



Roj: **STSJ CL 5917/2013 - ECLI: ES:TSJCL:2013:5917**

Id Cendoj: **47186340012013102134**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **27/12/2013**

Nº de Recurso: **1620/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MANUEL MARIA BENITO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 02163/2013

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2013 0000226

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001620 /2013

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000061 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de VALLADOLID

Recurrente/s: FUNDACION MUSEO PATIO HERRERIANO

Abogado/a: JUAN ANTONIO SALDAÑA CARRETERO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: Milagros

Abogado/a: JOSE M^a BLANCO MARTIN

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Ilmos. Sres.: Recurso 1620/13

D. Gabriel Coullaut Ariño

Presidente de la Sala

D. Manuel M^a Benito López

D. Juan José Casas Nombela /

En Valladolid a veintisiete de diciembre de dos mil trece

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente:



SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1620/13 interpuesto por FUNDACION MUSEO PATIO HERRERIANO DE ARTE CONTEMPORANEO ESPAÑOL DE VALLADOLID contra la **Sentencia** del Juzgado de lo Social 2 de Valladolid de fecha 28 de mayo de 2013 , recaída en autos nº 61/13, seguidos a virtud de demanda promovida por D^a Milagros contra precitado recurrente, sobre DESPIDO, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON Manuel M^a Benito López.

ANTECEDENTES DE HECHO

primero.- Con fecha 22-1-13, procedente de reparto, tuvo entrada en el Juzgado de lo Social 2 de Valladolid demanda formulada por D^a Milagros en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia declarando la nulidad del despido de la actora.

Segundo.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes: "**PRIMERO-** La demandante Da Milagros , con DNI NUM000 , viene prestando sus servicios por cuenta y a las ordenes de la entidad demandada FUNDACIÓN PATIO HERRERIANO DE ARTE CONTEMPORÁNEO ESPAÑOL DE VALLADOLID, como coordinadora, desde el 1.3.2006 percibiendo un salario mensual de 2.090,21 euros mensuales incluida la parte proporcional de las pagas extras. **SEGUNDO.-** Con fecha 10 de marzo de 2011 fue despedida por motivos disciplinarios y por sentencia del juzgado de lo Social n 1 de fecha 8 do julio de 2011 se declaró la nulidad del despido siendo readmitida a virtud de lo resuelto en dicha sentencia con fecha 11.3.2011 con clave de contrato de trabajo 401 y a partir del 15 de noviembre con clave 100. **TERCERO.-** La demandante estaba obligada, por razón del desempeño de su categoría profesional, a prolongar su jornada cuando ocurrieran determinados eventos, teniendo lugar de forma excepcional a lo largo del año. La Jornada laboral de la demandante debía desarrollarse en horarios de 9 a 14,30 horas y, de 16 a 19 horas, de lunes a jueves y, de 9 a 15 horas los viernes, permitiéndose una flexibilidad a la entrada del trabajo de treinta minutos, no siendo remuneradas las horas extraordinarias. La demandante, con jornada completa, de forma habitual, al menos desde noviembre de 2.008, viene presentando un registro de entrada en la que la jornada se inicia transcurridas las 9,00 horas. **CUARTO.** - El día 3 de septiembre de 2012 envió el correo electrónico - cuyo texto obra al folio 86 - al informático Sr. Rafael indicando que tenía problemas de acceso a alguna páginas con Explorer y que tenía instalado Mozilla "dime por favor si hay algún problema", sin que el informático le contestara. **QUINTO.-** La demandante en horario de mañana ha accedido a su cuenta de facebook los días 25, 26, 29 y 31 de octubre y 6,7,8 y 16 de nov. de 2013 y ha colgado convocatorias y comentarios , ha compartido enlaces y ha cambiado su foto de perfil. **SEXTO.-** El 8 de noviembre de 2012 la trabajadora recibe normas sobre horario cuyo contenido obra al folio 102 que en aras a la brevedad se dan aquí por reproducidas. **SEPTIMO.-** El 29 de noviembre de 2012 se le notifica despido disciplinario por carta cuyo tenor literal consta a los folios 7 y 8 que en aras a la brevedad se da aquí por reproducido por entradas al trabajo posteriores a las nueve de la mañana y acceso a su facebook imputándole faltas de deslealtad, indisciplina y desobediencia. **OCTAVO.-** La demandante no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores. **NOVENO.-** Con fecha 13 de diciembre de 2012 se presentó papeleta de demanda de conciliación, habiéndose celebrado el preceptivo acto de conciliación con fecha 3 de enero de 2013 con resultado sin avenencia.".-

Tercero.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha Sentencia por la demandada, fue impugnado por la actora. Elevados los autos a esta Sala se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que declaró la nulidad del despido impugnado con las consecuencias que fija, se alza en suplicación la representación letrada de Fundación Museo Patio Herreriano, condenada a asumirlas, destinado los dos primeros motivos de su recurso a la revisión de los hechos que declara probados.

En concreto interesa se dé nueva redacción al tercero del siguiente tenor: "*La jornada de la demandante y del resto de la plantilla era autoregulada por ellos mismos bajo los siguientes parámetros: entrada de 8 a 9, con flexibilidad horaria de esos 60 minutos, con la excepción de la semana de Ferias, en que el horario es de 9 a 14 horas y solo de mañana. Es obligatoria la realización de una tarde a la semana al menos y a quien exceda esa jornada no se le abonara tal exceso. Solo la actora incumplió tales horarios en los términos que constan en la carta de despido que se da por reproducida a estos efectos*". Pues bien no cabe admitir indicada revisión al menos en esos términos. Una cosa es que existiera normativa interna sobre horario laboral del personal de



Fundación (cita al efecto la de enero de 2006 y actualización de septiembre de 2011) y otra que de hecho se viniera exigiendo y se cumpliera, siendo que, en el caso de la actora, se tiene por acreditado se le permitía una flexibilidad a la entrada del trabajo de 30 minutos y que de forma habitual y al menos desde noviembre de 2008 viene presentando un registro de entrada en que la jornada se inicia transcurridas las 9 horas y que no consta precisa instrucción de entrada antes de esa hora hasta el 8 de noviembre de 2012, extremos esos no desvirtuados por aquella normativa y otra prueba que cita, si bien es cierto que entre la misma se cuenta amonestación que se hiciera a la actora en fecha 4 de octubre de 2012, entre otros, por retrasos a la hora de entrada. Y no es asumible la mención de que sólo la actora incumplió tales horarios por comparativa con los registros horarios de otros trabajadores (fol. 273 a 354), cuando, a más de comprender los aportados por la empresa hasta diciembre de 2012 (la actora fue despedida el 29 de noviembre), lo que evidencian es que otros trabajadores también entraban más tarde de las 9, sin que se justifiquen tampoco en todos los casos tales retrasos con la documentación aportada al efecto (fol. 355 y ss).

Y pide también la modificación del ordinal sexto y su sustitución por el siguiente texto: "*El día 8 de agosto de 2013, Carlos Daniel remitió un correo electrónico a diversos empleados de la Fundación, entre los que estaba la actora, en el que se avisaba de la colocación en el tablón de las nuevas normas sobre confidencialidad; y el 9 del mismo mes remitió a la actora otro correo al que acompañaba dichas normas que recordaban la prohibición de utilizar Internet para fines privados durante la jornada laboral*". Pues bien, el texto propuesto nada tiene que ver con el que pretende sustituir, siendo que indicado ordinal la Juzgadora reseña que el 8 de noviembre de 2012 la trabajadora recibe normas sobre horario cuyo contenido obra al fol. 102, y ello no se desvirtúa por ninguna de las pruebas que cita, sin que sirva tampoco el alegato de que lo consignado en tal ordinal habría quedado vacío de contenido a tenor de la revisión interesada en punto anterior, que como se vio no fue atendida. Lo que en su caso procedería solicitar, siendo que efectivamente constan tales correos y normas de confidencialidad, sería incorporar tales datos a un nuevo ordinal, más ello resulta innecesario cuando la sentencia de instancia no pone en duda la existencia de tal prohibición de acceso a Internet para fines privados, siendo otra cuestión la relativa a la valoración que merezca la posible contravención de la misma por la actora.

SEGUNDO .- Ya en sede jurídica, denuncia la infracción, por interpretación errónea, de lo dispuesto en los art. 53.4 1 ET en relación con la doctrina de los Tribunales y en relación también con el art 54.2.a y b ET , alegando en primer término que existen unos incumplimientos reiterados y graves por parte de la actora justificativos del despido, y subsidiariamente que de no reputarse como graves en ningún caso nos encontraríamos ante una conducta discriminatoria por parte de la empresa.

Pues bien, coincidimos con la recurrente en que no procede la declaración de nulidad del despido. Como recuerda la STC 41/2006, de 13 de febrero (RTC 2006\41), "cuando se ventila un despido "pluricausal", en el que confluyen una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado". Y en este caso, para el despido disciplinario de la actora se invocan unos incumplimientos (retrasos a la hora entrada al trabajo y acceso a Internet para usos privados) que, al margen deber modalizarse con la restante circunstancialidad que se da por probada, resultan acreditados. En efecto consta que la actora, que ya había sido amonestada el 4 de octubre de 2012, sigue entrando tarde al trabajo incluso después del 8 de noviembre en que recibe instrucciones específicas para entrar antes de las 9, horario pues que venía obligada a cumplir y que no cabe soslayar por una anterior tolerancia o flexibilidad de la empresa, que de haberla finalizó entonces, ni porque en su caso otros trabajadores también lo hicieran, siendo que su actuación, de no justificarse (la empresa alega que si lo estaría), sería igualmente sancionable. Y asimismo se comprueba que la demandante, aún conociendo la prohibición de acceso a Internet para usos particulares desde el trabajo, habría accedido diversos días y en horario de mañana a su cuenta de facebook y colgado convocatorias y comentarios, compartido enlaces y cambiado su foto de perfil. Así las cosas es difícil sostener que su despido traiga causa de una reclamación por un despido anterior actuado en marzo de 2011 y declarado nulo por sentencia recaída en julio de ese año (por haber sido autora de un manifiesto en uso de su legítima libertad de expresión) con posterior readmisión por parte de la empresa, sin que consten incidencias reseñables en el decurso de la relación hasta el nuevo despido, que se sustenta en distintos incumplimientos, como se ha dicho reconocidos.

Ahora bien aquí acaban las coincidencias con la recurrente, siendo que los mismos no tienen la gravedad suficiente para ser sancionados con despido. Ni los retrasos injustificados al entrar al trabajo, que lo serían de entre 7 y 20 minutos algunos días desde el 8 de noviembre de 2012, cuando también consta habría prolongado su jornada otros y que no se compensaban los excesos de jornada, concurrente además la flexibilidad empresarial anterior y la inexistencia de sanciones previas relevantes por tal causa, únicamente se le amonestó en fecha próxima, sin que conste tampoco se sancionara a otros trabajadores que se retrasaran también en la



entrada (ni se justifiquen los retrasos en todos los casos). Como señala la STS de 5 julio 1988 (RJ 1988 \5763), "La sanción de despido, por constituir manifestación extrema de la potestad disciplinaria que corresponde al empresario, requiere que el incumplimiento contractual en que ha de fundarse presente los caracteres de gravedad y culpabilidad que exige el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores . Las infracciones que tipifica el artículo citado, en su segundo apartado - todas las cuales entrañan dicho incumplimiento-, ofrecen normalmente cotas de gravedad, en tanto que afectan a deberes básicos; así, las repetidas e injustificadas faltas de puntualidad impiden la prestación del débito laboral durante el tiempo correspondiente al retraso, lo que determina por lo general que su comisión presente la mencionada nota de gravedad. La conclusión expuesta admite, sin embargo, excepción, pues la indicada nota puede quedar excluida cuando la demora sea escasa y no genere perjuicios en el régimen de trabajo. De ahí que la comisión de tal falta, como señala la Sentencia de esa Sala de 21 de abril de 1983 (RJ 1983\1858), no opere como causa de despido de manera automática, sino que obliga a ponderar las circunstancias que medien y los efectos producidos". Debe tenerse en cuenta, además, el régimen que establezca para dichas faltas el orden normativo sectorial aplicable, que aquí ni siquiera se cita, que suele establecer qué retrasos y en qué circunstancias pueden constituir falta laboral y de qué entidad y en consecuencia cual es la sanción aplicable.

Respecto al hecho de haber accedido a las redes sociales o haber utilizado Internet en el trabajo cuando existía prohibición expresa, ni queda acreditado que lo hubiera hecho desde su equipo de trabajo ni siquiera en tiempo de trabajo, aunque si durante la jornada laboral, pudiendo serlo en tiempo de descanso (pausa para el café) o bien en momentos puntuales más sin que afectara a su rendimiento dada la escasa duración de los mismos, siendo en todo caso que la implantación de tal prohibición lo habría sido en fecha reciente (8 o 9 de agosto).

Por ello, aunque reprochable su actuación, no cabe entender reúna una gravedad y culpabilidad tales como para justificar la sanción de despido impuesta conforme a los preceptos del estatuto laboral que se citan por la recurrente. Y como no hay causa legal para la extinción del contrato y la causa real no se encuentra entre las determinantes de la nulidad del despido actuado, la calificación aplicable es la improcedencia, art. 55.4 del estatuto laboral, con las consecuencias previstas en el art. 56 del mismo. La indemnización ha de regularse según el régimen transitorio establecido por la ley 3/2012 , y la cifra resultante, salvo error u omisión, alcanza, partiendo de una antigüedad de 1-3-06 y salario/día de 68,71 euros, la cantidad de 20.252,27 euros

Por lo expuesto, y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

Que estimando en parte el Recurso de Suplicación interpuesto por Fundación Museo Patio Herreriano contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Valladolid, de fecha 28 de mayo de 2013 (Autos nº 61/13), seguidos a virtud de demanda promovida por D^a. Milagros contra precitada recurrente, sobre Despido, **revocamos la misma y declaramos la improcedencia, que no nulidad, del despido disciplinario de que fue objeto la actora en fecha 29 de noviembre de 2012, condenando a la Fundación demandada a optar, en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la presente, entre readmitirla en las mismas condiciones que tenía antes del despido, con abono en tal caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, o indemnizarla con la cantidad de 20.252,27 euros.** Devuélvase a la recurrente el depósito que constituyó para recurrir, aplicándose las demás cantidades consignadas al cumplimiento de lo dispuesto en esta sentencia.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la correspondiente certificación incorporándose su original al libro de sentencias.

Se advierte que contra la presente sentencia cabe recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros en la cuenta num. 4636 0000 66 1620- 2013 abierta a nombre de la Sección 1 de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO)**, acreditando el ingreso.



Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso, que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta sentencia, devuélvase los autos, junto con la certificación de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ