



Roj: **STSJ M 5523/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:5523**

Id Cendoj: **28079340022023100466**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **28/04/2023**

Nº de Recurso: **1436/2022**

Nº de Resolución: **425/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG: 28.079.00.4-2022/0071386

Procedimiento Recurso de Suplicación 1436/2022

M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 09 de Madrid Despidos / Ceses en general 633/2022

Materia: Despido

Sentencia número: 425/2023

Ilmos. Sres

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

En Madrid, a veintiocho de abril de dos mil veintitrés, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 1436/2022, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. ISMAEL OLIVER ROMERO en nombre y representación de D./Dña. Raimundo , contra la sentencia de fecha 20/09/2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 09 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 633/2022, seguidos a instancia de D./Dña. Raimundo frente a EXCMO COLEGIO OFICIAL DE GRADUADOS SOCIALES DE MADRID,



en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- D. Raimundo con DNI nº : NUM000 prestó servicios para el Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid desde el 4 de agosto de 2005, categoría profesional de Director Gerente y retribución bruta anual de (Año anterior al despido) 89.415,48 €, incluido pagas extras, pacto de permanencia, complemento de puesto, pacto de exclusividad y dietas.

Excluido el concepto Dietas, percibidas cada mes en diferentes cuantías su salario bruto anual era de 75.382,68 € (Nóminas folios 37 y 696 a 815 por reproducidos).

Se rigen las partes por el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos.

SEGUNDO.- Entre sus funciones de Director Gerente está el apoyo en la gestión de las funciones de la Presidencia y de la Junta de gobierno por un lado, y la de Jefe de Administración por otro.

Como Gerente asistía en todas sus gestiones a la Presidenta Dña. Yolanda , hasta septiembre de 2021, y a continuación a Dña. Marí Luz : Asistirla en las cuestiones que requirieran y llevanza de las relaciones institucionales del Colegio, dentro de sus actividades cotidianas como en las relaciones con el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales, así como con el resto de colegios territoriales e instituciones, administrativas y profesionales.

En su función de Jefe de Administración supervisaba el giro de la cuota colegial mensual, las devoluciones, y las altas y bajas de los colegiados, así como el pago mensual del porcentaje de las cuotas que corresponde al Consejo General de Colegios de Graduados Sociales; pagaba las nóminas de la plantilla, y gestionaba los horarios y vacaciones de los trabajadores; supervisaba y pagaba en su caso de suministros y proveedores; supervisaba la atención al colegiado y atendiendo las consultas y gestiones problemas que plantean con diversas instituciones y situaciones; supervisaba la coordinación y administración de los cursos que imparte el Colegio así como los ingresos y gastos de los mismos, la escuela de práctica jurídica y la bolsa de trabajo del Colegio. Además de lo anterior, entre otras muchas gestiones administrativas, redactaba comunicaciones a diversas instituciones, administrativas, judiciales o profesionales.

(Hecho admitido parte demandada).

TERCERO.- A su incorporación el 4 Agosto 2005, el actor suscribió contrato de relavó para sustituir al anterior Gerente (D. Luis Carlos) que reduce su salario y jornada de trabajo en un 85% para acceder a la situación de jubilación parcial.

En la misma fecha suscribe contrato indefinido a tiempo completo, pactándose una jornada de 40 horas semanales y una retribución bruta anual de 79.717,99 € (folios 687 a 693 cuyo contenido se da íntegramente por reproducido).

CUARTO.- Obran a los folios 955 a 1225 cuyo contenido se da íntegramente por reproducido Acta de la Junta de Gobierno desde el año 2004 a 18 julio 2022.

En concreto del 2005 se encuentra a los folios 984 a 1037.

Las correspondientes a mayo 2005 incluida la de 28 abril aprobada el 09.05.2005. (Folio 1005).

En ningún acta se trata el salario del actor, como que le abonaran los gastos que refiere en su demanda: Se le abonaron gastos de teléfono, transporte y comidas...gastos de Colegiación y cuotas en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Tampoco consta se acordara la aprobación en Junta de Gobierno de que las gastos institucionales, que refiere en su demanda se hicieran por transferencia a la cuenta del actor (Gerente), y él lo pagaría con su tarjeta de crédito para a continuación reintegrarse.



QUINTO.- El Colegio desde el año 2008 hasta el 2017 pasó por momentos económicos muy difíciles que se superaron gracias a la venta del inmueble de la antigua sede en calle Alcalá nº 35, y traslado a la actual en la calle Arriaza 4 Local.

Esta operación dejó saneado el Colegio con un saldo de 100.000 €.

El 08.09.2021 se celebraron elecciones a la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid, cesando en el cargo a Dña. Yolanda, siendo nombrada Presidenta Dña. Marí Luz, quien había sido Vicepresidenta.

No repiten el cargo la anterior Presidenta y el anterior Tesorero, D. Aurelio.

Se nombró Tesorero a D. Belarmino. A D. Bernardino como Vocal no ejerciente.

D. Belarmino (Anterior Vicesecretario), elige una nueva empresa de contabilidad externa y comienza a prestar servicios D. Celestino.

(Hecho admitido parte demandada).

SEXTO.- El actor reside en Palma de Mallorca (Mallorca) CALLE000, NUM001, NUM002.

Padece una enfermedad crónica, Diabetes Mellitus tipo 1 (DM1) con seguimiento médico en atención primaria en Mallorca. Debe pincharse insulina y realizar mediciones de glucemia diarias varias veces al día.

De dicha enfermedad solo era conocedora la anterior Presidenta del Colegio Dña. Yolanda.

El 27/01/2022 contrajo COVID permaneciendo confinado en su domicilio desde el 27 de enero hasta el 12 de Febrero en que regresó a su puesto de trabajo.

El 06.04.2022 ingresó en el Hospital La Paz en Madrid con una cetoasidosis diabética grave con 800 puntos de glucemia, siendo dado de alta el 11.04.2022.

El actor manifestó que no sabía precisar si se había administrado la insulina basal dicho día.

(Folios 43 a 46 cuyo contenido se da por reproducido).

El actor se reincorporó a su puesto de trabajo el 12 de Abril, descontando la entidad de la nómina los días de baja (folio 47 por reproducido).

No recibió ninguna pensión por causar baja de IT. (Interrogatorio actor).

SEPTIMO.- El 6 mayo de 2020, viernes se presentaron en el centro de trabajo la Presidenta Dña. Marí Luz y el Vocal no ejerciente de la Junta de Gobierno y Tesorero D. Bernardino, haciendo entrega al actor de dos escritos fechados el 6 de mayo 2020, del siguiente tenor literal:

"Muy Sr. Nuestro:

La Junta de Gobierno de ayer, día 5.5.22, acordó la apertura de un Expediente informativo, al objeto de conocer las causas y los motivos de determinadas actuaciones en la Tesorería del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid, en relación con determinados saldos en su cuenta con la empresa pagadora. En concreto, es necesario conocer la razón y los motivos por los cuales Vd. ha dispuesto de dinero en concepto de Anticipos a cuenta de su sueldo, la autorización de los mismos y el soporte documental.

Para ello, se ha nombrado instructor del expediente informativo a D. Bernardino, miembro de la Junta de Gobierno, quien le citará a Vd. para que comparezca ante él asistido de un Abogado o de un hombre bueno que Vd. elija, al objeto de velar por sus garantías jurídicas, en la fecha que el instructor determine.

Le comunicamos que Vd. puede recusar debida y fundadamente al instructor del Expediente en el plazo de 5 días naturales desde la recepción de este escrito.

Le comunicarnos también, que para que las relaciones laborales fluyan de la forma más natural posible, la Junta de Gobierno le exime a Vd. del trabajo en el Colegio (es decir, no comparecerá Vd. a trabajar ni realizará trabajos para el Colegio en teletrabajo, pero si percibirá el salario), desde la fecha de mañana día 7 de Mayo de 2022, hasta la conclusión del Expediente Informativo, el cual se lo comunicaremos oportunamente.

Rogamos firme el "recibí" de este escrito para dejar constancia de haberlo recibido.

Sin otro particular, atentamente".

"Muy Sr. Nuestro:

Estimado Raimundo, como sabes he sido nombrado Instructor del Expediente Informativo que se ha abierto para aclarar las cuestiones de la Tesorería en relación con una serie de pagos y transferencias en concepto de



anticipos que tú has percibido durante el año 2.022, estando también a la espera de los resultados con respecto a las revisiones que estamos haciendo de años anteriores.

A los efectos de iniciar el citado expediente, te convoco a una reunión en la cual preguntare cuestiones relacionadas con este asunto, en las instalaciones del Colegio el día 10 de mayo, martes 11 próximo a las 9.30 horas.

Te informo igualmente que dicha reunión será grabada en video y a la misma puedes comparecer asistido de tu abogado o de un hombre bueno que te represente.

A la espero de verte":

(Folios 49 y 49 por reproducidos).

En ese momento al actor le retiran las llaves de las oficinas, se activa la alarma de las instalaciones y le cancelan el acceso a su cuenta de correo electrónico.

OCTAVO.- El actor designó como hombre bueno a D. Jon , quien informado de la apertura del expediente por el actor se puso en contacto telefónico con la Presidenta. También envió un correo al instructor designado D. Bernardino , con el contenido que obrante a los folios 50 a 53 se da íntegramente por reproducido.

Pese a las deficiencias mostradas, al actor no se le hizo entrega de ninguna documentación. No se le entregó pliego de cargos; ni se nombró secretario del expediente disciplinario.

A la reunión del 11.05.2022 asisten: El actor, el Sr. Bernardino y el Sr. Jon . El Sr. Jon con su móvil grabó la conversación cuya transcripción obra a los folios 624 a 631 cuyo contenido se da íntegramente por reproducido (testifical Sr. Jon y Sr. Bernardino).

Así terminó la primera reunión del día 11.05.2022; siendo citado para el viernes 13 de mayo entre las 16:00 y 17:00.

El 12.05.2022 se confirma la reunión para el viernes 13 a las 17:00. Ese mismo día le comunica el instructor "que por razones ajenas a su voluntad no podemos reunirnos mañana y tampoco tengo fecha de posible reunión no obstante esta no creo que se retrase mucho".

Ante tal situación el actor comunicó su domicilio en Palma de Mallorca a efecto de notificaciones.

(Folio 52 por reproducido).

NOVENO.- El 25 de mayo por burofax recibe la carta de despido del siguiente tenor literal:

"Muy Sr. nuestro:

Por medio de la presente, el Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid (en adelante COGSM) le comunica que ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su contrato de trabajo, por causas disciplinarias, con efectos del día de hoy, como consecuencia de la constatación de una serie de incumplimientos que Ud. ha cometido, y que se exponen con detalle a continuación.

Tales incumplimientos constituyen causa de despido disciplinario, de acuerdo con el artículo 54.2,d) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (el "ET").

1.- ANTECEDENTES.

Tal y como le consta, Ud. ha venido desempeñando la labor de Director Gerente en el Colegio desde el comienzo de su relación laboral, siendo la persona encargada de gestionar y ejecutar los acuerdos alcanzados dentro de la Junta y ser la persona de confianza de cada una de las Juntas de Gobierno que el Colegio ha ido teniendo con el paso del tiempo.

Como consecuencia de esa confianza depositada en Ud., y el cambio de Presidencia reciente, así como las deficiencias en la Auditoría de 2.020, el Colegio ha detectado diversas irregularidades que evidencian una transgresión de la buena fe contractual y que merecen la decisión de la Junta de proceder a su despido disciplinario.

Como usted sabe, en mayo 2021, por parte de la Junta de Gobierno, se procedió a solicitar una auditoría, contable sobre el último año fiscal 2020, encargo que le correspondió a D. Rubén , de la firma FISA ETL GLOBAL Audit.

La antigua Presidenta del Colegio, Doña Yolanda y usted mismo, como consecuencia del conocimiento de la funcionalidad del Colegio, se encargaron de colaborar con el auditor, así como a facilitarle toda la documentación que precisara.



Pues bien, la indebida atención y la falta de interés a la auditoría, conformaron a la postre una dilatación de la misma, que se procedió por parte del auditor a pedir explicaciones, de una u otra forma, debido a la falta de entrega de diversos documentos justificativos de gastos, que él venía reiteradamente solicitando, especialmente a usted como responsable del área económica del Colegio.

En efecto, a través de correo electrónico, D. Rubén le solicitó a usted expresamente diversa documentación con fecha 15 de abril de 2021 así como también existe otro correo con fecha 17 de noviembre de 2021, de los cuales usted no dio contestación al auditor como tampoco informó a los componentes de la Junta de Gobierno del Colegio, órgano rector y representante del colegio y su superior.

En el mismo orden de cosas, también hemos tenido conocimiento de que por parte de D. Rubén, en fecha 16 de noviembre de 2021 entre otras cosas, le solicita a usted, documentación referente a:

- * Presupuesto 2020 y cálculo de las cuotas a girar mensuales.
- * Actas de la Asamblea y del Consejo Directivo de los dos últimos años.
- * Balance de sumas y saldos de 2016, 2018 y 2019, antes de cierre contable.
- * Memorias de los ejercicios 2017, 2011, 2019 y 2020.
- *

En la misma línea, el auditor iba pidiendo documentación en materia de inmovilizado, existencias, anticipo de proveedores, clientes, deudores, tesorería, acreedores, impuestos, fianzas a corto plazo, personal.

La documentación solicitada el 16 de noviembre de 2021, le fue otra vez requerida en fecha 3 de diciembre de 2021.

En correo electrónico de fecha 17 de noviembre de 2021, a las 19:44, D. Rubén le indica que, sobre la reunión del día de ayer, no comentó sobre la falta de respuesta del abogado, asesor fiscal y seguros, cuestiones, entre otras, que era usted el que hubiera tenido que proceder de forma rauda para obtener esta documentación.

Con fecha 15 de febrero 2022, usted recibe dos correos del auditor, el primero presentándole un borrador de auditoría, el segundo, como consecuencia de un número superior de horas de trabajo realizado por su despacho, acompañando una factura para paliar los costes añadidos por las tardanzas habidas y en ninguno de los casos, usted informó a la Junta de Gobierno de todos los extremos aquí señalados, generando un problema evidente para el Colegio.

Esta circunstancia nos hizo sospechar acerca del por qué de tan escaso interés en que el auditor acabase ese proceso de auditoría, siendo que nos hemos encontrado con una desagradable sorpresa, puesta en conocimiento de esta Junta el día 29 de abril de 2022 por parte de D. Belarmino, Tesorero de la Junta, cual es el descuadre en las transferencias efectuadas a su cuenta bancaria y, por ende, la presunta apropiación indebida de una cantidad importante de dinero desde agosto de 2021 a la fecha, tal como le relataremos posteriormente, por un importe de 40.445,65 € en tan escaso periodo de tiempo.

2.- INCUMPLIMIENTOS QUE SE LE IMPUTAN.- PRESUNTA APROPIACION INDEBIDA POR TRANSFERENCIAS INJUSTIFICADAS A SU CUENTA BANCARIA.

En efecto, revisando la cuenta bancaria del Colegio, concretamente la que tiene abierta en la entidad BANCO SABADELL, oficina de la calle Miguel Ángel, 23 de Madrid, c.c.c. ES92 0081 0569 8700 0100 2701 hemos podido comprobar como Ud. se ha apropiado presuntamente de un total de 40.445,65€ desde agosto de 2021, realizándose diversas transferencias todos los meses, por importes muy superiores a la nómina normal del mes, sin que la cantidad transferida, se haya detrído, de su nómina como ANTICIPOS, pues la misma era cobrada la mayor parte de los meses en su integridad.

Se le adjunta un listado de fechas y transferencias efectuadas a sus cuentas bancarias, así como el concepto que hace figurar para constatar esa realidad:

De la información que se le anexa, se desprende que hasta el mes de julio de 2021 Ud. se hacía adelantos o transferencias bancarias de su nómina mensual, pero su nómina quedaba cuadrada con el neto que debía percibir, por lo que si bien dicha conducta no es todo lo regular que fijan las normas, tampoco a ese respecto podemos reprocharle laboralmente nada, porque cobraba lo que debía cobrar, pero esta situación cambia a partir del mes de agosto de 2021, momento en el cual comienzan a producirse transferencias a su cuenta bancaria por importes muy superiores a la nómina mensual, llegando a acumular una deuda por importe de 40.445,65€ en tan escaso tiempo, siendo especialmente grave a partir de 2022, cuando la diferencia entre lo que debía percibir y lo percibido asciende a 26.610,32€, esto es, más del doble de lo que debía percibir.



Así mismo, es importante reseñar que únicamente ha podido ser Ud. la persona que realiza esas transferencias, no solo porque es la persona encargada de realizarlas habitualmente durante todos estos años, o al menos desde que en octubre 21 se nombró a la nueva Junta directiva liderada por D. Marí Luz sino porque el Banco nos ha certificado que todas las transferencias requieren de un proceso de autenticación a través de SMS de tal forma que cada vez que se hace una transferencia se envía un SMS a un móvil para introducir la clave proporcionada, siendo que el Banco nos ha certificado que el número de teléfono que figura en su aplicativo es el teléfono suyo (NUM003), es decir, que independiente de la habitualidad de efectuar usted las transferencias, en este caso, existe una conformidad por su parte, introduciendo la clave específica del banco, que solo se le remite a usted para su ratificación y envío de la transferencia.

De la misma forma, no consta autorización por parte ni del Tesorero Sr. D. Belarmino ni tampoco por ningún miembro de la actual Junta directiva de poder efectuarse transferencias en concepto de "anticipo de nóminas" o de ingresarse cantidades superiores a las que figuran en nómina, y menos de esa cuantía.

A mayor abundamiento, tampoco dio orden a la persona responsable de realizar las nóminas, de descontar de la misma las cuantías arriba indicadas, siendo que, como decimos, la deuda a día de hoy asciende a más de 40.445,65 €.

Es decir, que aprovechándose de la confianza depositada en Ud., ha quebrado la misma apropiándose de una cantidad importante de dinero, sin que haya tenido la intención de devolver la misma hasta que el pasado día 11.05.2022 se le apertura un expediente informativo para averiguar lo sucedido.

De hecho, consta que Ud. ha reconocido la existencia de esas diferencias a su favor, expresando a la Junta la forma de proceder al reconocimiento de la misma y formas de devolución, la cual nunca antes de la apertura de aquel expediente dio conocimiento a nadie de la Junta, lo que agrava más aun la mala fe en su forma de actuar.

3.- CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS QUE SE LE IMPUTAN

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se concluye que los hechos evidencian una transgresión de la buena fe contractual que se le imputa, y que no responde a un hecho aislado sino, muy al contrario, a una reiteración de hechos prolongados en el tiempo, de cuya realización reiterada en el tiempo, hace que se haya quebrantado la total confianza depositada en usted, y que la Junta a la vista de los hechos reseñados, (sobrecoste de Auditoría, por dilación indebida, y especialmente las transferencias realizadas a su propia cuenta por cantidades muy por encima de su salario, sin conocimiento, autorización e información a la Junta de gobierno), hacen que exista un evidente quebranto de la buena fe contractual, y que independientemente del intento "tardío" de reconocimiento y reparación del daño causado, la Junta de Gobierno haya tomado la decisión de proceder con su inmediato despido por causas disciplinarias.

La indicada conducta es constitutiva de un incumplimiento grave y culpable por su parte de las obligaciones que, presididas siempre por la buena fe, tiene para con este COGSM, de acuerdo con lo que prevé el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores de 23 de octubre de 2015 así como del art. 48.3) y 4) del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la CAM (BOCAM 26.10.2019 N° 255), siendo que la calificación de la falta será de MUY GRAVE.

Dispone el convenio colectivo que:

Art.48.- FALTAS MUY GRAVES. Se considerarán faltas muy graves:

3. El fraude, la deslealtad y el abuso de confianza en las gestiones encomendadas.

4.

5. El hurto y el robo, tanto a los demás trabajadores/as como a la empresa o a cualquier persona dentro de los locales de la Empresa o fuera de la misma, durante acto de servicio. Quedan incluidos en este apartado, el falsear datos, si tienen como finalidad maliciosa el conseguir algún beneficio.

Y la consecuencia según el art. 49.3) del convenio aplicable a los hechos reseñados,

son:

C).- Faltas muy graves:

a) Suspensión de empleo y sueldo de once días a dos meses.

e) Despido.

4.- CONCLUSIÓN



Teniendo en cuenta todo cuanto ha quedado expuesto, se le comunica que la Junta de Gobierno del COGSM ha decidido poner fin a su relación contractual, con efectos del día de hoy por motivos disciplinarios, en base a los hechos relatados y proceder al cierre del expediente aperturado para la averiguación de los hechos.

La gravedad de los hechos, exigible para justificar la sanción más grave posible, deriva no sólo de la cuantía de lo ilícitamente apropiado sin autorización ninguna, sino también del procedimiento utilizado, la ocultación de los mismos, hechos al alcance exclusivamente suyo, única persona a cargo de la caja y bancos, y de la contabilidad del Centro.

El incumplimiento, la ruptura de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, son aún más graves cuando se realizan en el ejercicio de un cargo de tanta confianza como el suyo, con acceso a las cuentas bancarias del Colegio, puesto de trabajo en el que se sitúa a persona en la que confía especialmente la administración del COGSM, para custodiar y controlar los bienes que permiten el funcionamiento de la entidad, cuyo objeto es además en este caso, de carácter colegial, ajeno al ánimo de lucro que caracteriza al Colegio Ofician de Graduados Sociales de Madrid.

Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad - dice la STS de 19.7.2010, rcud. 2643/09 - han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en el COGSM, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas.

Ni que decir tiene que hemos dado orden a los abogados a fin de que procedan a analizar y, si procede, interponer las correspondientes acciones legales, más allá del ámbito laboral, dado que el Colegio es una Corporación pública, a fin de ver resarcidos los derechos de este Colegio y su colectivo, que se ha visto privado de unas cantidades económicas, que van en claro perjuicio de sus colegiados y de su imagen, que supone, a juicio de esta parte, una actuación claramente ilícita.

Únicamente indicarle que aunque la ley y el convenio, NO exigen un procedimiento regulado para la toma de decisiones disciplinarias, hemos entendido que para mayor garantía de usted, proceder a la apertura de expediente, el contrastar los hechos con la entidad bancaria y el tomar declaración, a las personas que el instructor ha entendido que pudieran arrojar luz sobre los "supuestos hechos", que luego se han corroborado.

Le recordamos que Ud. deberá devolver al COGSM en esta misma fecha, todos los bienes propiedad de la misma que puedan estar en su poder o bajo su control, tanto documental como digitales, incluyendo entre otros, cualquier documento, expediente u otra información, independientemente del soporte utilizado para guardarla (tanto si están en soporte escrito o en cintas, discos, grabaciones y/o cualquier otro formato electrónico, incluidas igualmente las copias), tarjetas de acceso a la oficina, así como cualesquiera otros propiedad del Colegio que se encuentren en su poder a día de hoy como consecuencia de la prestación de sus servicios laborales para el mismo.

Dado que NO consta a este COGSM, que esté usted afiliado a un sindicato, para el caso de estarlo le ruego nos lo informe, con el fin de dar traslado al mismo, de copia de la presente resolución.

Créame que lamentamos profundamente el tomar esta decisión, aunque lamentamos mucho más, que a pesar del tiempo de prestación de servicios para este COGSM, la total y absoluta confianza que teníamos depositada en usted y en sus servicios, esta se haya visto quebrantada por su actuación, que desde luego ha sido comprobada de forma fehaciente y documental, antes de proceder a la comunicación de la presente.

En fechas próximas tendrá a su disposición los documentos para su inscripción en el SEPE, y respecto a su liquidación, se le enviará un AVANCE, pero la misma quedará retenida en su cuantía a la espera de la total y absoluta cualificación del dado y perjuicio causado, descontándose la misma de la reclamación que se le efectúe a usted.

Atentamente".

(Folios 55 a 62 por reproducidos).

DECIMO.- El actor tiene abierta en la entidad Banco Sabadell c/Miguel Ángel, 23 de Madrid C.C.C NUM004 habiéndose realizado en las fechas las transferencias por las cuantía y conceptos que refiere la carta de despido.

Todas las transferencias requieren de un proceso de autenticación a través del SMS, de forma que cada vez que se hace una transferencia se envía un SMS a un móvil para introducir la clave, siendo el número de teléfono en que figura la misa el del actor (NUM003).

(Interrogatorio parte actora).

No consta autorización por parte del Tesorero D. Belarmino , ni de la Junta de Gobierno de poder efectuarse el actor transferencias en concepto de anticipo de nómina.



DECIMOPRIMERO.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año cargo de representante de personal ni sindical alguno.

DECIMOSEGUNDO.- El 05.07.2022 presentó el actor ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la denuncia que obrante a los folios 64 a 66 se da íntegramente por reproducida.

DECIMOTERCERO.- El 18.05.2022 presentó ante el SMAC la papeleta de conciliación contra el Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid, en reclamación de cantidad de 1.335,82 € como diferencia de los años 2021 y 2022 entre las cantidades ingresadas (24.040,08 €) y el total de gastos adeudados (25.375,90 €).

(Folios 67 a 69 por reproducidos).

DECIMOCUARTO.- El 09.06.2022 el demandante presentó ante el SMAC papeleta de conciliación por despido y cantidad, celebrándose en fecha 05.07.2022 el acto administrativo sin avenencia.

DECIMOQUINTO.- En el acto del juicio desistió el actor de la reclamación por Finiquito.

Fijó la indemnización adicional por daños y perjuicios en la cantidad de 7.501 €.

Al acto del juicio compareció el Ministerio Fiscal codemandado."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que DESESTIMANDO la demanda formulada por DON Raimundo frente al COLEGIO OFICIAL DE GRADUADOS SOCIALES DE MADRID y el MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro PROCEDENTE el despido efectuado el 25.05.2022, convalidando la extinción del contrato de trabajo producido, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. Raimundo, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 12/04/2023 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.- El primer motivo de recurso se ampara en la letra a del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social. Dado que no se centra el motivo en una concreta denuncia de precepto infringido, salvo la cita que se hace al artículo 24 de la Constitución, totalmente genérica, la Sala, a partir de la lectura del motivo, deduce que la cuestión se centra en la falta de práctica de una prueba que la parte califica como "documental" y que consistiría en requerir a la demandada "que habilite de nuevo las claves de acceso de la cuenta del trabajador DIRECCION000, a fin de poder obtener los necesarios documentos, pruebas y soportes que requieran la defensa del trabajador" y además ordenar a la demandada que se abstenga de acceder, modificar, alterar o borrar elementos de dicha cuenta y por todo ello, aparte de las citadas claves, se pide una "copia del registro tanto del ordenador como de servidor correspondiente de los accesos a la cuenta de correo electrónico profesional de D. Raimundo desde el día 6 de mayo de 2022 a las 14:00 hasta la fecha en que reciban el requerimiento del Juzgado". Esa solicitud aparece efectivamente en otrosí de la demanda, donde se pide como prueba en el punto a interrogatorio de la demandada, en el punto c más testifical, en el punto d la documental referida y en el punto e más documental.

El Juzgado de lo Social dicta auto el 19 de julio de 2022 en relación con la prueba solicitada y en su parte dispositiva dice:

"Acuerdo admitir la prueba solicitada y a tal efecto: Respecto a la PRUEBA DE INTERROGATORIO DE LA ENTIDAD DEMANDADA interesada en el escrito de demanda, requiérase a la representante legal de la misma, en la persona de su presidenta, Dña. Marí Luz, para que comparezca el día de la vista oral. A tal fin, se hace saber que el interrogatorio habrá de responderse por su representante en juicio siempre y cuando hubiera intervenido en los hechos controvertidos. En caso contrario, tal circunstancia habrá de alegarse con suficiente antelación al acto del juicio, identificando a la persona que intervino en nombre de la entidad, para su citación a juicio. Si tal persona no formarse parte ya de la entidad, podrá solicitarse que se le cite en calidad de testigo. Aperciéndose que, en caso de no cumplir lo anteriormente señalado o no identificar a la persona



interviniente en los hechos, ello podrá considerarse como respuesta evasiva y tenerse por ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, y todo ello bajo el apercibimiento de que caso de no comparecer podrán considerarse reconocidos como ciertos, en la sentencia los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte. Citar a los testigos propuestos por dicha parte, Dña. Yolanda , D. Jon , D. Bernardino , Sr. TESORERO DEL ILUSTRE COLEGIO DE GRADUADOS SOCIALES DE MADRID Para que comparezcan al acto del juicio señalado para el 13/09/2022 a las 09:15, advirtiéndoles que tienen el deber de comparecer y que la infracción injustificada de dicho deber será sancionada con arreglo a lo establecido en el art. 292.1 de la LEC. En relación a la PRUEBA DOCUMENTAL, queda requerida la parte demandada con la notificación de la presente resolución a fin de que aporte al acto de juicio la prueba solicitada en los términos interesados en el escrito de demanda, que se tienen íntegramente por reproducidos. Respecto a la PRUEBA MÁS DOCUMENTAL y MAS TESTIFICAL, se tienen por hechas las manifestaciones y se acordará lo procedente en el momento procesal oportuno".

Por tanto lo dispuesto en dicho auto es que la parte demandada debía aportar en el acto del juicio la prueba documental referida, que queda concretada por remisión a dicho escrito en las claves de acceso a la cuenta de correo electrónico y por otra parte en "copia del registro tanto del ordenador como de servidor correspondiente de los accesos a la cuenta de correo electrónico profesional de D. Raimundo desde el día 6 de mayo de 2022 a las 14:00 hasta la fecha en que reciban el requerimiento del Juzgado".

En esos términos la Sala no acierta a comprender qué clase de prueba se iba a practicar en el acto del juicio. De hecho lo que el recurrente denomina prueba documental no es tal, porque lo que se pide en el escrito de petición de prueba no es ningún tipo de documento, sino que se proporcionara a la parte demandante las claves para acceder al citado correo electrónico y al mismo tiempo se prohibiera a la demandada la alteración de los archivos de dicho correo electrónico, si bien después se añade a la petición lo que llama "copia del registro tanto del ordenador como de servidor correspondiente de los accesos a la cuenta de correo electrónico profesional... desde el día 6 de mayo de 2022 hasta la fecha en que reciban el requerimiento del Juzgado". La mención que se hace es ciertamente críptica, porque no es muy claro a qué pueda referirse lo que llama "copia del registro", pero por el contexto cabe suponer que lo que se pide es que se produzca un archivo con el listado de accesos a esa cuenta de correo electrónico entre las fechas indicadas a efectos de determinar si el contenido de la misma había sido alterado entre ambas.

La Sala no acierta a comprender cómo el Juzgado pudo admitir la prueba propuesta en esos términos para su práctica en el acto del juicio, pero lo que es claro es que de haberse practicado en dicho acto y según lo solicitado y acordado lo que hubiera resultado es que en el acto del juicio se le hubiera proporcionado a la parte demandante las claves referidas y también el listado de accesos a la cuenta de correo electrónico indicada, lo que en ese momento no hubiera tenido ninguna utilidad. La lógica de la petición era que la parte demandante hubiera tenido acceso a la cuenta de correo electrónico con antelación suficiente al acto del juicio para entrar en los archivos de los correos electrónicos con sus adjuntos obrantes en dicha cuenta y haber podido obtener las pruebas documentales (documentos electrónicos allí obrantes) que hubiera estimado necesarias para su presentación en dicho acto del juicio. El problema es que de lo que se trataba entonces era de la petición de una diligencia preliminar de los artículos 76 y 77 de la Ley de la Jurisdicción Social y 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual se formuló erróneamente por la parte actora como petición de prueba para el acto del juicio, produciendo con ello su inanidad, de manera que aunque en el acto del juicio, tal y como fue admitido, se hubieran presentado por la parte demandada los llamados "documentos" pedidos (las claves de acceso a las cuentas y el log de accesos a las mismas en las fechas indicadas) ello hubiera carecido de toda utilidad ya en ese momento.

Por otra parte hay que recordar que el órgano judicial no comete ninguna infracción procesal si, habiendo requerido a una parte la aportación de unos documentos en su poder, es esa parte la que no los presenta, porque la conducta en tal caso es imputable a la parte y no al órgano judicial, de manera que lo que cabe es que el órgano judicial, en su caso y según su soberana competencia para la valoración de la prueba, aplique en su sentencia y a la hora de fijar los hechos declarados probados, la denominada "ficta documentatio", conforme al artículo 94.2 de la Ley de la Jurisdicción Social. Por tanto de la falta de presentación en el acto del juicio de las claves de acceso a la cuenta de correo electrónico y del log de accesos a la misma en el periodo solicitado no resulta ninguna infracción procesal imputable al órgano judicial que pueda justificar la declaración de nulidad de actuaciones pedida. Por otra parte cabe añadir que, como ya hemos dicho, incluso si se hubieran presentado en el acto del juicio su utilidad hubiera sido nula y por sí mismas no serían aptas para acreditar ninguno de los hechos controvertidos, porque son solamente medios para poder obtener quizá documentos probatorios que habrían de haber sido presentados en el acto del juicio, pero no pruebas directas de ningún hecho.



Finalmente hay que decir que el recurrente no formuló protesta en el acto del juicio, ni manifiesta en su recurso haberlo hecho, puesto que solamente dice que admitió la remisión realizada por el órgano judicial a la práctica de unas eventuales diligencias finales que finalmente no se acordaron, sin que la decisión del órgano judicial de no practicar diligencias finales sea causa de nulidad, puesto que forma parte de las competencias soberanas y no revisables del tribunal de instancia, de manera que si la parte considera que la prueba que ha solicitado debe practicarse en el acto del juicio debe pedirla expresamente y formular protesta frente a la negativa a su práctica. La falta de protestas impide invocar posteriormente la situación como motivo de nulidad en vía de recurso, por lo que si la parte admite dejar a la decisión discrecional del tribunal la práctica de dicha prueba como diligencia final lo que está haciendo es permitir a éste que valore su necesidad y pertinencia libremente y después no puede pedir la nulidad si el resultado no es conforme a lo que hubiera deseado.

La misma falta de protesta afecta a la incidencia sobre la práctica de la testifical del Sr. Bernardino en el acto del juicio, dejando aparte que el recurrente no invoca ningún precepto procesal que pueda considerarse infringido para amparar este párrafo que se inserta de forma asistemática en el mismo motivo de la letra a.

El motivo es desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo de recurso se ampara en la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y pretende revisar los hechos probados de la sentencia de instancia.

Como apreciaciones previas hemos de recordar algunos principios básicos aplicables a los motivos de revisión de hechos probados en un recurso de suplicación:

a) Deben ser relevantes para el fallo, esto es, deben estar vinculados a un motivo de la letra c (o en algunos casos de la letra a), de manera que la estimación de la revisión sea útil para la posterior argumentación de ese otro motivo. Y esto es especialmente relevante en este caso porque, como señala acertadamente el escrito de impugnación del recurso, en el tercer motivo de recurso, amparado en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, no hay ninguno que se fundamente en la inexistencia de los hechos sancionables imputados, de manera que todos los motivos de revisión fáctica en que se pretende revisar las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida al respecto devienen irrelevantes;

b) Deben estar fundamentados en prueba documental o pericial, debiendo recordarse que conforme a la vigente doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias de 16 de junio de 2011, RCU 3983/2010 ó 26 de noviembre de 2012, RCU 786/2012, el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil diferencia dentro los medios de prueba de que se puede hacer uso en juicio, diferenciando en su primer apartado al interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos, y en el apartado segundo dispone que también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, por lo que ha procedido, a diferencia de lo que sucedía en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, a dar un tratamiento autónomo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, diferenciándolos de la prueba documental, de manera que solamente ésta y la pericial pueden fundar un motivo de revisión de hechos probados en un recurso de suplicación. La grabación de imágenes y/o sonidos no es prueba documental a efectos revisorios.

c) El documento o pericia que deben invocarse expresamente para fundar la revisión de hechos probados en el motivo de recurso deben ser concretos e identificados en los autos, no contradichos con otras pruebas no valorables y deben acreditar sin necesidad de especulaciones e hipótesis un error en la valoración de la prueba y la fijación de los hechos.

En primer lugar se quiere revisar el ordinal primero para modificar el salario declarado probado. Es decir se trata de determinar si el salario ha de computarse con o sin las dietas que se le venían abonando. La sentencia de instancia dice: "Del Hecho Probado Primero tan solo se discute el salario bruto anual que debe regir a efectos del despido; sí del mismo debe formar parte las Dietas como postula el actor, o deben ser excluidas como opone el Colegio; siendo por lo demás pacíficos los importes que se fijan en cada supuesto. Pues bien las dietas por obedecer a gastos tienen naturaleza extrasalarial y no deben formar parte del salario a efectos del despido; ello se entiende ex art 26.2 ET; justificado por las nóminas donde constan diferentes cantidades cada mes. Alega el actor que el salario bruto anual y la distribución de conceptos fue realizado por la Secretaria y aprobado en Junta de Gobierno. Corroborada esta afirmación la testigo Dña. Yolanda (Anterior Presidenta). Sin embargo en ninguna de las Actas de Junta de gobierno, aportadas por la parte demandada y expresamente reconocidas por la actora, ni se recoge ni se trata nada al respecto. Es por ello que siendo un concepto extrasalarial al obedecer su abono al gasto que representan, no deben formar parte del salario a efectos del despido; y por ello el que debe regir es el que se fija de 75.382,68 € por ser el que venía percibiendo a fecha del despido". El problema por tanto no es determinar que perciba dietas y en qué cuantía, sino si las mismas obedecen a una compensación real de desplazamientos por razón del trabajo. En ese sentido la única prueba invocada es testifical de la anterior presidenta del colegio, recogida también en unas manifestaciones de ésta



en un correo electrónico de mayo de 2022 a la actual presidenta. Por tanto se trata de una prueba indirecta basada en manifestaciones de una concreta persona, cuya credibilidad ha sido ya valorada por la sentencia de instancia ejerciendo las facultades soberanas para la valoración de dicha prueba y no puede ser revisada por la Sala. El resto de lo que se manifiesta son argumentos especulativos en favor de una determinada interpretación de dicha testifical.

Después se quiere revisar el ordinal tercero con el mismo objeto, si bien en relación con otro punto de los hechos probados donde se reitera, por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

Después se pretende revisar el ordinal cuarto mediante una análisis detallado de las actas de la Junta de Gobierno del Colegio de Graduados Sociales de Madrid, todo ello en relación con lo que son los motivos de despido del recurrente, en concreto sobre la justificación que este sostiene de las transferencias realizadas a su cuenta corriente personal, pero como hemos dicho en el punto a con el que hemos encabezado este fundamento jurídico todo ello resulta irrelevante desde el momento en que no hay motivos de fondo jurídico amparados en la letra c en que se cuestione dicho fondo jurídico. Además se invocan pruebas de diversa índole, incluidas testificales y dada la extensión y el análisis que se hace nos encontramos con un motivo especulativo, que no acredita error en la valoración de la prueba, sino que pretende hacer una valoración global de numerosas pruebas alternativa a la realizada por la iudex a quo.

Todo lo anterior ha de reiterarse en relación con la modificación pretendida del ordinal quinto de los hechos probados.

En relación con la modificación del ordinal sexto lo relevante es adicionar el conocimiento de su situación médica por la nueva presidenta del colegio y después "por todo el Colegio". Esta última parte no tiene asiento en los documentos invocados, máxime teniendo en cuenta la redacción ("todo el Colegio") y su generalidad. En cuanto al conocimiento de la situación por la nueva presidenta el recurrente invoca "los partes de baja que constan en los autos, y en especial la del 06/04/2022 en la que Doña Marí Luz recibe la baja y solicita a Don Celestino que teletrabaje antes de recibir el alta", todo ello sin indicar la posición en los autos, que constan de varios cientos de folios, del documento al que se refiere, por lo que el motivo es desestimado.

En cuanto a la revisión del ordinal octavo, la redacción de este punto hace un análisis de multitud de pruebas recorriendo los acontecimientos sobre el inicio del expediente si sujetarse a los hechos probados y ni siquiera a la redacción que él mismo pretende darles. Modificar la redacción para decir que el Sr. Bernardino era en ese momento vocal no ejerciente del Colegio no parece prima facie que tenga ninguna relevancia, ni tiene relación con ninguna argumentación que se pueda hacer después en los motivos de la letra c. En cuanto al párrafo que se pretende adicionar y que dice que "esta vulneración del derecho a la defensa del actor, se vio agravado por la circunstancia evidente de que al expulsarle de su despacho, de la sede del Colegio y prohibirle el acceso al mismo el viernes 6 de mayo de 2022, el lunes 9 de mayo siguiente no pudo mantener la reunión concertada con el contable externo del Colegio, el sr. Celestino, a fin de contabilizar el segundo bloque de facturas, gastos y suplidos para lo que se habían citado, tal y como se reconoce en el interrogatorio del contable. 03.14.15." es igualmente irrelevante, porque aparte de los elementos valorativos que no pueden aceptarse como parte de los hechos probados ("esta vulneración del derecho a la defensa del actor, se vio agravada...") aunque se admitiera el resto de ello no se extraería ninguna conclusión en orden a los motivos que después han de analizarse. El hecho de que el recurrente no pudiera reunirse con el contable para cotejar documentos es algo que ni siquiera aparece como ilícito, puesto que incluso si el Colegio hubiera prohibido expresamente al contable compartir documentos y reunirse con el trabajador de ello no resulta prima facie ninguna ilegalidad, ni se invoca que infrinja ningún derecho concreto del trabajador. El recurrente parte de la hipótesis de que ante un despido el trabajador tiene, como parte de su derecho a la defensa, el derecho a examinar los documentos de la empresa y entrevistarse con trabajadores o responsables de la misma, pero esa hipótesis carece de soporte normativo, salvo en lo que se refiere al derecho a la exhibición de documentos en el juicio, que debiera haberse instrumentado correctamente y no se hizo, como se indica en el primer fundamento de Derecho anterior.

La revisión del ordinal octavo debe rechazarse porque se fundamenta en prueba testifical y en prueba de grabación de sonido. Por otra parte el texto propuesto incorpora valoraciones impropias de los hechos probados, que además no guardan relación con ningún motivo de la letra c que después se esgrima e incluso lo esencial de la argumentación que se hace no tiene relación con el propio texto que se propone.

La supresión del ordinal noveno, donde se transcribe la carta de despido, ha de ser rechazada porque la carta existe y tiene dicho contenido. Decir que "induce a tomar como hecho probado el propio contenido de la comunicación" supone presumir que esta Sala no va a saber discriminar tal circunstancia, lo que no es el caso. Todo el resto de razonamientos de este punto ninguna relación guardan con la pretensión de supresión del texto de la carta.



En cuanto a la revisión del ordinal décimo, lo que se pretende es hacer un exhaustivo análisis de las transferencias realizadas desde la cuenta del colegio hasta la propia para justificar cada una de ellas en base a un análisis exhaustivo de la prueba practicada con numerosos elementos especulativos y que excede del contenido propio de un motivo de revisión de hechos probados en suplicación, valorando incluso prueba testifical que le resulta desfavorable ("la anterior Presidenta, así como quien autorizó los anticipos de nómina solicitados por Raimundo, ahora en sede judicial, niega haber autorizado nada a sabiendas de la indefensión de Don Raimundo, pues es conocedora de que la única autorización con la que Raimundo contaba era su consentimiento y autorización verbal") e invocando para ello criterios e instituciones que no forman parte del acervo probatorio ("se acredita a través de los actos propios y el conocimiento y consentimiento prolongado en el tiempo pues desde el año 2021 dado que la Presidenta ha tenido acceso a la documentación bancaria y contable, bien a través sus propios medios, bien a través del contable y del Tesorero, Don Belarmino, que claramente pone de manifiesto que era conocedora y consentidora de la operativa y por ello dimitió el 5 de mayo de 2022"). Y finalmente volvemos a recordar que el motivo resulta irrelevante, porque no guarda relación con ninguno de los motivos de la letra c, ya que en estos no se discute la justificación fáctica del despido, sino solamente aspectos procedimentales.

TERCERO.- El tercer motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia sucesivamente varias vulneraciones normativas:

A) "Infracción de los artículos 218 LEC y 97 LRJS, en cuanto a la falta de motivación de la resolución recurrida y 217 y 105 LRJS en cuanto a la carga de probar". Lo que dice aquí el recurrente es que "el juzgador de instancia hace, en el Fundamento de Derecho PRIMERO, una valoración conjunta de toda la prueba practicada en el juicio que, como se deduce de todos los hechos probados y cuya modificación se solicita en el Motivo Segundo, no es conforme con lo efectivamente acreditado en autos", cuestionando así la valoración de la prueba practicada por una vía procesal espúrea, ya que la vía limitada para ello en un recurso extraordinario coo es el de suplicación es la prevista en la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social.

B) En el segundo punto no se alega ningún precepto ni doctrina jurisprudencial que se consideren infringidos, haciéndose solamente algunos comentarios sobre la posición en la vista del Ministerio Fiscal, de manera que el contenido de este punto carece de los elementos básicos para ser analizado como un motivo de la letra c.

C) "Infracción de los artículos 55.1 ET y 108 LJS en relación con el artículo 24 CE y artículo 4 Convenio nº 158 OIT". Lo que se discute aquí es un problema del procedimiento seguido por la empresa para practicar el despido, diciéndose que no se ha cumplido con la obligación de tramitar un expediente sancionador por haberse inobservado "todos los elementos indispensables del mismo".

El artículo 24 de la Constitución no puede entenderse vulnerado, puesto que no estamos ante un procedimiento judicial o sancionador público, sino ante un procedimiento en el ámbito de una relación puramente privada, como es la resultante del contrato de trabajo. La tutela judicial de los derechos de la parte queda garantizada por cuanto se exige que la empresa que resuelve unilateralmente el contrato concrete por escrito los hechos precisos que justifican su decisión y a partir de ese punto el trabajador tiene derecho a una plena revisión judicial de la legalidad de tal decisión en el marco del proceso. Por tanto cuando se alega lo relativo al necesario expediente previo estamos ante un problema de exclusiva legalidad ordinaria relativa a los procedimientos internos de la empresa y dentro de una relación jurídico-privada para dar por resuelta la misma.

El artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores solamente exige la tramitación previa al despido de un expediente contradictorio "cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical", si bien el convenio colectivo aplicable puede añadir exigencias formales más allá de la carta escrita de despido, que pueden incluir la tramitación de un expediente de esta índole. Por otra parte el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores dice que "si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato". El artículo 108 no añade ninguna exigencia formal, sino que solamente prevé la declaración de improcedencia por incumplimiento de los requisitos de forma. Pues bien, en este caso ni el trabajador era representante de los trabajadores ni delegado sindical, ni consta su afiliación a un sindicato, ni se invoca norma alguna del convenio colectivo aplicable que exija el expediente contradictorio.

La exigencia de un expediente contradictorio solamente puede derivar de la aplicación del artículo 7 (no el 4, como se cita erróneamente por el recurrente) del convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (BOE 29 de junio de 1985) que dice: "No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad".



La Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, dispone en su artículo 28 ("eficacia") que "las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional" y que "los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente producirán efectos en España desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor". Este precepto viene a reproducir una norma de rango constitucional, el artículo 96.1 de la Constitución, que dice que "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno" y que "sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional", en sintonía con lo que ya decía el artículo 1.5 del Código Civil: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el "Boletín Oficial del Estado"". En lógica consecuencia del artículo 96.1 de la Constitución, el artículo 31 de la Ley 25/2014 ("prevalencia") dice que "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional".

Por consiguiente, dado que el convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo está publicado en el BOE de 29 de junio de 1985, su artículo 7 prevalece sobre el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto éste pueda interpretarse que en sentido contrario al mismo.

Es cierto que la doctrina antigua de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (sentencias de 8 de marzo de 1988 ó 31 de enero de 1990) excluyó la aplicación del citado artículo 7 porque dijo que las normas del convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo no son de directa aplicación en España al precisar su efectividad de un desarrollo normativo interno, pero esta aseveración pugna directamente con lo dispuesto hoy por la posterior Ley 25/2014 citada, en cuanto suponen negar la aplicación del principio de prevalencia de su artículo 31, que es lógica consecuencia de lo dispuesto en su artículo 28.

La discusión en el ámbito internacional sobre si los tratados internacionales deben ser considerados directamente como normas jurídicas sin necesidad de ser incorporadas mediante la legislación interna ha girado en torno a varios criterios, pero en definitiva permite distinguir entre dos tipos de Estados: aquellos que mantienen la necesidad de incorporación en el Derecho interno y por tanto consideran que los tratados internacionales forman parte de un orden jurídico diferente y separado del que son solamente sujetos los Estados, que podrán devenir responsables en el ámbito internacional si incumplen sus compromisos pero que mantienen una rígida soberanía sobre su legislación interna y aquellos otros que han aceptado con mayor naturalidad su integración plena en la sociedad internacional y por tanto han roto con ese dualismo rígido de ordenamientos. Así cuando un tratado expresamente no exige la intervención legislativa ulterior del Estado, sino que incorpora directamente normas dirigidas a regular la materia que su objeto, esos segundos Estados disponen que pasen directamente a formar parte de su ordenamiento jurídico, siendo aplicables por los tribunales, con dos condiciones importantes: que no vulneren su ordenamiento constitucional y que se cumpla con el requisito de publicidad de las normas mediante su publicación oficial.

Pues bien, aparte de algunos pronunciamientos judiciales previos, España pasó a ser un Estado del segundo tipo cuando el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, desarrollando la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil, sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, introduciendo el actual artículo 1.6. En la exposición de motivos del Decreto se decía: "Como complemento de la regulación directamente referida a las fuentes del derecho han de considerarse los preceptos sobre los tratados internacionales y jurisprudencia. En orden a los tratados, la exigencia de la Ley de Bases de que las normas jurídicas contenidas en los mismos para ser de aplicación directa en España han de haber pasado a formar parte de la legislación interna española, se estima cumplida cuando son publicados en el "Boletín Oficial del Estado"". Ese precepto fue el que se recogió después en el artículo 96 de la Constitución, confiriéndole rango constitucional por tanto, pero con mayor intensidad al añadir que sus disposiciones sólo podrían ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. Todo lo cual era congruente con la ratificación por España mediante instrumento de 2 de mayo de 1972 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, que fue publicado en el BOE el 13 de junio de 1980 y dispone que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (artículo 27), salvo lo previsto en el artículo 46 (violación manifiesta de normas de importancia fundamental del derecho interno).

Es cierto que a pesar de la reforma del Código Civil y de la propia Constitución los órganos judiciales en general han sido reticentes a aplicar directamente las normas de los Tratados Internacionales a la hora de resolver los



litigios, si bien la experiencia de varias décadas de aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea ha abierto el camino a una actitud más favorable al cumplimiento de esas previsiones. Y es el propio legislador el que mediante la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales quiso despejar las dudas al respecto consagrando en relación con los Tratados internacionales un principio de "prevalencia" que se asemeja al principio de "primacía" propio del Derecho de la Unión Europea.

A partir de la Ley 25/2014 y la introducción clara y estricta del principio de prevalencia no puede ignorarse que una norma incluida en un convenio internacional, salvo que ese mismo convenio prevea otra cosa, es directamente aplicable y si está publicada en el BOE rige como norma jurídica en España y se aplica con arreglo al indicado principio de prevalencia. Cuestión distinta es que por su redacción sea demasiado imprecisa o genérica y por tanto no contenga los elementos suficientes como para permitir que se llegue a alzar en criterio de resolución de un caso, pero aquí la norma es suficientemente específica y por tanto el artículo 7 del convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo es de aplicación directa y prevalente.

Las cuestiones que surgen de la lectura del citado artículo 7 son varias:

En primer lugar, en relación con el momento temporal en el que debe insertarse la defensa de los cargos formulados, el convenio es claro diciendo que debe ser antes de que se de por terminada la relación de trabajo, siempre que dicha terminación se deba a "motivos relacionados con su conducta o su rendimiento". En ese sentido se pronuncian reiteradamente los informes de la comisión de expertos de la OIT, por ejemplo en 2009 en la Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo, preparada por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (Sector I), la Unidad de Análisis e Investigación sobre el Empleo (Sector II) y el Servicio de Diálogo Social, de la Legislación y la Administración del Trabajo (Sector IV), con la colaboración de expertos del Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín, se dice: "Al respecto, es preciso que el trabajador pueda ejercer el derecho a defenderse antes del despido mismo, más allá de que tenga o no derecho a entablar procedimientos después del despido, incluso si éste no se considera definitivo mientras no se hayan agotado todas las vías de recurso". No obstante hay que tener en cuenta que el convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo no fue ratificado por España en aplicación del artículo 93 de la Constitución, esto es, no atribuye competencias aplicativas a la OIT ni a sus órganos, además se trata de una opinión de expertos y las reglas de interpretación de los Tratados de los artículos 31 y 32 del convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados solamente atribuye la condición de medios interpretativos generales o complementarios a aquellos que permitan averiguar la intención de las partes al concluir el tratado. Sin embargo, en la situación actual del Derecho español, creemos que la posibilidad de defensa ha de situarse antes del acto del despido empresarial, cuando éste tenga como causa la conducta del trabajador o su rendimiento, por dos razones: primero porque la consolidadísima jurisprudencia del Tribunal Supremo dice que el despido tiene efectos constitutivos y extingue por sí mismo el contrato de trabajo, de manera que no deja margen para interpretar que la extinción puede ser solamente provisoria hasta que sea convalidada por la declaración judicial de procedencia. Y segundo porque en la mayor parte de los casos de despido injustificado el mismo se declara improcedente y no nulo, confiriendo al empresario la opción entre indemnización y readmisión, de manera que la opción por la indemnización no implica ni siquiera la restauración de la relación laboral privando de efectos del despido, sino que convalida la extinción aunque nazca el derecho a una indemnización, desde el momento en que el Real Decreto-ley 3/2012 suprimió en todos estos casos los salarios de tramitación. Por ambas razones no puede sostenerse que el proceso judicial de despido se sitúe antes de la firmeza de los efectos del mismo, de manera que la carta de despido y el ulterior proceso judicial pudiera interpretarse como la forma que tiene nuestra legislación de dar cumplimiento al mandato del artículo 7 del convenio 158.

En segundo lugar hay que determinar en qué consiste y cuáles son las exigencias que se derivan del concepto de "posibilidad de defenderse de los cargos formulados". En ese sentido parece obvio que las condiciones mínimas para entender cumplido este requisito son, en primer lugar, que al trabajador le sean comunicados los cargos que la empresa piensa incluir en la carta de despido y, en segundo lugar, que permita al trabajador presentar alegaciones y pruebas ante el órgano de la empresa responsable de adoptar la decisión final y con antelación suficiente al momento en que se adopte esa decisión. No se exige sin embargo que todo ello se lleve a cabo por escrito ni con unas determinadas formalidades, como serían las propias de un "expediente contradictorio", de manera que la forma en que se articule la posibilidad de defensa de los cargos solamente tiene naturaleza ad probationem, para permitir a la empresa acreditar que ha cumplido con su obligación. Pero si a pesar de la falta de forma acredita que dio al trabajador la posibilidad de defenderse de los cargos imputados de forma suficiente su obligación se puede entender cumplida;

Y en tercer lugar hay que tener en cuenta que la norma contempla una excepción, que es que "no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad". Se trata de un criterio abierto, de manera que si el empleador no cumple con la exigencia anterior, puede considerarse que con ello no incumple la



norma si acredita para ello una causa que sea "razonable". El juicio de razonabilidad es también un juicio de proporcionalidad, esto es, si se acredita una causa para no cumplir esa obligación, deben compararse los efectos para ambas partes de las distintas opciones y si se llega a la conclusión de que el cumplimiento produciría un sacrificio desproporcionado de los intereses del empleador, el mismo debe ser considerado razonable. En ese sentido la Sala considera que en los supuestos de despidos disciplinarios derivados de conductas dolosas o fraudulentas, especialmente de trabajadores que ocupen puestos de especial responsabilidad y mando, la necesidad de pronta separación del trabajador de su puesto de trabajo y de sus responsabilidades, con objeto de que no pueda continuar la conducta infractora y/o de que no pueda destruir pruebas de la misma, puede ser causa que justifique razonablemente que se omita este procedimiento, siempre que no haya otro cauce adecuado para alcanzar ese mismo efecto separando al trabajador inmediatamente de su puesto de trabajo. Pero ese otro cauce puede ser una suspensión temporal de empleo aplicada como medida cautelar. Tal medida es posible, como ocurre con la propia sanción de suspensión de empleo y sueldo (artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores), cuando esté prevista en convenio colectivo. En ese mismo sentido, aunque aquí no sea aplicable, el artículo 98.3 de la Ley del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) dice que la suspensión provisional se puede aplicar "cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores", que en este caso son los convenios colectivos.

Por tanto hay que ir al convenio colectivo para comprobar si en el mismo se permitía a la empresa imponer una medida cautelar de tal índole. Pues bien, siendo aplicable el convenio de oficinas y despachos de la Comunidad de Madrid y en concreto, por razones de vigencia y publicación en el momento de los hechos, el publicado en el BOCM de 26 de octubre de 2019, resulta que su artículo 44, al regular el expediente disciplinario, dice que "el instructor/a podrá proponer a la dirección de la empresa la suspensión de empleo, pero no de sueldo, de la persona trabajadora afectada por el tiempo que dure la incoación del expediente, previa audiencia del Comité de Empresa o Delegados/as de Personal, de haberlos". Aunque el expediente disciplinario solamente lo contemple como obligatorio para determinados supuestos, ello no excluye que se pueda aplicar en otros supuestos no previstos, incrementando la garantía en beneficio de los trabajadores, por lo que debe interpretarse que siempre que se acuda al expediente disciplinario cabe aplicar la suspensión cautelar. Por tanto, aunque en este caso podemos concluir que existían motivos para apartar de sus funciones con carácter inmediato al trabajador debido a su responsabilidad y el tipo de conducta imputada, esa no es una causa razonable que impidiese darle la "posibilidad de defenderse de los cargos formulados", porque para ello se podía aplicar la suspensión cautelar de funciones prevista en el convenio colectivo.

Lo sucedido en este caso concreto, conforme a los hechos probados, es que el 6 de mayo de 2020 se entrega al trabajador dos escritos fechados el mismo día en los que se dice que se ha acordado la apertura de un expediente informativo al objeto de conocer las causas y los motivos de determinadas actuaciones en la Tesorería del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid, en relación con determinados saldos en su cuenta con la empresa pagadora y, en concreto, es necesario conocer la razón y los motivos por los cuales ha dispuesto de dinero en concepto de anticipos a cuenta de su sueldo, la autorización de los mismos y el soporte documental. Se le dice también que para ello, se ha nombrado instructor del expediente informativo a D. Bernardino , miembro de la Junta de Gobierno, quien le citaría para que compareciese ante él asistido de un Abogado o de un hombre bueno, al objeto de velar por sus garantías jurídicas, en la fecha que el instructor determine. Por otra parte y esto resulta relevante, se le exime del trabajo en el Colegio, sin suspensión de salario, hasta la conclusión del expediente informativo, es decir, se le aplica la medida de suspensión cautelar de funciones prevista en el convenio colectivo. Es importante diferenciar entre eximir del trabajo y suspender de empleo, porque en el primer caso la empresa lo que manifiesta es que no exige al trabajador realizar su trabajo, pero ello no le impide al trabajador prestarlo si esa es su voluntad, mientras que en el segundo caso la empresa impide al trabajador prestar el trabajo. Y esto último es precisamente lo que ocurre en este caso cuando al trabajador "le retiran las llaves de las oficinas, se activa la alarma de las instalaciones y le cancelan el acceso a su cuenta de correo electrónico".

Hasta ese momento todo es correcto, porque si se hubiera tramitado el expediente como estaba previsto, se le hubieran especificado los cargos que se imputaban y se le hubiera permitido presentar ante los órganos decisorios de la empresa sus alegaciones y pruebas, más allá de la forma de todo ello, se habría dado cumplimiento a la previsión del artículo 7 del convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Pero lo que ocurre es que "al actor no se le hizo entrega de ninguna documentación", "no se le entregó pliego de cargos" y después de la primera reunión con el instructor, acompañado el trabajador por un hombre bueno de su elección, se citó una segunda que fue suspendida el día anterior a la fecha prevista, sin que prosiguiese la tramitación del expediente y el 25 de mayo por burofax recibió la carta de despido disciplinario. Por tanto no se cumplió con la posibilidad de defensa prevista por el artículo 7 del convenio 158, dado que no se le llegaron a explicar las imputaciones hasta que recibió la carta de despido que ponía término a su relación laboral.



El resultado por tanto es que el despido se produjo incumpliendo lo exigido en el artículo 7 del convenio 158 de la OIT, norma aplicable directamente al caso y que fue alegada en la instancia.

La cuarta cuestión que entonces surge es si a efectos del artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores tal vulneración determina la improcedencia del despido. El texto literal del artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores es que el despido será improcedente "cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1". La misma conclusión resulta del artículo 108.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, que dice que el despido se calificará como improcedente "en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". La audiencia previa exigida por el artículo 7 del convenio 158 de la OIT no aparece en dicho número 1 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, salvo cuando "el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical", o bien cuando se trate de una exigencia formal impuesta por convenio colectivo.

Podría quizá admitirse una interpretación de la norma legal de los artículos 55.2 del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 de la Ley de la Jurisdicción Social que supere la mera literalidad, puesto que no en vano se viene considerando que la omisión de la audiencia previa prescrita en el artículo 98 del Estatuto Básico del Empleado Público (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), pese a no estar incluida en la remisión que hace el artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores, es causa de improcedencia (en ese sentido sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 13 de febrero de 2023 (recurso 454/2022)). Por otra parte se podría interpretar que si del artículo 7 del convenio 158 de la OIT se deriva una obligación de audiencia previa, en cumplimiento del mismo la refundición introducida por el Real Decreto Legislativo 1/1995 artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores no debiera haber obviado la prevalencia de dicho convenio y una correcta refundición hubiera introducido en dicho precepto la exigencia del convenio 158 de la OIT, de manera que la regulación del artículo 55.2 sería ultra vires, al limitar la audiencia previa a los representantes legales y sindicales de los trabajadores y a los supuestos previstos en convenio colectivo. Sin embargo no es ese el criterio mayoritario de esta Sala, que ya en sentencias anteriores ha considerado que la omisión de la audiencia previa prescrita por el artículo 7 del convenio 158 de la OIT no es causa de improcedencia conforme al artículo 55.2 de Estatuto de los Trabajadores por no estar incluida en su número primero.

Por tanto la tesis que seguimos por mayoría es que la omisión del trámite de defensa del trabajador en el procedimiento previo de despido, en aplicación del artículo 7 del convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo no es un requisito a cuyo incumplimiento la Ley española anude la declaración de improcedencia del despido, salvo cuando se trate de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical, o cuando se trate de una exigencia formal impuesta por convenio colectivo. Por tanto el incumplimiento de dicho precepto producido en el caso de autos no determina la calificación del despido como improcedente, como pretende la parte recurrente.

Esto no significa que el incumplimiento del artículo 7 carezca de sanción jurídica, puesto que:

-El derecho de audiencia previa al despido es una obligación que nace ex lege por la existencia de un contrato de trabajo (artículo 4.2.h del Estatuto de los Trabajadores) y su vulneración constituye una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 7.10 del Estatuto de los Trabajadores;

-La omisión de la audiencia previa por el empresario, cuando sea contraria al artículo 7 del convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, constituye el incumplimiento de una obligación y por tanto es de aplicación el artículo 1101 del Código Civil ("quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas"), por lo que el trabajador tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el incumplimiento. Específicamente de ello resulta que si el despido posteriormente es posteriormente declarado improcedente en sentencia judicial por motivos que el trabajador alegó en el momento del juicio y podría haber alegado antes de producirse el mismo en el trámite de audiencia previa, de manera que el despido se podría haber evitado si se hubiera escuchado al trabajador a tiempo y considerado sus razones, aparece un daño indemnizable. La valoración de ese daño indemnizable llevará a imponer una indemnización adicional a la propia y tasada del despido improcedente, que incluso pudiera consistir en los salarios dejados de percibir hasta el momento en que se celebró la vista del juicio en la que el trabajador tuvo la ocasión de explicar los motivos, ya que dicha audiencia debía haberse celebrado antes del despido. La restauración de la obligación incumplida lleva a situar las consecuencias del despido (la extinción de la relación laboral) en el momento posterior a dicha audiencia, que en ese caso no se habría producido hasta el acto del juicio.



Pero como en este caso se ha confirmado la procedencia del despido en la sentencia, ni la omisión de la audiencia previa al despido convierte el despido en improcedente ni tampoco nace un daño valorable a efectos de fijar alguna indemnización, que por otra parte no se ha reclamado.

D) En cuarto lugar y dentro de este tercer motivo amparado en la letra c se denuncia la infracción de los artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, 108.2 de la Ley de la Jurisdicción Social y 24 de la Constitución. Se alega aquí que el despido forma parte de una cadena de actos de acoso y que la situación de salud del trabajador le puso en grave riesgo. Y se menciona así conjuntamente la vulneración de: "el derecho a la salud, el derecho a la indemnidad, acoso, y vulneración al derecho de defensa".

En relación con la situación de acoso, la misma solamente resulta del relato de la parte en el recurso, no de los hechos probados de la sentencia a los que nos debemos ceñir.

En relación con el derecho a la indemnidad, no se invoca el ejercicio de ningún derecho fundamental previo por el cual pudiera imputarse al despido la naturaleza de represalia, ni ello resulta de los hechos probados y además lo que sí consta probado son las faltas laborales imputadas al recurrente y que justifican la declaración de procedencia del despido.

Lo relativo al derecho a la salud aparece confundido, porque una cosa es que el conflicto laboral alrededor del despido, aún siendo éste procedente, pueda afectar a la situación de salud del trabajador, que es lo que se está alegando y otra cosa distinta es que la causa del despido sea la situación de salud del trabajador. Lo primero no es causa de ilicitud del despido, salvo que concurrieran circunstancias excepcionales que no constan probadas. Lo segundo, que sí afectaría a la licitud del despido, queda descartado desde el momento en que han quedado acreditadas las faltas laborales imputadas y el despido se ha declarado por ello procedente.

Y lo relativo al derecho a la defensa es una reiteración del punto anterior relativo al expediente administrativo y del primer motivo sobre la imposibilidad de acceso al correo electrónico para obtener prueba, todo lo cual ya ha sido respondido. Sobre la existencia de un derecho del trabajador a seguir accediendo a su correo electrónico después del despido debemos decir:

- En la medida en que el correo electrónico sea un mero instrumento de trabajo el acceso al mismo puede ser retirado con motivo del despido;
- Por el contrario si el correo electrónico se utiliza también para usos privados, el trabajador tendría derecho a acceder al mismo para retirar sus "pertenencias", como ocurriría con las pertenencias físicas que pueda tener en su oficina o lugar de trabajo, pero de esto nada se alega;
- No existe un derecho del trabajador a acceder a documentos electrónicos de trabajo que obren en los servidores o discos duros de la empresa, tanto si se trata de correos electrónicos como de otro tipo de archivo, si bien las normas procesales permiten reclamar dicho acceso para instrumentar prueba en los términos que antes se ha visto, pero para ello tendría el actor que haber reclamado dicho acceso identificando en concreto los documentos a los que pretendía acceder y requería presentar.

Por lo demás es cierto que podrían estar implicada la aplicación de la normativa sobre protección de datos personales y en concreto el derecho de acceso, pero ello ni es invocado en el recurso ni tiene relevancia sobre este litigio, porque no afectaría a la legalidad del despido. En cuanto al proceso sostener que es el órgano judicial el que no ha permitido al trabajador acceder al correo electrónico es ignorar que si no se practicó prueba en ese sentido es porque se solicitó de manera incorrecta, calificando indebidamente la prueba como documental y omitiendo la solicitud de diligencias preliminares, si se estimaban necesarias, remitiéndonos aquí a lo que ya hemos dicho al resolver el primer motivo de suplicación.

E) "Infracción de los artículos 55.1 y 55.2 ET y jurisprudencia que los interpreta por los graves defectos formales en el despido llevado a cabo". Se reitera aquí de forma genérica lo relativo al procedimiento disciplinario, con cita de una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de forma sobre la calificación del despido, todo ello en términos generales, por lo que hemos de remitirnos a lo que hemos dicho contestando al tercer punto de este motivo.

Finalizados así los motivos de recurso, el mismo es desestimado.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLAMOS



Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Ismael Oliver Romero en nombre y representación de D. Raimundo contra la sentencia de 20 de septiembre de 2022 del Juzgado de lo Social número 9 de Madrid en autos nº 633/2022. Sin costas.

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

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. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827- 0000-00-1436-22 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000- 00- 1436-22.

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

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.