



Roj: **STSJ M 1064/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:1064**

Id Cendoj: **28079340062022100047**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/01/2022**

Nº de Recurso: **872/2021**

Nº de Resolución: **26/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social**

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

**NIG:** 28.079.00.4-2021/0054154

**Procedimiento Recurso de Suplicación 872/2021**

**MATERIA:** DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 35 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 611/21

RECURRENTE/S: D<sup>a</sup> Lorenza

**RECURRIDO/S: MAPFRE TECH SA**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En Madrid a veinticuatro de enero de dos mil veintidós.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA PRESIDENTE, D. MANUEL RUIZ PONTONES, D<sup>a</sup> SUSANA M<sup>a</sup> MOLINA GUTIÉRREZ**, Magistrados, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 26**

En el recurso de suplicación nº **872/21** interpuesto por la Letrada D<sup>a</sup> ANA CECILIA DE LA PUENTE ABAD en nombre y representación de **D<sup>a</sup> Lorenza** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **35** de los de MADRID, de fecha **17 DE SEPTIEMBRE DE 2021** , ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº **611/21** del Juzgado de lo Social nº **35** de los de Madrid , se presentó demanda por D<sup>a</sup> Lorenza contra, **MAPFRE TECH SA** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **17 DE SEPTIEMBRE DE 2021** cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que debo desestimar y DESESTIMO la demanda formulada por Lorenza , asistida de la*



*Letrada Ana Cecilia de la Puente Abad contra MAPFRE TECH S.A., asistida del Letrado Joaquín Castro Colas y, en consecuencia, debo declarar y DECLARO la procedencia del despido disciplinario de fecha de efectos de 23 de abril de 2021, ABSOLVIENDO a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra."*

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

*PRIMERO.- Lorenza ha prestado servicios laborales para MAPFRE TECH S.A., con una antigüedad reconocida de 30 de agosto de 2002, con la categoría profesional de soporte de tecnología y con un salario bruto anual de 44530 euros (hecho no controvertido, documento 1 del trabajador, 5 y 6 de la empresa).*

*SEGUNDO.- El 14 de abril de 2021 la empresa le comunicó la incoación de expediente sancionador, realizando las alegaciones la trabajadora (documento 2, 3 de la demanda, 1 a 4, 7 de la empresa).*

*TERCERO.- El 23 de abril fue despedida alegando el 64.3 a) y m) del Convenio Colectivo de Ámbito Estatal para las entidades de Seguros y Reaseguros, Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, en relación con el 54.2 d) y e) del Estatuto de los Trabajadores(documento 4 de la actora, 8 de la empresa).*

*CUARTO.- Se ha aportado como documento 9 de la empresa, certificado de horas de conexión y desconexión de la trabajadora.*

*QUINTO.- La trabajadora no fue sancionada ni amonestada previamente al despido (documento 10 de la empresa).*

*SEXTO.- No consta que la trabajadora fuese representante legal o sindical de los trabajadores en el año previo al despido.*

*SÉPTIMO.- La trabajadora actora promovió acto de Conciliación ante el SMAC 21 de mayo de 2021, sin que el mismo se hubiese celebrado (documento 6 de la demanda, documento incorporado a las actuaciones).*

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala. Habiéndose señalado para votación y fallo el día 19 de enero de 2022.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid, que ha desestimado su demanda, declarando la procedencia de su despido disciplinario, efectuado en fecha de 23-4-2021 por la entidad demandada MAPFRE TECH S.A., que ha impugnado el recurso.

El primer motivo se ampara en el art. 193.b) de la LRJS, para solicitar la adición de un nuevo hecho probado 8º con el texto siguiente:

*"No constan acreditados graves perjuicios o daños causados a la empresa derivados de la conducta de la trabajadora".*

Debido a tal formulación resulta obvio que la recurrente no puede citar documento alguno obrante en autos tal como exige el art. 196.3 de la LRJS. En los hechos probados solamente deben constar los acontecimientos de la realidad, externos al proceso, que a través de los medios de prueba practicados hayan quedado verificados. Es patente que todo lo que no figure en los hechos probados no ha sido acreditado, y por ello no tiene que incluirse en el relato de hechos. El recurrente puede resaltar en los motivos de infracción jurídica el valor que pueda tener, en su caso, el dato de que determinados hechos no hayan sido acreditados.

Por ello se desestima el motivo.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo, con el mismo amparo procesal, se solicita que en el hecho probado 5º, en el que se declara que *"la trabajadora no fue amonestada ni sancionada previamente al despido"*, se añada esta frase: *"a pesar de existir descontento con su rendimiento desde hace varios años"*.

La recurrente se basa en la prueba de interrogatorio de testigos y en concreto del superior de la demandante, pero de esta forma desconoce que la revisión de hechos probados solamente puede fundarse en un error evidente a partir de la prueba documental y pericial, pero no de otros medios probatorios, como el señalado, que queda a la apreciación exclusiva del magistrado de instancia, con arreglo a los arts. 193.b) y 196.3 de la LRJS.

Por ello se desestima el motivo.



**TERCERO.-** En el motivo tercero y último, al amparo del art. 193.c) de la LRJS, se alega la infracción de la jurisprudencia sobre la doctrina gradualista, citando la sentencia del TS de 19-7-2010 (rec. 2643/09) en relación con el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores. Aduce que en la sentencia del Juzgado no se ha llevado a cabo la suficiente individualización de las particularidades de este caso, destacando que no se produjeron perjuicios económicos, retrasos en las tareas ni menoscabos de ningún tipo como consecuencia del desempeño de la trabajadora; alega asimismo que su comportamiento sería susceptible de una primera sanción en forma de apercibimiento y de persistir en los errores, ya sí sería posible el despido disciplinario.

En la carta de despido se imputaba a la actora que a lo largo de sus jornadas tiene numerosos y extensos períodos de ausencia, sin actividad alguna en su ordenador, y sin motivo justificado, lo que supone que las horas de tiempo efectivo que registra la trabajadora en la herramienta de marcajes no se ajustan a la realidad de las horas realmente trabajadas. La carta reproduce extensamente (9 páginas) un análisis de los registros de las jornadas laborales y de las conexiones y desconexiones del ordenador de la actora durante sus jornadas laborales. En definitiva, se imputa a la trabajadora que tiene ausencias injustificadas de su puesto de trabajo (en teletrabajo) con amplios períodos de inactividad a lo largo de sus jornadas, y que los períodos de inactividad los registra como de trabajo efectivo.

La sentencia declara en su hecho probado 9º que *"se ha aportado como documento 9 de la empresa, certificado de horas de conexión y desconexión de la trabajadora"*. Aunque no se refleja con la debida claridad, es indudable que el magistrado ha tenido por probado el contenido de ese documento, tal como se expone en el fundamento jurídico segundo, el cual contiene afirmaciones fácticas que deberían estar en los hechos probados. En este fundamento se reconoce la veracidad del documento nº 9, con base en las declaraciones de dos testigos cuya credibilidad razona el juzgador de instancia. Así, se declara que en el repetido documento se observan las horas de conexión y desconexión de la trabajadora, desde su nombre de usuario, en distintos períodos de 2021 (12-4-21; 5-4-21 a 9-4-21; 22-3 a 26-3; 15-3 a 18-3; 8-3 a 12-3; 5-3; 1-3 a 3-3; 22-2 a 26-2; 15-2 a 18-2; 8-2 a 12-2; 1-2 a 5-2; 26-1 a 29-1) y que no se trata de *"una conexión puntual y desconexión sino que esto aparece de forma constante a lo largo de los períodos analizados, por lo que se conectaba y había largos períodos de inactividad en el curso de su jornada laboral, no pudiendo asemejarlos a pausas para hacer un descanso cuando resultan tan constantes. La trabajadora, la cual necesitaba conectarse a la red de MAPFRE para desempeñar su jornada laboral, no tenía actividad alguna en su ordenador, por lo que no realizaba las horas de trabajo efectivo, no desempeñando su jornada laboral"*.

La sentencia del TS que cita la recurrente, de fecha 19-7-2010, lleva a cabo una síntesis de la jurisprudencia sobre la doctrina gradualista en relación con la causa de despido de transgresión de la buena fe contractual, en los términos siguientes:

*"(...) QUINTO.- Por todo lo expuesto y en la base a la normativa y jurisprudencia analizada, cabe concluir en interpretación y aplicación del art. 54.1 y 2.b) ET, sobre la determinación de los presupuestos del "incumplimiento grave y culpable del trabajador" fundado en la "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo", como motivo de despido disciplinario, que:*

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

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

*C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda*



tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados;

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

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

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

SEXO.- 1.- La Sala entiende, por lo expuesto, que también cuando se trata de supuestos de "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo" articulados como motivo de despido disciplinario no basta con la mera existencia de la transgresión o del abuso para declarar la procedencia del despido, son que, como en los demás supuestos de incumplimientos contractuales, es igualmente necesario que pueda calificarse como un "incumplimiento grave y culpable del trabajador", por lo que, como regla, pueden ponderarse las circunstancias concurrentes para agravar o para atenuar la conducta del trabajador, las que tendrán mayor o menor incidencia en la referida calificación atendida la gravedad objetiva de la conducta constitutiva del incumplimiento.

2.- Por consiguiente, como destaca, entre otras muchas, la STS/IV 27-enero-2004 (rcud 2233/2003), es doctrina de esta Sala la de que "el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (sentencias de 19 y 28 febrero 6 abril y 18 de mayo de 1990, 16 mayo 1991 y 2 de abril y 30 de mayo de 1.992, entre otras)".

En este caso la conducta de la trabajadora ha consistido en la infracción del deber elemental y básico de su contrato de trabajo, el de realizar la tarea laboral encomendada durante la totalidad de su jornada laboral, ya que se han acreditado amplios períodos de inactividad por desconexión a lo largo de la relación laboral durante el año 2021, tal como ha apreciado el magistrado de instancia al valorar los medios de prueba practicados, facultad que le confiere el art. 97.2 de la LRJS, mediante una motivación razonada. Cabe señalar que el art. 54.2.d) ET ha de ponerse en relación con el art. 5.a) ET, que impone al trabajador el deber de cumplir las obligaciones de su puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, y con el art. 20.2 ET, que reitera la exigencia de buena fe, ahora como obligación recíproca de ambas partes. La jurisprudencia ha configurado la buena fe como "disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena". Partiendo de estas premisas, se ha de considerar como muy grave la conducta de la trabajadora, por su contenido y reiteración.

Como señala la jurisprudencia, la falta de acreditación de perjuicios para la empresa no tiene trascendencia para justificar aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados. En este caso el perjuicio para la empresa, aunque no se haya cuantificado, no es cuestionable, ya que la empleadora ha dejado de recibir el trabajo que sinalagmáticamente justifica la contraprestación salarial. Por otra parte, la inexistencia de amonestación previa no es obstáculo para el despido disciplinario, ya que no se prevé en norma alguna la obligación de la empresa de efectuar una primera sanción inferior al despido, como parece desprenderse del recurso; solamente la jurisprudencia ha mencionado la necesidad de una advertencia cuando se trata de un comportamiento irregular pero que ha sido previamente tolerado por el empresario (sentencias del TS de 31-5-84, 20-1-87, 20-2-91).

En consecuencia se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.



Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución,

#### FALLAMOS:

desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la demandante D<sup>a</sup> Lorenza contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de MADRID en fecha 17-09-2021 en autos 611/21 seguidos a instancia de la recurrente contra MAPFRE TECH SA y en consecuencia confirmamos dicha sentencia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 0 **87221** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. 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. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 872/21), 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.).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta 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.