



Roj: **STS 3364/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3364**

Id Cendoj: **28079140012018100803**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2018**

Nº de Recurso: **3540/2016**

Nº de Resolución: **834/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3540/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 834/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 14 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa T-Systems Eltec, S.L. (actualmente denominada Eltec It Services, S.L.) representada y asistida por el letrado D. José Miguel Caballero Real contra la sentencia dictada el 22 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 2159/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, en autos nº 306/2012, seguidos a instancias de D. Borja contra T-Systems Eltec, S.L. sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Borja representado y asistido por el letrado D. Juan Ramón Alfageme Rojo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- PRIMERO.- Con fecha 22 de junio de 2016, el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por D. Borja contra T-SYSTEMS ELTEC S.L. en reclamación por DESPIDO, en cuya virtud, debo declarar y declaro el mismo como PROCEDENTE, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas de contrario.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«PRIMERO.- D. Borja , N.I.F. vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia de T-Systems A-237, desde el 1.08.1994, con la categoría profesional de jefe 1ª administrativo, con un salario diario de 146,09 euros. El Sr. Borja era persona de confianza del Sr. Belarmino .

SEGUNDO.- En autos consta:

- contrato de trabajo por lanzamiento de nueva actividad con Metrolico, de 1.8.1994 (folios 104 y 105), que fue prorrogado por seis meses (folio 106).

- Contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido, con Metrolico, de 1.2.1996 (folios 107 y 108).

TERCERO.- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

CUARTO.- En fecha de 16.12.2003 Metrolico dirigió instrucciones sobre la subcontratación, en los términos que consta en folio 546, que se da por reproducido.

QUINTO.- En fecha de 16.4.2008 Metrolico S.A. y Godslam Services S.A. firmaron un contrato de subarriendo de obras y servicios en que el primero es el cliente y la segunda la subcontratista. Así Metrolico incluye entre sus actividades las de mantenimiento informático y la realización y mantenimiento de instalaciones de TPV'S , PC's, impresoras, redes, etc, y la segunda dispone de medios propios y conoce las técnicas para desempeñar los trabajos de mantenimiento e instalaciones a las que hace referencia anteriormente, todo ello en los términos y condiciones que aparecen en folios 539 a 544, que se dan por reproducidos.

SEXTO.- Por escritura de 26.5.2009 se elevó a público el acuerdo por el que Lico Corporación S.A. (accionista único de T-SYSTEMS FIELD SERVICES S.A.), transmitió todas sus acciones a la entidad T-SYSTEMS ITC BIERIA S.A., que pasaría a ser la accionista única de T-SYSTEMS FIELD SERVICES S.A. (folios 574 a 581)

SÉPTIMO.- Por correo electrónico de 18.12.2009 se remitió correo electrónico, entre otras al actor, en que se pone de manifiesto cómo queda el proceso de compras en T- SYSTEMS ELTEC a partir del 1.1.2010. "la operativa de este proceso va a requerir que los usuarios conozcan SAP y BAAN, por lo que dejo a vuestro criterio la identificación de colaboradores que precisen formación en alguno de los sistemas, si bien, en aquellos centros donde convivan usuarios de SAP con usuarios de BAAN, podrán intercambiarse sus conocimientos. Con respecto a la subcontratación de intervenciones y reparaciones, será necesario disponer la próxima semana de la relación de proveedores, servicios y tarifas de cada zona para realizar la carga de datos en el catálogo que indica el nuevo proceso.." a dicho correo se adjuntaba el nuevo proceso de compras 2010. T-SYSTEMS ELTEC S.L.U. (folios 496 a 505).

OCTAVO.- Por escritura de 17.5.2010 se elevó a público el acuerdo por el que T-SYSTEMS ELTEC S.L.U. y T-SYSTEMS FIELD SERVICES S.A se fusionaron por absorción (folios 583 a 600, que se dan por reproducidos).

NOVENO.- Por correo electrónico de 10.2.2011 se puso de manifiesto la contratación como responsable de laboratorio a quien es responsable de la empresa con la que subcontrata la reparación de maquinaria, quien además antes del despido de trabajadores por la pérdida del cliente de CAJASOL, con una indemnización de 20 días, se le indemnizó con 45 días con reconocimiento de improcedencia del despido. De dicho correo se le dio traslado al actor (folio 469).

DÉCIMO.- El Comité de Empresa de T-SYSTEMS ELTEC S.L.U. acordó convocatoria de huelga para el día 3.2.2011 (folio 475).

UNDÉCIMO.- El Sr. Belarmino explicó, entre otros, al actor el contenido del Código de conducta de la empresa, (folio 509), Código que figura en folios 510 a 514, que se dan por reproducidos.

DUODÉCIMO.- En folios 519 a 527, que se dan por reproducidos, figura el procedimiento para la subcontratación de personal mediante E.T.T. en Metrolico. En el mismo se destaca que es el Director de Delegación o Departamento el que detecta la necesidad de proceder a subcontratar personal de E.T.T., siendo necesario cumplimentar en BAAN una "solicitud autorización subcontratación E.TT". Metrolico pasó a denominarse T-SYSTEMS FIELD SERVICES S.A.

DECIMOSEGUNDO.- Por correo electrónico de 6.7.2011 se puso de manifiesto las mismas circunstancias que en el de 10.2.2011 (folio 477, que se da por reproducido), por lo que D. Jon remitió correo electrónico, entre otros al Sr. Belarmino , fechado el mismo día 6.7.2011, pidiendo la investigación de los hechos (folio 477). Como documentalmente no tuvo resultado alguno, en septiembre de dos mil once D. Mariano decidió iniciar una visita de campo en la Delegación a fin de dilucidar los hechos.

DECIMOTERCERO.- Se dan por reproducidos los folios 479 a 489, consistentes en el organigrama de la empresa T-SYSTEMS 2010.



DECIMOCUARTO.- La empresa comunicó al actor por escrito de 12.12.2011 (folios 142 y 143):

"La dirección de T-SYSTEMS ELTEC S.L. ha tenido conocimiento de determinados hechos acaecidos en la Delegación de Sevilla de la cual Usted es responsable como Director de la zona Sur que, de ser ciertos, podrían tener trascendencia legal y administrativa.

En este sentido, se ha hincado la pertinente investigación a fin de esclarecer los hechos, determinar su trascendencia jurídica y determinar posibles responsabilidades. Si de esta investigación se concluyera cualquier tipo de responsabilidad por su parte, le sería debida y cumplidamente comunicada en tiempo y forma.

Entretanto, con carácter cautelar y para que nos vea afectado este proceso indagatorio, le notificamos la decisión de la Empresa de eximirle temporalmente de la obligación de prestar servicios desde el momento de la recepción de la presente y durante 30 días naturales, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo el próximo día 11 de enero de 2012.

Durante el citado período de suspensión, se le mantendrán y respetarán íntegramente sus retribuciones. De igual forma, la Empresa lo mantendrá en situación de alta y cumplirá sus obligaciones en materia de Seguridad Social.

Asimismo, mediante la presente le comunicamos que su portátil profesional propiedad de T-SYSTEMS, marca DELL Latitude E6510, número de matrícula X....., número de serie NUM000, de 160 GB de capacidad, quedará bajo la custodia del Notario de Sevilla, D. Pedro Antonio Romero Candau, requiriéndole para que proceda a su entrega en este acto y prohibiéndole expresamente que, a partir de este momento, proceda a la manipulación, utilización, alteración, modificación o supresión cualquiera de los archivos y contenidos para que pudieran estar en este terminal informático. El incumplimiento de esta orden podrá deparar la responsabilidad laboral correspondiente conforme a la normativa interna y a la legislación laboral vigente.

De igual modo, en el momento de recepción de la presente deberá entregar a D. Mariano, llaves y tarjetas de acceso a las instalaciones de la empresa, así como la Blackberry modelo 8310 y número NUM001, que tiene a su disposición para la realización de sus funciones. A los efectos de que pueda comunicarse, la empresa le facilitará otro teléfono móvil.

Igualmente le reiteramos y le recordamos sus compromisos y obligaciones en esta materia conforme al Código de Conducta y a la normativa interna de uso de medios informáticos y de comunicación así como al protocolo de supervisión vigente en la Empresa.

Rogamos se sirva firmar la presente que consta de dos (2) horas a los únicos efectos de acreditar la recepción". El actor firmó expresando su no conformidad, y haciendo constancia de la entrega del teléfono. El actor autorizó el registro informático de su equipo rechazando la presencia de la representación legal de los trabajadores (folio 236), en los mismos términos lo autorizó D^a Tania (folio 238). El disco duro fue extraído y depositado en manos del Sr. Notario D. Pedro Antonio Romero Candau, quien procedió a entregar un pen drive a un técnico D. Luis Enrique, dejando copia en la Notaría, que levantó la correspondiente acta de 12.12.2011, en los términos que constan en folios 241 a 255, que se dan por reproducidos.

DECIMOQUINTO.- Por escrito de la misma fecha se comunicó al Comité de empresa que se procedería a la investigación de los hechos, así como la medida adoptada de suspensión de empleo del actor, y que se procedería al registro informático de su ordenador. El documento fue firmado por la empresa, D. Juan Pedro (Comité de empresa), y otros testigos (folio 146).

DECIMOSEXTO.- La empresa comunicó al actor por escrito de 10.1.2012 (folio 148):

"El pasado día 12 de diciembre de 2011 se le comunicó que la Dirección de T-SYSTEMS ELTEC S.L., procedía a suspenderlo de empleo y no de sueldo de manera cautelar durante 30 días mientras tanto se llevaba a cabo la investigación de determinados hechos acaecidos en la Delegación de Sevilla.

En atención a la citada comunicación Ud. Debía incorporarse a su puesto de trabajo el próximo día 11 de enero de 2012. No obstante lo anterior y dado que la investigación que justificaba su suspensión de empleo y no de sueldo no ha culminado todavía, con la finalidad de que no se vea afectado el proceso indagatorio, por medio de la presente se prorroga la suspensión de empleo y no de sueldo hasta el próximo día 18 de enero de 2012, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo el día 19 de enero.

Durante el citado período de suspensión se le mantendrán y respetarán íntegramente sus retribuciones. De igual forma, la Empresa lo mantendrá en situación de alta y cumplirá con sus obligaciones en materia de Seguridad Social.



Igualmente le reiteramos y le recordamos sus compromisos y obligaciones conforme al código de conducta y a la normativa interna de uso de medios informáticos y de comunicación así como al protocolo de supervisión vigente en la Empresa.

Rogamos se sirva firmar la presente que consta de una (1) hoja a los únicos efectos de acreditar su recepción". Dicho escrito fue recibido por el actor el día 11.1.2012 (folio 149). Dicha medida fue igualmente comunicada al Comité de empresa por escrito de 19.1.2012 (folio 151).

DECIMOSÉPTIMO.- El actor formuló alegaciones por escrito no fechado (folio 654).

DECIMOCTAVO.- En fecha de 16.1.2012 D. Belarmino firmó un escrito en que puso de manifiesto que había sido informado de que se estaba llevando a cabo una investigación interna en la Delegación de Sevilla, durante la que se requirió su intervención a fin de ser entrevistado para esclarecer los hechos, así como que tenía conocimiento del contenido de su Código de conducta (folio 165). Escritos iguales fueron firmados por D. Constancio (folio 166), D. Domingo (folio 167), D. Efrain (folio 168), D. Erasmo (folio 169), D. Evelio (folio 170), D. Felicísimo (folio 171), D. Guillermo (folio 172), D. Hipolito (folio 173), D. Humberto (folio 174), D. Isidoro (folio 175), D^a Tania (folio 176), D. Justiniano (folio 177), D. Leon (folio 178), todos trabajadores de la demandada.

DECIMONOVENO.- La empresa le comunicó al actor por escrito de 25.1.2012 la extinción de su contrato por motivos disciplinarios, en los términos que constan en folios 154 a 161, que por su extensión se dan por reproducidos, que fue firmada por el trabajador ese mismo día, manifestando su no conformidad. Por escrito de igual fecha se procedió a comunicar al Comité de empresa el despido disciplinario del actor, D^a Tania y D. Isidoro (folio 163).

VIGÉSIMO.- El trabajador firmó, expresando su no conformidad, un documento de 25.1.2012, en que manifestaba haber recibido la cantidad de 2.563,81 euros en concepto de liquidación por saldo y finiquito a raíz de la relación que le unía con T-SYSTEMS ELTEC S.L.

VIGÉSIMOPRIMERO.- En fecha de 25.1.2012 el actor procedió a entregar el teléfono móvil Nokia 6300, funda portátil, tarjeta identificativa, cargador Blackberry, módem USB novatel ovation (folio 144).

VIGÉSIMOSEGUNDO.- Bigmatic era un proveedor homologado por TSYSTEMS porque ya lo venía siendo por METROLICO.

VIGÉSIMOTERCERO.- La contratación de personal interno en TSYSTEMS se hace mediante un workflow. En 2010 hubo un hiring freeze que implicaba que a nivel interno necesitaban autorización de Alemania para contratar un recurso. Las vías para disponer de un recurso son: la contratación directa, la subcontratación de recursos a través de ETT, tras realizar la petición es Compras la que realiza la contratación. También se pueden subcontratar servicios. La solicitud de compras la hace Producción. Compras hace a los proveedores peticiones de ofertas y tomando en consideración éstas se hace la petición de compras y se contrata finalmente el recurso o servicio. En ningún caso nadie de Producción decide con qué proveedor se subcontrata, pues producción sólo pone de manifiesto la necesidad, pero finalmente es Compras la que realiza la contratación por cualquiera de las vías indicadas y con los proveedores homologados.

VIGÉSIMOCUARTO.- El cliente de T-Systems Eltec S.L. Consejería de Presidencia. estaba insistiendo para incorporar un nuevo recurso. D. Erasmo conocía previamente a D. Hipolito , quien en mayo de 2010 le dice que puede haber una vacante en TSYSTEMS. D. Erasmo le entrega el currículum a D. Hipolito (coordinador de TSYSTEMS en el cliente), quien lo pasa a Isidoro y al cliente. Una vez que hizo la entrevista en TSYSTEMS se le indica que no puede ser contratado directamente por la misma, sino que será firmado por una subcontrata.

VIGÉSIMOQUINTO.- D. Erasmo acudió a D^a Tania y preguntó por D. Leon y Isidoro . A D^a Tania le dieron una carpeta con la foto y el currículum de Erasmo y le pide a éste toda la documentación para la contratación. D. Leon era el contacto con el cliente, ya que éste venía de T-SYSTEMS. Cómo no conocían bien los procedimientos (AUNQUE ERAN SIMILARES A LOS DE METROLICO), D. Leon dice que hay que hacer un workflow (3 de mayo) y lo hace en el ordenador de D. Borja con el login de éste, que estaba presente junto con D^a Tania . Así D. Borja hizo un workflow el 1.5.2010 para la contratación del Sr. Erasmo (folio 507). Constan las respectivas autorizaciones, entre ellas la del Sr. Belarmino el día 11.6.2010 (folio 807).

D. Erasmo le dice que si se esperaba al procedimiento establecido por la compañía no se iba a poder atender al cliente y el propio D. Leon fue el que indicó a D^a Tania que se podía subcontratar y que en otras ocasiones se había hecho como intervenciones o trabajos realizados.

A la hora de hacer el pedido, D^a Tania manifiesta su temor a hacerlo y D. Borja le intenta tranquilizar y le dice que tiene autorización de D. Belarmino , pese a que no vio ningún documento que así lo hiciera constar.



VIGÉSIMOSEXTO.- Belarmino estaba en Sevilla cuando se autorizó la contratación de una persona, que después se decidió que fuera D^a Florencia , través de una contrata. Preguntaron a D^a Tania por el teléfono de Florencia , para que también se incorporara a través de Bigmatic. D^a Tania le transmite de nuevo su temor y D. Borja le dice que no se preocupe que el Sr. Belarmino lo había autorizado. D^a Tania le comenta a D. Teodoro , que estaba en el Laboratorio, que se iba a subcontratar a una persona a través de Bigmatic por sólo un mes. Teodoro le pone reparos porque tenía que adelantar el salario de D. Erasmo y le facilita el correo electrónico de su gestoría para que le remita los datos de la contratación de D. Erasmo . El día 10 de mayo D^a Tania remitió un correo a la gestoría de Bigmatic para que cursara el alta y se procediera a la contratación.

D. Erasmo firmó el contrato de trabajo a nombre de Bigmatic con Isidoro , en las instalaciones de TSYSTEMS.

El salario de D. Erasmo era pagado por Bigmatic, mientras que D. Teodoro le enviaba un correo a D^a Tania reclamándole un pedido por una cuantía variable cada mes. El salario de cada mes de D. Erasmo podía incluir horas extras y gastos de comidas en concreto se le entregaba un cheque y la nómina en un bar de Montequinto (Sevilla), por parte del hermano de D. Teodoro . Da Tania le comentó a D. Borja que había recibido el pedido de Teodoro y su responsable le dice que se le abone a través de intervenciones, TPV, varios. El contrato con Bigmatic estuvo vigente hasta el 9.12.2010, cuando su coordinador le comentó que los problemas sindicales habían cesado y que podía ser contratado por TSYSTEMS. Fue a recoger el finiquito a las instalaciones de Bigmatic, siendo la única vez que acude a las mismas. Las herramientas de trabajo de D. Erasmo le fueron proporcionadas por TSYSTEMS.

VIGÉSIMOSEPTIMO.- El Sr. Belarmino recibió un workflow de contratación y retiene la solicitud pues la compañía estaba en pleno proceso de salidas, por lo que se consigna que se utilizara personal propio. Él da la autorización a mediados de junio y se continúa el proceso de contratación.

VIGÉSIMOCTAVO.- En fecha de 10.1.2008 D. Rogelio y D. Teodoro acordaron la constitución de una sociedad civil privada, denominada Reparaciones Electrónicas Bigmatic S.C., cuyo objeto social sería la reparación de máquinas industriales y electrónicas. El Sr. Teodoro tan sólo sería socio laboral (folios 386 y 387).

VIGÉSIMONOVENO.- En fecha de 24.09.2008 en Junta Universal celebrada de Reparaciones Electrónicas Bigmatic S.C., los socios D. Rogelio y D. Teodoro , acordaron que el primero transmitía sus acciones a Da Amparo , con efectos del 30.9.2008, y el Sr. Teodoro sería socio capitalista y también socio trabajador desde el día 1.10.2008. También se acordó cambiar el domicilio fiscal a Avenida de Europa n° 101 T 2° C-P5 (Dos Hermanas, Sevilla) (folios 383 y 384).

TRIGÉSIMO.- En fecha de 21.4.2009 D. Teodoro y D^a Amparo , reunidos en Junta Universal, acordaron pasar el domicilio fiscal a calle Asdrúbal, n° 11 Polígono Industrial Fuentequintillo (Dos Hermanas-Montequinto, Sevilla) (folios 388 vuelto y 389).

TRIGÉSIMOPRIMERO.- La empresa Reparaciones Electrónicas Bigmatic S.C. tiene concertada póliza de seguro con Mapfre-empresas con vigencia desde el 16.7.2009 a 25.7.2010 (folios 390 vuelto a 398).

TRIGÉSIMOSEGUNDO.- Reparaciones Electrónicas Bigmatic S.L. comenzó sus operaciones el 10.11.2011. su domicilio social radica en calle Asdrúbal, n° 11 Polígono Industrial Fuentequintillo (Dos Hermanas-Montequinto, Sevilla). Su objeto social es el asesoramiento, instalación, reparación y mantenimiento de instalaciones informáticas, equipos y programas informáticos, comercio al por mayor y al por menor, distribución comercial de equipos y productos informáticos nuevos. Su administrador único es D. Teodoro (folios 737 a 741).

TRIGÉSIMOTERCERO.- En el período de liquidación correspondiente a 7.7.2011 a Bigmatic le constan en el TC2 5 trabajadores (folio 399).

TRIGÉSIMOCUARTO.- El actor solicitó días de vacaciones para el 6, 7 y 10 de mayo de 2010, a lo que el Sr. Belarmino contestó que no había problemas (folio 801).

TRIGÉSIMOQUINTO.- En fecha de 5.1.2010 D. Teodoro fue designado como coordinador del Laboratorio de Sevilla, reportando al actor, según él mismo comunicó por correo electrónico de dicha fecha, y entre sus funciones estaba la de marcar las prioridades de reparación, según los criterios marcados y/o objetivos (folio 318). D. Teodoro había sido contratado por Metrolico, constando en autos comunicación de conversión de contrato temporal en contrato indefinido de 17.7.2002 (folios 30 y 331). El Sr. Teodoro , durante ese periodo, decidió enviar maquinaria a Bigmatic, cuando la mayoría eran simples operaciones de "maquillaje", que se podían realizar en T-SYSTEMS ELTEC, lo que generó mayores costes para ésta.

TRIGÉSIMOSEXTO.- D. Teodoro , mientras era empleado de TSYSTEMS, y dentro de su horario laboral realizaba tareas propias de la gerencia de BIGMATIC (folios 182 y 183; 191 y 192, 194 y 195, 197 y 198). Dicha circunstancia era conocida por el actor.



TRIGÉSIMOSEPTIMO.- El actor remitió correo electrónico a D. Ismael especificando que la persona de sinergia con que contaba en Sevilla, prevista para el día 15.12. era D. Teodoro , "al cual deberíamos acordar los 45 días por año" (folio 334).

TRIGÉSIMOCTAVO.- En fecha de 15.12.2010 se procedió a comunicar la extinción del contrato del Sr. Teodoro por despido disciplinario, con expreso reconocimiento de improcedencia, abonándole una indemnización de 45 días por año de servicio, ascendente a 20.684,19 euros (folio 338), cantidad efectivamente entregada (folios 339 a 341).

TRIGÉSIMONOVENO.- Por escrito de 31.1.2011 se comunicó la extinción de los contratos de trabajo de D. Sabino , D^a Angustia , D. Urbano , D. Jose Luis , D. Jose María , D. Jose Ángel , D. Jose Enrique , D. Carlos Ramón , D. Luis Angel , Da Cristina , D. Jesús Manuel , D. Juan Luis , D. Juan Ramón , D. Juan Pablo , D. Ángel Daniel , D. Victor Manuel , D^a Felisa , D. Amador , por razones organizativas y de producción, como consecuencia de la finalización y no renovación del contrato con el cliente CAJASOL y con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, (folios 343 a 378, que se dan por reproducidos).

CUADRAGÉSIMO.- D. Jose Ángel , D. Juan Luis , D. Ángel Daniel , D. Juan Ramón , D^a Angustia , Da Felisa , D. Juan Pablo , D. Amador , D^a Cristina , D. Victor Manuel , D. Luis Angel y D. Jose Enrique impugnaron judicialmente el despido, que fue turnado al Juzgado de lo Social n° 7 de Sevilla, autos 286/2.011, que llegaron a un acuerdo, que fue homologado por Decreto de 14.7.2011 (folio 412).

CUADRAGÉSIMOPRIMERO.- La decisión de qué reparaciones debían ser realizadas por un proveedor las tomaba D. Borja . Durante 2010 y 2011 hubo limpieza o vaciado de almacén, en que el material fue a Bigmatic, sin reflejo documental de ello, todo por órdenes de D. Borja , quien además ordenó, junto con Domingo y D. Felicísimo la retirada de documentación de una de las salas de Delegación. En concreto, desde enero de 2010 a marzo de 2011 se obligó a D. Leon a asignar una serie de avisos a Bigmatic, sobre todo averías sencillas, para aliviar la carga de los trabajadores de Sevilla. Además, cuando en el laboratorio interno se aprendía a reparar una pieza determinada, el know how se facilitaba al laboratorio externo y entonces este tipo de piezas se reparaba fuera.

CUADRAGÉSIMOSEGUNDO.- D^a Tania causó baja por IT, derivada de enfermedad común, el día 22.2.2008 hasta el día 23.2.2009, fecha en que causó alta por control INSS-duración 12 meses (folio 189).

CUADRAGÉSIMOTERCERO.- La Resolución de 13.4.2011 de la Dirección General de Trabajo autorizó a T-SYSTEMS ELTEC S.L.U. la suspensión temporal como máximo el 31.12.2012 durante un plazo de 6 meses para cada trabajador de 680 contratos, y para la extinción de 114 contratos de trabajadores que prestan servicios en 53 y 28 centros de trabajo respectivamente ubicados en todas las Comunidades Autónomas (folios 682 a 687).

CUADRAGÉSIMOCUARTO.- A los trabajadores se les proporcionó normativa sobre uso de medios informáticos y de comunicación (folio 316).

CUADRAGÉSIMOQUINTO.- Por escrito de 25.1.2012 T-SYSTEMS ELTEC S.L.U. procedió a despedir a D. Isidoro por despido disciplinario, en los términos que constan en olios 548 a 550, que se dan por reproducidos, del mismo modo que a D^a Tania (folios 552 a 554). Esta última impugnó judicialmente el despido, que fue turnado al Juzgado de lo Social n° 11 de Sevilla, autos 303/2.012, que dictó sentencia en fecha de 24.9.2012, por el que se estimaba la demanda (folios 675 a, que se dan por reproducidos), sentencia que ha sido recurrida en suplicación por la empresa (folios 556 a 564).

CUADRAGÉSIMOSEXTO.- D. Isidoro impugnó judicialmente el despido, que fue turnado al Juzgado de lo Social n° 3 de Sevilla, autos 300/2.012, que dictó sentencia en fecha de 27.11.2012, en cuya virtud se desestimaba la demanda, declarando la procedencia del despido (folios 566 a 572, que se dan por reproducidos). Dicha sentencia ha sido recurrida en suplicación por el trabajador (folios 742 a 779).

CUADRAGÉSIMOSEPTIMO.- Se dan por reproducidos los folios 127 a 140, consistentes en correos remitidos por el actor donde se dan órdenes a empleados.

CUADRAGÉSIMOCTAVO.- La relación laboral se regía por el Convenio colectivo de Industrias Siderometalúrgicas de Sevilla (folios 602 a, que se dan por reproducidos). 614).

CUADRAGÉSIMONOVENO.- La parte actora interpuso papeleta de conciliación el día 20.2.2012, que fue celebrado sin avenencia el día 13.3.2012 (folio), por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento.»

TERCERO. - Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Borja formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, dictó sentencia en fecha 22 de junio de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:



«Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el demandante Don Borja , contra la sentencia dictada en los autos nº 306/12 por el Juzgado de lo Social número cuatro de los de Sevilla, en virtud de demanda formulada por Don Borja , contra Tsystems Eltec, S.L., debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia a la par que estimando la demanda promovida por Borja debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido de que ha sido el trabajador, condenando a la empresa a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta que se produzca la readmisión, o el abono de la indemnización de 114.944.- euros, con abono en este caso de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de esta sentencia.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, la representación letrada de la empresa T-SYSTEMS ELTEC, S.L. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 11 de septiembre de 2014, rec. suplicación 1643/13 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 31 de mayo de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excm. Sra. Dña. Rosa Maria Viroles Piñol señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excm. Sra. Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 22 de junio de 2016 (R. 2159/2015) que con estimación del recurso formulado por el actor, declara la improcedencia del despido impugnado.

Consta acreditado que el actor prestó servicios para la demandada T Systems Eltec SL -actualmente denominada Eltec IT Services SL- desde el 1 de agosto de 1994, con la categoría de Jefe 1a administrativo. Por escrito de 12 de diciembre de 2011 la empresa comunicó al actor el inicio de una investigación en la delegación de Sevilla, de la que era responsable, a fin de esclarecer determinadas irregularidades. Asimismo, se le comunica la suspensión de su obligación de prestar servicios, con mantenimiento de salario y de las obligaciones empresariales con la Seguridad Social. Al no haber finalizado la investigación en el plazo indicado en el primer escrito, la suspensión fue prorrogada hasta el 18 de enero de 2012, comunicándosele dicha circunstancia al actor mediante escrito de 10 de enero de 2012. El 25 de enero de 2012 la empresa comunicó al actor su despido por motivos disciplinarios; despido que también fue comunicado al Comité de empresa en la misma fecha.

2.- Impugnada la decisión extintiva, la sentencia de instancia la declara procedente. La sentencia de suplicación, tras estimar en parte la modificación del relato fáctico, aprecia la **prescripción** de las faltas.

Recuerda dicha Sala que es reiterada la doctrina jurisprudencial -entre otras, STS de 15/7/2003 (R. 3217/2002)- que establece que cómputo del plazo de **prescripción** largo comienza desde que se cometió la falta y no cuando la empresa tuvo conocimiento de ella. Y si bien cuando se trata de faltas cometidas de forma continuada en el tiempo o faltas ocultadas, el día de inicio del plazo prescriptivo no es aquel en que se cometió cada una de ellas, sino aquel en que fue cometida la última o se tiene cabal y exacto conocimiento de ella, lo cierto es que ello no habilita a la empresa para iniciar la investigación cuando lo tenga por conveniente o para prolongar las averiguaciones indefinidamente.

Y aplicando dicha doctrina al caso enjuiciado, señala que: Se imputa al actor en primer lugar la contratación ilegal del Sr. Erasmo en mayo de 2010 y de la Sra. Florencia en octubre de 2010; y aun considerando que ello constituye una conducta continuada, no consta que hubiera ocultación alguna por parte de la actor, que no tenía poderes de la empresa para contratar, por lo que no es creíble que la empleadora no tuviera conocimiento de esas dos contrataciones irregulares ni que se desconociera que esas dos personas formaran parte de su plantilla, ni que se realizaran pedidos ficticios a la empresa Bogmatic -que fue la que contrató formalmente a esas personas- a efectos de abonar los salarios de dichos empleados.

No obstante el conocimiento obtenido por la empresa de denuncias de irregularidades a través de correos electrónicos, según se constata acreditado (hecho probado decimosegundo, folio 477 de las actuaciones), la empresa no inició ninguna actuación hasta tiempo después.



En consecuencia, para la sentencia recurrida, el día inicial para el cómputo del plazo de **prescripción** debe ser el del último día en que el Sr. Erasmo y la Sra. Florencia prestaron irregularmente servicios para la empresa. Y ello porque la desidia empresarial, que permitía que continuaran prestando servicios sin formar parte de su plantilla ni de la de ninguna empresa subcontratada, no puede beneficiarla mediante la ampliación del plazo de **prescripción** de las faltas. En consecuencia, se declaran prescritas.

Y en lo que se refiere a la infracción consistente en la tolerancia con los incumplimientos laborales del Sr. Teodoro , se indica que la empresa tuvo conocimiento de los mismos mediante correo electrónico recibido el 10 de febrero de 2011, sin que la empresa tomara decisión alguna sino hasta el cabo de 5 meses, cuando recibió una segunda denuncia por la misma vía. Y si bien en los correos electrónicos no se hacía referencia a una persona concreta, lo cierto es que su contenido permitía identificarla. En este caso, la empresa dejó pasar cinco meses sin iniciar investigación alguna, por lo que el plazo prescriptivo de seis meses ha de computarse desde el 10/2/2011. Por tanto, dicha falta también se declara prescrita.

SEGUNDO.- - 1.- Recurre la empresa en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción del art. 60.2 del ET , invocando de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 11 de septiembre de 2014 (R. 1643/2013) que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador frente a la sentencia de instancia, que había desestimado la demanda del trabajador por despido disciplinario, declarándolo procedente.

Consta en dicha referencial, que el demandante también había prestado sus servicios retribuidos desde el 27.12.1995 para la demandada T-Systems Eltec S.L. con la categoría profesional de jefe de organización en la Delegación de la Zona Sur. Desde el 1.1.2010 rige en la empresa un proceso de compras estandarizado, del que se dió conocimiento al personal de la Delegación de la Zona Sur, entre ellos al demandante. El actor autorizó el 11/05/2011 la contratación de un trabajador -Sr. Erasmo - lo que se llevó a cabo a través de la mercantil REPARACIONES ELECTRÓNICAS BIGMATIC, SC, con la que T-SYSTEMS suele subcontratar, de forma que el contrato de trabajo, que se firmó materialmente en las instalaciones de T-SYSTEMS, fue suscrito entre BIGMATIC y el trabajador. El Sr. Erasmo estaba destinado a prestar sus servicios directamente en las instalaciones de la Consejería, y percibía su salario en metálico, previamente citado en un bar, mensualmente. T-SYSTEMS retribuía a BIGMATIC la referida prestación de servicios mediante el giro por ésta a aquélla de una factura mensual por cantidad variable por conceptos de servicios igualmente diversos cada mes, tales como "trabajos según presupuesto", intervención en equipos" o "instalación TPV", servicios que en realidad no se habían prestado. De todo lo relativo a la contratación y la prestación de servicios del trabajador, la empresa tuvo conocimiento en todo momento e intervenía directamente dando instrucciones precisas sobre el modo en que se debía actuar, sirviendo de enlace con BIGMATIC para requerirle el abono del salario al trabajador conforme al procedimiento creado al efecto. El Sr. Erasmo finalmente sería contratado directamente por T-SYSTEMS en fecha 9.12.2011.

En el código de conducta de la empresa demandada, del que el demandante recibió formación específica, todo trabajador tiene la responsabilidad de avisar sobre cualquier violación o sospecha de violación de las leyes, de los principios guía y de las políticas internas. La empresa recibió el 10 de febrero y el 6 de julio de 2011 unas denuncias anónimas, según las cuales en la Delegación de la Zona Sur se estaba favoreciendo a una subcontrata en perjuicio del personal del laboratorio, así como que el gerente de dicha subcontrata era un antiguo trabajador de la empresa y había pactado su salida con una indemnización de 45 días de salario por año de servicio cuando al poco tiempo, por la pérdida del cliente Cajasol, la empresa hubo de despedir a una veintena de trabajadores.

El 12.12.2011, la empresa inició una investigación para esclarecer determinadas irregularidades que podían estar sucediendo en la Delegación de la Zona Sur, en el curso de la cual la empresa tuvo conocimiento preciso de los hechos referidos a aquella contratación, y en el curso de dicha investigación se tomó declaración al hoy demandante, sin advertirle previamente de que lo que dijera podía ser utilizado en su contra. El día 25.1.2012 la empresa entregó al demandante carta de despido disciplinario.

La Sala de Suplicación desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia, tras no acceder con carácter previo a la revisión de hechos probados, salvo la subsanación de un error de transcripción.

Respecto al motivo de recurso de suplicación que denunciaba la infracción del art. 60 ET referido al "dies a quo" del plazo de **prescripción**, la Sala considera que es a partir de la investigación que se inicia en fecha 12 de diciembre de 2011 cuando los responsables de la empresa con facultades disciplinarias adquieren el primer conocimiento y van conformando un conocimiento cabal de los hechos porque la transgresión contractual del actor fue conocida el 12-12-11 por quien tenía capacidad disciplinaria. Añade la Sala que el cómputo de la **prescripción** de las faltas laborales que se cometen fraudulentamente, con ocultación y eludiendo los posibles controles del empresario, no se inicia hasta que tenga conocimiento de los hechos y pueda ejercer



sus facultades disciplinarias (SSTS 27-1-90 , RJ 224 ; 29-10-90 , RJ 7938 ; 28-1-91 , RJ 188 ; 26-3-91 , RJ 1901 ; 25-4-91 , RJ 5230 ; 12-2- 92 , RJ 970 ; 26-5-92 , RJ 3608 ; 3-11-93 , RJ 8536 ; 25-7-02 RJ 9592). Entre ambas resoluciones concurre la necesaria contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la Ley de la Jurisdicción Social.

TERCERO.- La recurrente alega la infracción del artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores disconforme con la fijación del "dies a quo " fijado por la sentencia recurrida para la determinación del plazo de **prescripción** de las faltas imputadas al trabajador.

El debate que se suscita es el relativo a la determinación del día inicial del plazo en la denominada " **prescripción** larga " , de seis meses establecido en el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores cuando existe un transcurso de tiempo superior entre la fecha de comisión de los actos que se imputan al trabajador y la fecha en la que se impone la sanción disciplinaria .

En el caso que nos ocupa, debemos partir de la redacción original del relato histórico con la excepción del hecho declarado probado noveno al haberse admitido en suplicación la modificación parcial del ordinal citado a cuyo texto se añadió lo siguiente : «*La primera denuncia contra la Delegación de Andalucía (siendo el Delegado Borja) se recibió en el BUZÓN DE CORREO DE TSE EN BARCELONA,, por correo electrónico de 10/2/2011 se puso de manifiesto la contratación como responsable de laboratorio a quien es responsable de la empresa con la que subcontrata la reparación de maquinaria,, quien además antes del despido de trabajadores por la pérdida del cliente de CAJASOL, con una indemnización de 20 días, se le indemnizó con 45 días de reconocimiento de improcedencia del despido. De dicho correo se le dio traslado al actor (folio 469 de la demandada y Documento H-1 del actor) . Este correo se recibió en 'el BUZÓN DE TSE, y fue remitido por Felicísima (DE LA DIRECCIÓN DE RECURSOS HUMANOS de la empresa TSYSTEMS sita en BARCELONA) a Juan Ignacio , Ismael , Aquilino , Angelina , adjuntando la CARTA DENUNCIA RECIBIDA CONTRA LA DELEGACIÓN DE ANDALUCÍA, que fue reenviado por Ismael a Borja , y que este lo reenvió a Belarmino , y la Dirección de la empresa después de investigar los hechos se las subcontrataciones de Erasmo , Florencia Y Teodoro -BIGMATIC.»*

De la extensa carta de despido se desprende que los motivos para la sanción fueron la contratación irregular del Sr. Erasmo en mayo de 2010 y de la Sr^a Florencia en octubre de 2010 así como la tolerancia con los incumplimientos laborales del trabajador Sr. Teodoro acerca de los cuales se recibieron en la empresa correos electrónicos el 10 de febrero, dirigido al Comité de Barcelona y en julio ambos de 2011, coincidiendo las fechas con un periodo de conflictividad laboral, huelga convocada en febrero, en los que no se hacía referencia a persona concreta, aunque describía su situación en la empresa D. Jon, del que no consta su posición en empresa remitió el 6 de julio de 2011 entre otros al Sr Belarmino, de quien el actor era persona de confianza, un correo pidiendo la investigación de los hechos a los que se referían dichos correos. En septiembre de 2011 D. Mariano decidió iniciar una visita de campo a la Delegación en Sevilla para dilucidar los hechos. El 12 de diciembre de 2011 la empresa comunica al actor que se inicia la investigación de los hechos y que se le exime cautelarmente de prestar servicios al tiempo que se le pide la entrega de los instrumentos electrónicos. Por escrito de la misma fecha se comunica al Comité de Empresa que se procede a la investigación de los hechos y a las medidas de suspensión cautelar y de registro de ordenadores. El 25 de enero de 2012 la empresa comunicó por escrito el despido al actor.

En diciembre de 2011, según la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia pero con indudable valor de hecho probado y en relación con el hecho declarado probado decimoctavo, fueron llevadas a cabo las entrevistas con los trabajadores de la planta ya que con anterioridad se había llevado a efecto la investigación "sobre papel" de la que nada resultó por lo que puede afirmarse que el conocimiento cabal del entramado de comportamientos que incluyen subcontrataciones e intervención en la actividad de la demandada de un trabajador que es administrador único de otra empresa dedicada a la misma actividad que T-SYSTEMS- ELTEC S.L. no pudo obtenerse en las fechas que la sentencia considera como datación a quo. El conjunto de lo acreditado permite afirmar la existencia de ocultación, facilitada por la posición de confianza del actor respecto del Sr. Belarmino y en consecuencia activar el criterio jurisprudencial en lo que concierne a la ocultación de los hechos, la necesidad de llevar a cabo una compleja investigación momento en el que se entiende logrado un conocimiento cabal aquellos.

Así, hemos de coincidir con el Ministerio Fiscal que en su informe se hace eco del consolidado criterio con cita de la STS de 19 de septiembre de 2011 (R C U D) cuyos términos son los siguientes :

«1).- En los supuestos de despidos por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza, "la fecha en que se inicia el plazo de **prescripción** establecido en el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores no es aquella en que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos".



(sentencias de 25 de julio del 2002 , 27 de noviembre y 31 de enero del 2001 , 18 de diciembre del 2000 , 22 de mayo de 1996 , 26 de diciembre de 1995 , 15 de abril de 1994 , 3 de noviembre de 1993 , y 24 de septiembre y 26 de mayo de 1992); 2).- Se ha de entender que ese conocimiento cabal y exacto lo tiene o adquiere la empresa, cuando el mismo llega a un órgano de la misma dotado de facultades sancionadoras o inspectoras (sentencias de 25 de julio del 2002 , 31 de enero del 2001 , 26 de diciembre de 1995 y 24 de noviembre de 1989); 3).- En los supuestos en que los actos transgresores de la buena fe contractual se cometen por el trabajador de modo fraudulento o con ocultación, eludiendo los posibles controles del empresario, debe tenerse en cuenta que tal ocultación "no requiere ineludiblemente actos positivos, basta para que no empiece a computarse la **prescripción**, que el cargo que desempeña el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la mis falta cometida, pues en este supuesto, el estar de modo continuo gozando de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia es una falta continua de lealtad que impide mientras perdura que se inicie el cómputo de la **prescripción**" (sentencias de 25 de julio del 2002 y 29 de septiembre de 1995)".

"Es obvio que el conocimiento empresarial a que se refiere la jurisprudencia reseñada tiene que ser un conocimiento efectivo, real y cierto, no siendo aceptable sustituir ese conocimiento real y cierto por la mera posibilidad de haber tenido la empresa noticia de los hechos acontecidos, sin que ese conocimiento hubiese tenido lugar, y menos aún cabe admitir a este respecto la aplicación de ficciones o suposiciones".

"Como se vio, esta doctrina jurisprudencial ha declarado que no basta, a los efectos del inicio del plazo prescriptivo, con que la empresa tenga "un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas", pues a tales efectos se requiere "un conocimiento cabal, pleno y exacto" de los hechos acaecidos. Y es impensable que un conocimiento de caracteres tan exigentes y rigurosos se alcance por el simple hecho de que se hayan recogido en la contabilidad de la empresa las anotaciones o asientos relativos a las operaciones de que se trate".

"La jurisprudencia comentada exige que sean las personas u órganos de la empresa que tienen competencias sancionadoras o inspectoras, quienes tengan el referido conocimiento de los hechos acontecidos, y es prácticamente imposible que los concretos asientos contables diarios de la empresa sean conocidos por esas personas u órganos, salvo en el caso de que éstos realicen una auditoria o un expediente informativo en relación a tales asientos".

"Conforme a la jurisprudencia a que venimos aludiendo, la ocultación se debe considerar existente en los casos en que el empleado infractor desempeña un cargo que le obligue "a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, pues en este supuesto, al estar de modo continuado gozando de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continua de lealtad que impide mientras perdura que se inicie el cómputo de la **prescripción**."»

Con arreglo a la doctrina de mérito , descartadas como fechas para el inicio de la actividad sancionadora tanto de investigación como decisoria las que corresponden a las fechas de comisión de los actos imputados, debido a la ocultación de los mismos , la de 10 de febrero de 2011 remitida por correo electrónico al buzón de correo de la empresa en Barcelona y de los correos de julio de 2011, hechos en forma anónima , en momentos coincidentes con una situación de conflictividad laboral , dirigidos a quienes carecían de atribuciones para iniciar una actividad sancionadora reenviados a su vez al actor quien los hizo llegar al Sr. Belarmino según el correo al que la sentencia se remite con el comentario " otro ataque más ", "esto empieza a convertirse en un tema personal" y por el contrario deberá partirse del 16 de enero de 2012 fecha en la que D. Belarmino y otros trece trabajadores firman un escrito manifestando que han sido informados de que se estaba llevando a cabo una investigación interna en la Delegación Sevilla durante la que se requirió su intervención a fin de ser entrevistado para esclarecer los hechos ya que para esa fecha y a falta de ulterior investigación se entiende alcanzado el cabal conocimiento de los hechos y de la responsabilidad en la que pudiera incurrir el demandante ya que es gracias a dicha actividad de investigación como se pudo quebrar la inicial cortesía de confianza depositada en el demandante y otorgar el debido crédito a unas denuncias que por su anonimato y "social" inoportunidad no merecieron consideración alguna , concluyendo con la falta de **prescripción** en la fecha de imposición de la sanción el 25 de enero de 2012 , incurriendo así la sentencia recurrida en la vulneración del artículo 60.2 de la L J S .

Lo expuesto conduce , de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal a la estimación del recurso interpuesto y casar y anular la sentencia , resolviendo el debate de suplicación con estimación del recurso de igual naturaleza sin que hay lugar a la imposición de las costas , a tenor de lo preceptuado en el artículo 2 35 de la L G S .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido



: Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa T-Systems Eltec, S.L. (actualmente denominada Eltec It Services, S.L.) representada y asistida por el letrado D. José Miguel Caballero Real contra la sentencia dictada el 22 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 2159/2015. Casar y anular la sentencia recurrida y en su lugar dictamos nueva sentencia en la que resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el de igual naturaleza interpuesto por D. Borja y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla de fecha 13 de mayo de 2013, en autos nº 306/2012 cuya firmeza declaramos. Sin costas con devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir así como de las consignaciones efectuadas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 3540/2016.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 3540/2015 para sostener la posición que sostuve en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, y fundo este voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- Muestro mi disconformidad con lo resuelto por la mayoría de la Sala, en los términos que la que suscribe expresó en la deliberación, es decir:

Sobre la contradicción (art. 219 LRJS), por entender que atendiendo a las circunstancias concurrentes debió apreciarse la falta de contradicción;

Y sobre el fondo, por entender que las faltas imputadas al trabajador se encuentran afectadas por la **prescripción** (art. 60 ET), sin que pueda estimarse que ha existido ocultación de los hechos.

1.- Sobre la contradicción:

a.- Como señala la sentencia mayoritaria a modo de antecedente, es objeto del presente recurso, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 22 de junio de 2016 (R. 2159/2015) que con estimación del recurso formulado por el actor, declara la improcedencia del despido impugnado.

En dicha sentencia, consta acreditado que: El actor prestó servicios para la demandada T Systems Eltec SL -actualmente denominada Eltec IT Services SL- desde el 1 de agosto de 1994, con la categoría de Jefe 1ª administrativo. Por escrito de 12 de diciembre de 2011 la empresa comunicó al actor el inicio de una investigación en la delegación de Sevilla, de la que era responsable, a fin de esclarecer determinadas irregularidades. Asimismo, se le comunica la suspensión de su obligación de prestar servicios, con mantenimiento de salario y de las obligaciones empresariales con la Seguridad Social. Al no haber finalizado la investigación en el plazo indicado en el primer escrito, la suspensión fue prorrogada hasta el 18 de enero de 2012, comunicándosele dicha circunstancia al actor mediante escrito de 10 de enero de 2012. El 25 de enero de 2012 la empresa comunicó al actor su despido por motivos disciplinarios; despido que también fue comunicado al Comité de empresa en la misma fecha.

b- Impugnada la decisión extintiva, la sentencia de instancia la declara procedente.

La sentencia de suplicación, tras estimar en parte la modificación del relato fáctico, aprecia la **prescripción** de las faltas.

Recuerda dicha Sala que es reiterada la doctrina jurisprudencial -entre otras, STS de 15/7/2003 (R. 3217/2002)- que establece que cómputo del plazo de **prescripción** largo comienza desde que se cometió la falta y no cuando la empresa tuvo conocimiento de ella. Y si bien cuando se trata de faltas cometidas de forma continuada en el tiempo o faltas ocultadas, el día de inicio del plazo prescriptivo no es aquel en que se cometió cada una de ellas, sino aquel en que fue cometida la última o se tiene cabal y exacto conocimiento de ella, lo cierto es que ello no habilita a la empresa para iniciar la investigación cuando lo tenga por conveniente o para prolongar las averiguaciones indefinidamente.



Y aplicando dicha doctrina al caso enjuiciado, señala que: Se imputa al actor en primer lugar la contratación ilegal del Sr. Erasmo en mayo de 2010 y de la Sra. Florencia en octubre de 2010; y aun considerando que ello constituye una conducta continuada, no consta que hubiera ocultación alguna por parte de la actor, que no tenía poderes de la empresa para contratar, por lo que no es creíble que la empleadora no tuviera conocimiento de esas dos contrataciones irregulares ni que se desconociera que esas dos personas formaran parte de su plantilla, ni que se realizaran pedidos ficticios a la empresa Bogmatic -que fue la que contrató formalmente a esas personas- a efectos de abonar los salarios de dichos empleados.

No obstante el conocimiento obtenido por la empresa de denuncias de irregularidades a través de correos electrónicos, según se constata acreditado (hecho probado decimosegundo, folio 477 de las actuaciones), la empresa no inició ninguna actuación hasta tiempo después.

En consecuencia, para la sentencia recurrida, el día inicial para el cómputo del plazo de **prescripción** debe ser el del último día en que el Sr. Erasmo y la Sra. Florencia prestaron irregularmente servicios para la empresa. Y ello porque la desidia empresarial, que permitía que continuaran prestando servicios sin formar parte de su plantilla ni de la de ninguna empresa subcontratada, no puede beneficiarla mediante la ampliación del plazo de **prescripción** de las faltas. En consecuencia, se declaran prescritas.

Y en lo que se refiere a la infracción consistente en la tolerancia con los incumplimientos laborales del Sr. Teodoro, se indica que la empresa tuvo conocimiento de los mismos mediante correo electrónico recibido el 10 de febrero de 2011, sin que la empresa tomara decisión alguna sino hasta el cabo de 5 meses, cuando recibió una segunda denuncia por la misma vía. Y si bien en los correos electrónicos no se hacía referencia a una persona concreta, lo cierto es que su contenido permitía identificarla. En este caso, la empresa dejó pasar cinco meses sin iniciar investigación alguna, por lo que el plazo prescriptivo de seis meses ha de computarse desde el 10/2/2011. Por tanto, dicha falta también se declara prescrita.

c- Recurre la empresa en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción del art. 60.2 del ET e invocando de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 11 de septiembre de 2014 (R. 1643/2013) que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador frente a la sentencia de instancia, que había desestimado la demanda del trabajador por despido disciplinario, declarándolo procedente.

Consta en dicha referencial, que el demandante también había prestado sus servicios retribuidos desde el 27.12.1995 para la demandada T-Systems Eltec S.L. con la categoría profesional de jefe de organización en la Delegación de la Zona Sur. Desde el 1.1.2010 rige en la empresa un proceso de compras estandarizado, del que se dió conocimiento al personal de la Delegación de la Zona Sur, entre ellos al demandante. El actor autorizó el 11/05/2011 la contratación de un trabajador -Sr. Erasmo - lo que se llevó a cabo a través de la mercantil REPARACIONES ELECTRÓNICAS BIGMATIC, SC, con la que T-SYSTEMS suele subcontratar, de forma que el contrato de trabajo, que se firmó materialmente en las instalaciones de T-SYSTEMS, fue suscrito entre BIGMATIC y el trabajador. El Sr. Erasmo estaba destinado a prestar sus servicios directamente en las instalaciones de la Consejería, y percibía su salario en metálico, previamente citado en un bar, mensualmente. T-SYSTEMS retribuía a BIGMATIC la referida prestación de servicios mediante el giro por ésta a aquélla de una factura mensual por cantidad variable por conceptos de servicios igualmente diversos cada mes, tales como "trabajos según presupuesto", intervención en equipos" o "instalación TPV", servicios que en realidad no se habían prestado. De todo lo relativo a la contratación y la prestación de servicios del trabajador, la empresa tuvo conocimiento en todo momento e intervenía directamente dando instrucciones precisas sobre el modo en que se debía actuar, sirviendo de enlace con BIGMATIC para requerirle el abono del salario al trabajador conforme al procedimiento creado al efecto. El Sr. Erasmo finalmente sería contratado directamente por T-SYSTEMS en fecha 9.12.2011.

En el código de conducta de la empresa demandada, del que el demandante recibió formación específica, todo trabajador tiene la responsabilidad de avisar sobre cualquier violación o sospecha de violación de las leyes, de los principios guía y de las políticas internas. La empresa recibió el 10 de febrero y el 6 de julio de 2011 unas denuncias anónimas, según las cuales en la Delegación de la Zona Sur se estaba favoreciendo a una subcontrata en perjuicio del personal del laboratorio, así como que el gerente de dicha subcontrata era un antiguo trabajador de la empresa y había pactado su salida con una indemnización de 45 días de salario por año de servicio cuando al poco tiempo, por la pérdida del cliente Cajasol, la empresa hubo de despedir a una veintena de trabajadores.

El 12.12.2011, la empresa inició una investigación para esclarecer determinadas irregularidades que podían estar sucediendo en la Delegación de la Zona Sur, en el curso de la cual la empresa tuvo conocimiento preciso de los hechos referidos a aquella contratación, y en el curso de dicha investigación se tomó declaración al hoy



demandante, sin advertirle previamente de que lo que dijera podía ser utilizado en su contra. El día 25.1.2012 la empresa entregó al demandante carta de despido disciplinario.

La Sala de Suplicación desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia, tras no acceder con carácter previo a la revisión de hechos probados, salvo la subsanación de un error de transcripción.

Respecto al motivo de recurso de suplicación que denunciaba la infracción del art. 60 ET referido al "dies a quo" del plazo de **prescripción**, la Sala considera que es a partir de la investigación que se inicia en fecha 12 de diciembre de 2011 cuando los responsables de la empresa con facultades disciplinarias adquieren el primer conocimiento y van conformando un conocimiento cabal de los hechos porque la transgresión contractual del actor fue conocida el 12-12-11 por quien tenía capacidad disciplinaria. Añade la Sala que el cómputo de la **prescripción** de las faltas laborales que se cometen fraudulentamente, con ocultación y eludiendo los posibles controles del empresario, no se inicia hasta que tenga conocimiento de los hechos y pueda ejercer sus facultades disciplinarias (SSTS 27-1-90, RJ 224 ; 29-10-90, RJ 7938 ; 28-1-91, RJ 188 ; 26-3-91, RJ 1901 ; 25-4-91, RJ 5230 ; 12-2-92, RJ 970 ; 26-5-92, RJ 3608 ; 3-11-93, RJ 8536 ; 25-7-02 RJ 9592).

La sentencia referencial fue recurrida por el trabajador en casación para la unificación de doctrina, aportando a su vez como sentencia referencial, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Sevilla- de 21 de abril de 2009 (rec. 2497/2008), dictándose por esta Sala IV / TS Auto de fecha 02/02/2016, por el que se acuerda declarar la inadmisión del recurso, por falta de contradicción.

d- De la comparación de ambas sentencias, entiende la que suscribe -dicho sea una vez más con los debidos respetos al voto mayoritario-, que se desprende que, si bien se trata de trabajadores de una misma empresa, que son sancionados por unos mismos o similares hechos, los pronunciamientos son dispares. Ahora bien, la dispar solución de las sentencias comparadas, viene razonada en la concurrencia de circunstancias fácticas distintas:

Así, en la sentencia recurrida, se llega a la conclusión de que las faltas imputadas al trabajador en la carta de despido se encuentran afectadas por la **prescripción**, porque desde el correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2011 (hecho probado decimosegundo, folios 477 que se da por reproducido) la empresa pudo comprobar los hechos que han servido de base para imponer al trabajador la sanción de despido disciplinario impugnada, no obstante lo cual ninguna investigación se inició hasta tiempo después. Y teniendo en cuenta la fecha de tal conocimiento (10/02/2011) y la de notificación al actor del despido que se produce el 21/01/2012, es claro que han transcurrido más de seis meses.

Por otro lado, en la sentencia de contraste, nada de ello se constata, y se parte de la fecha que se señala como de inicio de la investigación (12/12/2011), produciéndose el despido en fecha 25/01/2012, con lo cual no se aprecia la **prescripción** de las faltas.

Partiendo de tales datos, entiendo que debió apreciarse la falta de contradicción, como apreció la Sala en Auto de 2 de febrero de 2016 (rcud. 244/2015), en que en relación al primer motivo de recurso que allí se plantea (infracción art. 60 ET), una de las sentencias entendía que no pudo haber ocultación ante tal magnitud de hechos y la otra que sí la hubo; y ello en supuesto de trabajador de la misma empresa (T-Systems Eltec, SL), en que las circunstancias fácticas son las mismas y los hechos probados similares.

La sentencia recurrida en el procedimiento del que dimana el referido Auto, es la del TSJ Andalucía (Sevilla) de 11/09/2014 (rec. 1643/2013), (**que justamente en el presente se aporta como referencial**) habiendo aportado el trabajador recurrente en aquél como sentencia referencial, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Sevilla- de 21 de abril de 2009 (rec. 2497/2008), dictándose por esta Sala IV / TS el referido Auto de fecha 02/02/2016, por el que se acuerda declarar la inadmisión del recurso, por falta de contradicción.

2.- De la comparación de ambas sentencias se desprende que, si bien se trata de trabajadores de una misma empresa, que son sancionados por unos mismos o similares hechos, los pronunciamientos son dispares. Ahora bien, la dispar solución de las sentencias comparadas, viene razonada en la concurrencia de circunstancias fácticas distintas:

Así, en la sentencia recurrida, se llega a la conclusión de que las faltas imputadas al trabajador en la carta de despido se encuentran afectadas por la **prescripción**, porque desde el correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2011 (hecho probado decimosegundo, folios 477 que se da por reproducido) la empresa pudo comprobar los hechos que han servido de base para imponer al trabajador la sanción de despido disciplinario impugnada, no obstante lo cual ninguna investigación se inició hasta tiempo después. Y teniendo en cuenta la fecha de tal conocimiento (10/02/2011) y la de notificación al actor del despido que se produce el 21/01/2012, es claro que han transcurrido más de seis meses.



Por otro lado, en la sentencia de contraste, nada de ello se constata, y se parte de la fecha que se señala como de inicio de la investigación (12/12/2011), produciéndose el despido en fecha 25/01/2012, con lo cual no se aprecia la **prescripción** de las faltas. En consecuencia no concurren los requisitos exigidos por el art. 219 LRJS.

2.- Sobre el fondo.-

A.-Discrepo del criterio mayoritario por las siguientes razones:

Denuncia la empresa recurrente la infracción del art. 60.2 del ET . Dicho precepto establece que: *"Respecto a los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido."*

El precepto establece una doble previsión en relación a la **prescripción**, pues mientras la de los veinte días (o "**prescripción** corta") comienza a contar desde que la empresa tuvo conocimiento de la comisión de la falta, la de los seis meses (o "**prescripción** larga") comienza a contar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tiene conocimiento de la misma, con el fin de que la pendencia de una posible falta se perpetúe a lo largo del tiempo.

Así lo viene reiterando esta Sala IV/ TS, entre otras en la sentencia de 15-julio-2003 (rcud. 3217/2002), señalando que:

"2.- La cuestión litigiosa a resolver se concreta en determinar, en consecuencia el "dies a quo" de la **prescripción** de los seis meses que se recoge en el art. 60.2 ET para las faltas muy graves en un supuesto, como el aquí planteado, en el que el demandante tenía la condición de Jefe de producto con facultades para ocultar las posibles faltas laborales producidas dentro de su ámbito de dirección; y más en concreto si aquellos seis meses deben computarse a partir del día en que el interesado fue trasladado y por lo tanto ya no le era posible seguir ocultándolas o a partir del día en que la empresa hizo una auditoría con posterioridad a la efectividad de aquel traslado. No se trata, por otra parte, de un supuesto de interrupción de la **prescripción** sino de señalar la fecha de nacimiento de la misma.

3.- Para resolver esta cuestión es necesario partir de la propia redacción del art. 60.2 del Estatuto en el que lo que se dispone es que las faltas muy graves prescriben "a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tiene conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido". Como puede apreciarse, existe una doble previsión y un doble régimen jurídico en relación con la **prescripción** pues mientras la de los veinte días, conocida como "**prescripción** corta" comienza a contar desde que la empresa tuvo conocimiento de la comisión de la falta, la de los seis meses o "**prescripción** larga" comienza a contar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento de la misma. Esta es la regla general que deriva del hecho de que, como esta Sala ha dicho de forma reiterada - por todas SSTs de 21-7-1986 , 24-7-1989 - el instituto de la **prescripción** está directa y funcionalmente vinculado al principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución , que no permite que la pendencia de una posible sanción disciplinaria se perpetúe por tiempo indefinido.

La regla de partida para el cómputo del plazo largo de **prescripción** es, pues, la establecida legalmente de que ésta comienza a contar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento de la misma.

Siendo éste el principio y la norma, existen situaciones en las que aplicar esta previsión en su literalidad haría imposible la persecución de determinadas faltas, cual es el caso de las faltas continuadas o de las faltas ocultadas por el propio trabajador prevaleciendo de las facultades otorgadas por su situación personal en la empresa. En el caso de las faltas continuadas, conceptuando como tales aquellas que "responden a una conducta que se prolonga en el tiempo, a través de una pluralidad de hechos consecutivos dotados de unidad de propósito que corresponden al mismo tipo de infracción", dada la unidad de propósito que las mueve, esta Sala ha dicho de forma reiterada que el plazo de **prescripción** de los seis meses no comienza el día en que se cometió cada falta sino el día en que se cometió la última "pues es a partir de ese último hecho cuando cesa esa conducta continuada que debe ser apreciada de forma conjunta a efectos de su sanción", bien sea por abandono voluntario de dicha conducta, bien por la investigación de tal conducta llevada a cabo por el empresario - SSTs 27-11-1984 , 6-10-1988 , 15-9-1988 , 21-11-1989 , 25-6-1990 , 7-11-1990 , 19-12-1990 -. En el caso de las faltas ocultadas por el trabajador que se prevalece de su condición para impedir que el empleador tenga conocimiento de las mismas se ha considerado, bajo el mismo criterio anterior, que el plazo de los seis meses no puede comenzar a computar sino desde que cesó aquella actividad de ocultación del empleado pues esta conducta en sí misma constituye una falta de deslealtad y un fraude que impide que la **prescripción** pueda comenzar, razón por la cual " el término de seis meses ha de contarse desde que se dan las circunstancias precisas para que la transgresión sea conocida" - STS 25-6-1990 -, más en concreto "desde



que cesó la ocultación" - TS 27-1-1990, Auto TS 15-7-1997 (Rec.-73/1997) -, aunque también se ha dicho que en estos casos computará la **prescripción** a partir de los seis meses desde que la empresa tuvo conocimiento de la falta cometida y ocultada - STS 25-4-1991 (Rec.- 500/00), 3-11-1993 (Rec.- 2276/91), 29-9- 1995 (Rec.- 808/95), Auto TS 12-6-2002 (Rec.- 2274/01) -, siempre partiendo de la base de una ocultación mantenida eludiendo los posibles controles del empresario.

Lo que ha hecho la jurisprudencia en estos casos excepcionales referidos a las faltas continuadas y a las faltas ocultadas no es modificar la regla legal de cómputo, como no puede hacer en atención al principio constitucional de legalidad - art. 117.1 CE - sino aplicar las previsiones legales a tal tipo de faltas para entender que en estos casos el día en que fueron cometidas es aquel en el que se cometió la última o en que cesó la deslealtad en que se traducían la ocultación; o, lo que es igual, la Jurisprudencia no ha modificado la regla legal aunque si que la ha acomodado a las circunstancias de cada caso para aceptar que mientras la falta se esté cometiendo - por continuada o por ocultada - la apreciación por el empresario de su comisión constituye el momento inicial del plazo de los seis meses por cuanto desde entonces, aunque el empleado siga cometiéndola o intentando ocultarla, ya es patente para él y debe sancionarla. Pero partiendo siempre de la base de que el trabajador sigue ocultándola o cometiéndola, pues en el caso de que estas circunstancias no se den el plazo de los seis meses habrá de esperar desde la última falta cometida (en caso de falta continuada) o desde que cesó la ocultación (caso de faltas ocultadas), en aplicación del principio legal."

En el presente caso no nos encontramos ante un supuesto de ocultación, por la propia forma de actuar del trabajador pues es difícilmente comprensible que la empresa pueda ignorar las irregularidades que se constatan cometidas. Pero a mayor abundamiento, el correo electrónico de fecha 10 de febrero de 2011 (h.p. decimosegundo -folio 477-) ya apuntaba la existencia de tales irregularidades, y a pesar de ello no inicia la investigación hasta el 12 de diciembre de 2011, produciéndose el despido en fecha 25 de enero de 2012, con lo cual ha de apreciarse la **prescripción**, que opera por el mero transcurso del plazo de seis meses desde su comisión.

B.- Limitado el recurso a la cuestión examinada, y habiéndolo entendido así la sentencia recurrida, que valora el relato fáctico en su totalidad, en los términos que queda plasmado tras la ampliación del mismo en suplicación, entiendo que el recurso debió desestimarse, porque no puede negarse el conocimiento empresarial de las irregularidades y contrataciones que se venían haciendo en la empresa sin ocultación alguna, además comunicadas y evidenciadas por los referidos correos electrónicos, como clara y extensamente refleja la sentencia recurrida a la que me remito, por lo que -entiendo- operó la **prescripción** de las faltas muy graves imputadas al actor. Así, y sin mayor consideración, debió desestimarse el recurso, confirmando la sentencia recurrida.

Es en este sentido que formulo el presente voto particular.

En Madrid, a 14 de septiembre de 2018