debe comenzar desde que finalizó la auditoria, pues a través de ese informe el órgano con facultad de sancionar, alcanza el conocimiento de los hechos acaecidos, por lo que la falta no se encontraría prescrita.

Al ser la prescripción extintiva «una institución que no se funda en razones de estricta justicia, sino que atiende a las pragmáticas consecuencias de dotar a las relaciones jurídicas de un mínimo de certeza y seguridad, debe ser interpretada con sentido estricto, de modo que ha de admitirse la interrupción del plazo prescriptivo en todos aquellos casos en los que medien actos del interesado que evidencian la voluntad de conservar el derecho. Conclusión que, de otra parte, es conforme al artículo 1973 del Código Civil , cuando califica entre otros, de acto interruptivo de la prescripción «la reclamación extrajudicial del acreedor», STS, Sala 4ª, de 12 mayo 2003, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3988/2002 y las que cita.

Es cierto también, que, como declara reiteradamente esta Sala, por todas, Sentencia núm. 2580, de 27 de julio 2007, rec. 4544/2006 , núm. 258, de 27 de enero 2010, rec. 2233/2009 y núm. 987, de 21 de marzo 2012, rec. 1642/2011 , cuando se trata de operaciones que implican la necesidad de una investigación, para obtener información cabal de las irregularidades, con la persistencia y continuidad en el tiempo de los efectos de la falta cometida, por encontrarnos con una acción permanente, la misma no adquiere carácter definitivo, para evitar el transcurso del plazo prescriptivo, hasta que se tenga conocimiento pleno de los hechos, pues en otro caso beneficiaría al infractor, SSTs. 21 septiembre 1987 , 27 enero 1990 , 4 febrero 1991 y 29 septiembre 1995 , o como falta que se está cometiendo permanentemente, hasta que la acción llega a conocimiento de los superiores.

También debemos indicar que el conocimiento por el empresario de la falta cometida a que se refiere el art. 60.2 del ET , ha de ser un conocimiento cabal y suficiente para actuar con eficacia la facultad sancionadora, por tanto, cuando se trata de hechos cuya autoría no está bien determinada, por la lógica precaución de tales autores de que su conducta no sea conocida, la actitud empresarial encaminada a obtener el conocimiento que, evidentemente, no tiene, mediante una auditoria, como en este caso, no puede valorarse, evidentemente,



como desidia o abandono en el ejercicio de su facultad sancionadora en el orden laboral, pues según declara el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, por todas, Sentencia de 19 septiembre 2011, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4572/2010 y las que en ella se citan, el hecho de que el actor reconociese ciertos hechos a los auditores, no desvirtúa lo dicho porque lo relevante a estos efectos es cuando la empresa conoce los hechos, cuando estos llegan al conocimiento de la dirección, de quien tiene poder de decisión, aparte que la auditoria persigue la constatación documental y contable de las posibles irregularidades y no la confesión del interesado que este puede cambiar posteriormente y que la prescripción se inicia cuando concluye la auditoria interna, coincidiendo el "dies a quo" para el cómputo de la prescripción, con el de terminación de la auditoria, para finalizar reiterando que ese conocimiento cabal de los hechos debe tenerlo la persona u órgano con facultad de sancionar, quien, cuando se trata de entidades bancarias, lo adquiere el día en que finaliza la auditoria, cual se dijo antes y ha señalado esta Sala en sus sentencias de 27 de noviembre de 2001 , 19 de junio de 2002 , 25 de julio de 2002 y 11 de octubre de 2005 .

Siendo ello así, analizada la panorámica y el análisis jurisprudencial de la prescripción, en relación con el caso examinado, donde no se trata de irregularidades contables, podemos indicar que la sentencia no se equivoca al situar el inicio de la prescripción el día 5 de julio 2013, ya que de los hechos probados en la misma, aparece que el actor, Gestor de morosidad, al que corresponde llevar la petición de una cliente, Dña. Milagros , divorciada, de dación en pago, con una deuda de 146.057 euros, a la que el Comité de Daciones del Banco, deniega la operación, salvo que pagase 45.000 euros, el 31 de mayo 2013, se presenta la misma en la oficina el 4 de julio 2013, con una amiga que dice ser su Letrado y ante el Director, le muestra su teléfono móvil, donde aparecen mensajes procedentes del teléfono del actor, con archivos de imágenes, de contenido sexual, afirmando que le acosaba sexualmente, trasladando el Director, el asunto, a la superiora jerárquica, Directora del Área de Negocio (DAN), a la que van a ver, reiterando la cliente sus manifestaciones, que se sentía acosada sexualmente, solicitando una compensación, comentando la posibilidad de dar traslado del asunto a la plataforma antidesahucios, apartando dicho día al actor del expediente e informando ese mismo día de los hechos a Recursos Humanos y al Departamento de Auditoría. Al día siguiente entrega la cliente al Banco un dispositivo USB, con el contenido de los mensajes que tras ser contrastado por el Director, traslada a la DAN, el 16 de julio se aprueba la dación en pago incondicional, firmándose la escritura el 26 de agosto, habiéndose reunido el actor con la DAN y los auditores el 23 de julio, negando los hechos, el 3 de septiembre los auditores elevan el informe a recursos humanos, consistiendo el mismo en recabar el expediente sobre dación en pago, denuncia del Director, oír a la cliente y al actor. El 19 de septiembre se inicia el expediente sancionador, el 30 se da vista a la sección sindical de UGT, comité de empresa y se recibe pliego de descargos del actor, el 3 de octubre el de UGT y el 18 de octubre 2013, recibe la cara de despido, estableciendo el art. 82, del Convenio Colectivo de la Cajas de Ahorros para los años 2003-2006, BOE núm. 64, de 15 de marzo 2004, aun vigente por mandato del art. 5, del Convenio colectivo de las Cajas de Ahorros, BOE» núm. 59, de 10 de marzo de 2009, el procedimiento sancionador, estableciendo, núm. 1, Normas generales: en orden al procedimiento sancionador se estará lo dispuesto en las normas laborales y procesales vigentes que sean de aplicación. 2. En los supuestos causantes de sanción por faltas graves y muy graves, y previamente a su imposición, las Cajas darán audiencia al interesado en un plazo de tres días, siempre que no se perjudiquen los plazos establecidos en las normas laborales y procesales vigentes que sean de aplicación y no se produzca preclusividad. 3. Delegados de Personal y miembros del Comité de Empresa: en materia de imposición de sanciones a los Delegados de personal y miembros del Comité de Empresa, se respetarán las garantías establecidas en las normas laborales y procesales vigentes que sean de aplicación, pudiendo ser el instructor del expediente persona ajena a la Caja en el art. 84, que la prescripción de faltas laborales del empleado tendrá lugar: para las faltas leves a los diez días, para las graves a los veinte días y para las muy graves a los sesenta días, a partir de la fecha en que la Institución tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido y si es así, como razona debidamente la sentencia, el 4 de julio, ya la Institución conocía los hechos, por lo que debieron iniciar al día siguiente el expediente sancionador, para que no se perjudicaran los plazos establecidos en las normas laborales y procesales vigentes que sean de aplicación y no se produjera preclusividad, por lo que el 19 de septiembre cuando se inicia el expediente sancionador, la falta se encontraba prescrita, procediendo por todo ello, la desestimación de los motivos y del recurso, debiendo ser confirmada la sentencia recurrida, condenando a la recurrente a la pérdida de todas las consignaciones y del depósito o que se mantengan los aseguramientos prestados, hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la misma se resuelva sobre su realización, art. 204.1 y 4 LRJS , condenándole en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 del referido Texto Procesal.

Vistos los artículos citado y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



Que debemos desestimar el recurso interpuesto por la representación Letrada de CAIXABANK, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8, de Sevilla, de fecha 10 de abril 2014 , recaída en los autos instados a instancia de D. Victor Manuel , en Reclamación por Despido, debiendo ser confirmada la resolución recurrida, condenando a la recurrente a la pérdida de todas las consignaciones y del depósito o que se mantengan los aseguramientos prestados, hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la misma se resuelva sobre su realización, condenándole en costas, en las que se habrá de incluir la cantidad de 600 euros en concepto de honorarios del Sr. Letrado impugnante del recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que contra la misma cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así que como transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Se advierte al recurrente que durante el plazo referido, tendrá a su disposición en la oficina judicial del Tribunal Superior de Justicia los autos para su examen, debiendo acceder a los mismos por los medios electrónicos o telemáticos, en caso de disponerse de ellos.

También se le advierte que el recurso se preparará mediante escrito dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53; el escrito de preparación deberá estar firmado por abogado, acreditando la representación de la parte de no constar previamente en las actuaciones, y expresará el propósito de la parte de formalizar el recurso, con exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos. El escrito deberá: exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos y hacer referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción, debiendo, las sentencias invocadas como doctrina de contradicción, haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso.

Se advierte nuevamente, a la empresa condenada que, de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá acreditar haber efectuado el depósito de 600 euros, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, abierta en la entidad Banco de Santander, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-66-1738-14, especificando en el campo concepto, del documento resguardo de ingreso, que se trata de un recurso.

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.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Sevilla