



Roj: **STSJ GAL 5220/2012 - ECLI:ES:TSJGAL:2012:5220**

Id Cendoj: **15030340012012103082**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2012**

Nº de Recurso: **1060/2012**

Nº de Resolución: **3459/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **BEATRIZ RAMA INSUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:98118 4853/2155/2211

NIG: 15030 44 4 2010 0003556

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPLICACION 0001060 /2012-CON

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000651/2010 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de A CORUÑA

Recurrente/s: CAMELO SA

Abogado/a: MARIA LUISA TATO FOUZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: Leoncio

Abogado/a: JOSE LUIS VAZQUEZ PEREZ-COLEMAN

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMO. SR. D. ANTONIO J. GARCÍA AMOR

ILMA. SRA. D^a BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO. SR. D. MANUEL CARLOS GARCÍA CARBALLO

En A CORUÑA, a doce de Junio de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A



En el RECURSO SUPPLICACION 0001060/2012, formalizado por el/la D/D^a letrada D^a María Luisa Tato Fouz, en nombre y representación de CAMELO SA, contra la sentencia número 442/2011 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el procedimiento DEMANDA 0000651/2010, seguidos a instancia de Leoncio frente a CAMELO SA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Leoncio presentó demanda contra CAMELO SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 442/2011, de fecha trece de Octubre de dos mil once .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- El actor viene prestando sus servicios para la empresa desde el día 1-12-78 con la categoría profesional de oficial 2º C2 y percibiendo un salario mensual de 2.688,36 con inclusión de prorratio de pagas extraordinarias./SEGUNDO.- La empresa comunicó al actor carta de fecha el día 31-5-10 la cual consta en autos, y, en aras a la brevedad, se da por íntegramente reproducido (folios 13, 14, 15 y 16), y en la que, en esencia se le imputa que durante su tiempo de jornada se dedica a navegar por Internet en páginas ajenas a la empresa y a su actividad./TERCERO.- En el mes de abril de 2010 la empresa publicó un código de conducta de uso interno de herramientas TIC, que consta en autos y se tiene aquí por íntegramente reproducido (folios 17 al 21 incluidos)./CUARTO.- El actor, en su puesto de trabajo, realizó las siguientes actuaciones: Día 4 de Mayo: -08:35 horas, nada más iniciar su jornada laboral, se conecta a la Voz de Galicia. -08:44 horas, accede al contenido de Marca.com. hasta las 9:00 horas. A las 09:00 horas, media hora después del inicio de su jornada laboral accede la aplicación que habitualmente maneja para su trabajo (Oracle), función que dura sólo 24 minutos. -09:24 horas, nuevamente vuelve a acceder a páginas de contenido deportivo, en este caso As.com, accediendo al contenido de diversas noticias deportivas como p. ej. "Filipe podrá marcarle a Iraoiz el gol prometido - Liga BBVA/Deportivo- As.com". -10:23 horas se conecta a "La Opinióncoruña.es" visualizando varias noticias. -10:29 horas, se conecta a la página "Fotogalería: Eva Angelina". -10:30 horas, accede nuevamente a páginas de contenido deportivo, en este caso Sport. Com visualizando noticias como "Acuerdo de tanteo con el Valencia por Villa". Cuando vuelve a utilizar la aplicación realmente relacionada con su trabajo ya son las 11:31 horas en la que abre Oracle Workflow, es decir, salvo los 24 minutos que van desde las 09:00 horas a las 09:24 horas tarda 3 horas en utilizar correctamente su herramienta de trabajo, accediendo a páginas permitidas ni relacionadas con su actividad laboral. El resto de la jornada laboral transcurre en la misma dinámica: -12:56 horas, accede a diversas páginas de información como salud muscular, información general como **wikipedia**, de clínicas de salud, foros de culturismo y técnicas orientales aplicadas al deporte. Todo hasta las 13:15 horas en que nuevamente accede a una página de contenido deportivo. - 13:15 horas, Marca.Com. - 13:19 horas, accede a fotos en la página "tiramillas.net/álbumes/2010/ 05/04 peta/index.html consulta que continúa durante varios minutos. En la jornada de tarde la tónica es la misma; -16:11 horas; la Voz de Galicia. -16:14 horas; la Sexta, la Sexta deportes...-16:16 horas; TVG programación. -16:17 horas; Programación Canal +. -16:18 horas; miguiatc.com, ¿Qué hay ahora en la tele?. -16:20 horas; el mundo televisión. -16:23 horas; programación de televisión el país.com. -16:27 horas; Marca.com. - 16:30 horas; As.com noticias deportivas en la red.

-16:37 horas; Sigue tu liga.es, accediendo a foros como el de segunda autonómica Grupo quiniela xornada 34, o que equipo xogará a promoción? -16:46 horas; La opinión Coruña.- Viernes 7 de Mayo 10:56 horas.- "Fotogalería. Asleigh adora montar a caballo-As.com". - Jueves 13 de mayo 08:45 horas.- "Fotogalería: Yolante es la musa del Giro-As.com". - Viernes 14 de mayo 08:54 horas.- "Fotogalería. Marisa". - Martes 18 de mayo 08:47 horas.- "Fotogalería: Valerie es fan de los patriots - As.com"

- Miércoles 19 de mayo 08:53 horas.- "Fotogalería: Suelyn se dejará la voz por Brasil-As.com"

- Miércoles 19 de mayo 09:32 horas.- "Sara carbonero posa para Cosmopolitan - La opinión A Coruña".

- Miércoles 19 de mayo 09:42 horas.- "Posturas Kamasutra: el revolcón"./QUINTO.- No consta que el actor ostente o haya ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./SEXTO.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 6-7-10 con el resultado de "sin efecto".

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

Que estimando, en su petición subsidiaria, la demanda interpuesta por D. Leoncio contra la empresa CAMELO S.A., debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado, condenando a la demandada a que en el plazo de CINCO DÍAS, desde la fecha de la notificación de la Sentencia, opte entre la readmisión



inmediata del demandante, en las mismas condiciones que poseía con anterioridad, o el abono de una indemnización de 112.011,12 euros más, en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución que asciende a 89,61 euros diarios.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CAMELO SA formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL en fecha 27 de febrero de 2012.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 12 de junio de 2012 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte demandada, la empresa Caramelo S.A, vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después contra la sentencia de instancia que declaro la improcedencia del despido, solicitando al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas.

Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados, se pretende alterar, modificando el **hecho probado segundo**, para que se añada el siguiente párrafo:

En fecha 4 de Diciembre de 2009 el actor es sancionado al ser visto por el Supervisor cómo visualizaba en el ordenador de la empresa contenidos de carácter pornográfico, haciendo por ello un uso indebido, al dedicar su uso a fines ajenos a los laborales, con abuso de confianza y vulnerando la buena fe contractual.

Se ampara esta modificación en la documental obrante en autos: **folios 508, 509**.

Se acepta la pretendida revisión si bien en el sentido de dar por reproducido en contenido de la comunicación efectuada al demandante, obrante a los folios 508 y 509 de los autos.

Asimismo solicita la empresa recurrente, que se añada al **hecho probado tercero** un nuevo párrafo con el contenido siguiente:

"Dicho código fue colgado en la Intranet de la empresa, comunicado de forma individualizada a todos y cada uno de los trabajadores constando tal extremo en los recibís de cada uno, y concretamente el del actor (folio 419 Recibí firmado el 22 de Abril de 2010); Además se comunica de igual forma y con carácter previo al Comité de Empresa y a los representantes de los trabajadores."

Se fundamenta dicha adición en la documental presentada por la parte demandada: **folios 419** (notificación personal al trabajador) **421 a 468, 470,472 a 504,505, 506, y 507** (personal y Comité de empresa).

Se acepta la revisión propuesta. Se trata de documental literosuficiente.

Solicita asimismo se de nueva redacción al **hecho probado cuarto** del siguiente tenor literal:

"El actor contravino el anteriormente mencionado Código de Conducta, conocido por los trabajadores en los términos expresados en el apartado tercero, que señala claramente las condiciones de uso y pautas de conducta en el uso de Internet, especificando que sólo pueden realizar conexiones que obedezcan estrictamente a fines empresariales.

Cada día en su jornada laboral accedía a las siguientes páginas:

-La Voz de Galicia

-El Sport

-Mundo Deportivo.

-Marca.com

-As .com. Noticias Deportivas en la Red.

-La Opinión.

-Sigue tu liga .com.

-Tiramillas.Net.

El Corte Ingles.

- La Sexta deportes.
- Programación de la Televisión de Galicia.
- Programación de Canal +
- Programación de la televisión del País.
- Paginas de contenido Inmobiliario.
- Paginas WEB de Foros deportivos.
- Diversas páginas de salud muscular.

Y en concreto:

Día 4 Mayo2010:

- 8:35 h: nada más iniciar su jornada laboral, se conecta a La Voz de Galicia.
- 8:44 h: accede al contenido de "Marca.com" hasta las 9 horas. A las 9 h, media hora después del inicio de su jornada laboral, accede a la aplicación que habitualmente utiliza para su trabajo [Oracle], función que dura tan sólo 24 minutos.
- 8:54 h: Marisa. nueva imagen de Harley folios (398-400).
- 9:24 h: accede nuevamente a páginas de contenido deportivo, en esta caso a "As.com", accediendo al contenido de diversas noticias deportivas, pudiendo citarse como ejemplo Filipe podrá marcarle a Iraoiz el gol prometido- Liga BBVA/Deportivo, As.Com".
- 10:23 h: se conecta a la "Opinióncoruña.es", visualizando diversas noticias.
- 10:29 h: se conecta a las páginas fotogalería: Eva Angelina" Folio 410.
- 10:30 h: accede nuevamente a páginas de contenido deportivo, en este caso "Sport.com', visualizando noticias como "Acuerdo de tanteo con el Valencia por Villa". Cuando vuelve al fin a utilizar la aplicación realmente relacionada con su trabajo ya son las 11:31 horas, en la que abre Oracle Workflow, es decir, que salvo los 24 minutos que van desde las 9:00 hasta las 9:24 TARDA 3 HORAS en utilizar CORRECTAMENTE SU HERRAMIENTA DE TRABAJO accediendo a páginas no permitidas ni relacionadas con su actividad laboral. El resto de la jornada laboral el trabajador utiliza la misma dinámica:
- 12:56 h: accede a diversas páginas de información como "Salud muscular", "Información general como **Wikipedia**, de Clínicas de Salud, Foros de culturismo y técnicas orientales aplicadas al deporte. Todo ello hasta las 13:15 horas en que nuevamente accede a una página de contenido deportivo.
- 13:15 h: "Marca.com".
- 13:19 h: accede a fotos en la página "Tiramillas.net"/Álbunes/2010/05/04 petaf index. Html, consulta que continúa durante varios minutos. Peta: desnudas por una buena causa. Folio 411: Helena Christensen (folios 407-408).

En la jornada d la tarde la tónica es la misma;

- 16:11 h: "La Voz de Galicia".
- 16:14h: "La Sexta". La Sexta Deportes...
- 16:16 h: TVG. Programación.
- 16:17 h: Programación Canal +.
- 16:18 h: miguiatac.com, ¿Qué hay ahora en la tele?
- 16:20 h: El mundo televisión.
- 16:23 h: Programación de televisión el país.com.
- 16:27 h: "Marca.com".
- 16:30 h: "As.com. noticias deportivas en la red
- 16:37 h: Sigue tu ligas, accediendo aforos como e/de Segunda autonómica. Grupo quiniela. Jornada 34, o "qué equipo xogará a promoción).
- 16:46 h: "La Opinión de La Coruña".



Esta situación se repite de manera continua cada día de trabajo acudiendo regularmente a paginas deportivas de prensa nacional ,y a paginas de contenido erótico.

Viernes 7 de Mayo 2010.

-10:56h: FOTOGALERÍA.ASLEIGH ADORA MONTAR A CABALLO-AS.COM"(folios 402-405).

jueves 13 de Mayo 2010. 8:45 h: FOTOGALERÍA: YOLANTHE ES LA MUSA DEL GIRO -AS. C O M

Viernes 14 de Mayo 2010. 8:54 h: FOTOGALERÍA. MARISA.

Martes 18 de mayo 2010 8:47 h. FOTOGALERÍA VALERIE ES FAN DE LOS PATRIOTS- AS.COM

Tal pretensión se rechaza, por cuanto este Tribunal tiene reiteradamente dicho que el recurso de Suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo, y a tales efectos son invocables documentos y pericias, y exclusivamente en tanto que tales pruebas - documentos y pericias evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia, de manera que -por ello a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (SSTS de 17-octubre-90 [RJ 1990 \7929] y 13-diciembre-90 [RJ 1990\9784]), hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia, entre otras, de 3-3-00 [AS 2000\487], 14-4-00 [AS 2000\1087], 15-4-00 ...).

Por otra parte siguiendo constante doctrina del Tribunal Supremo, el Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica, como exigen los artículos 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985 \1578, 2635). Y tal como se solicita la modificación de hechos probados, en la primera parte de la misma, se contiene valoraciones jurídicas vetadas en la resultancia fáctica.

SEGUNDO : Mediante examen de infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, alega infracción del art. 54. b) c) y d) del Estatuto de los Trabajadores . Infracción por no aplicación del art. 92 apartados 4 , 6 , 12 y 13 del Convenio Colectivo Textil de la Provincia de la Coruña . E infracción de la jurisprudencia de aplicación.

Se remite la sentencia de la Sala de 2 de junio de 2005 (JUR 2005, 182095) a una reiterada doctrina jurisprudencial (manifestada, entre otras muchas, por las SSTS de 28 de enero de 1984 [RJ 1984, 111]; 18 [RJ 1985, 3420] y 28 de junio de 1985 [RJ 1985 , 3490]; 12 y 17 de julio , 13 y 23 de octubre , y 11 de noviembre de 1986 [RJ 1986 , 6322]; 21 de enero y 13 de noviembre de 1987 ; 7 de junio [RJ 1988, 5240], 11 de julio [RJ 1988, 5788] y 5 de septiembre de 1988 y 15 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7685]) al recordar como "en las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora en esta rama del Ordenamiento Jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues en definitiva se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas. En el mundo de las relaciones laborales rige el principio básico y fundamental de la buena fe, que en su sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7-1 y 1.258 del CC [LEG 1889, 27]), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; y es cierto también que en el Derecho Laboral hay mandatos legales que imponen un cumplimiento contractual de acuerdo con la buena fe [arts. 5 a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras de 22 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2609) y 25 de junio de 1990 (RJ 1990, 5515).

La trasgresión de la buena fe contractual -que el art. 54-2 del Estatuto de los Trabajadores incluye en su enumeración de las causas de despido disciplinario- es un concepto jurídico indeterminado que exige la oportuna individualización en cada caso, si bien nuestro más Alto Tribunal ha venido matizando los elementos básicos constitutivos de tal concepto jurídico elaborando la siguiente doctrina: La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente



protegido y exigible en el ámbito contractual, y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad (Sentencia de 26 de enero de 1987 [RJ 1987 , 130] , con cita de las de 21 de enero [RJ 1986, 312] y 22 de mayo de 1986). Debiendo, en cualquier caso, matizarse la gravedad de la infracción sancionada desde la jurisprudencial aplicación de la doctrina gradualista.

Como señala la sentencia del Alto Tribunal de 28 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1248) "el enjuiciamiento del despido debe...establecer una adecuada proporción y correspondencia entre conductas y sanciones, con criterio individualizador, atendiendo a las peculiaridades de cada caso concreto"; y ello es así porque "las infracciones que tipifica el art. 54.2 del E.T , para erigirse en causa que justifiquen sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuren el hecho, así como las de su autor, pues solo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales situaciones, las que tipifica el mencionado artículo 54, 2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente...En efecto, es el análisis pormenorizado de las circunstancias de los trabajadores, y la relación que ello tiene con el hecho imputado y su conducta, en conjunto susceptible de valoración, por cuanto requiere que la gravedad y culpabilidad que exige el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores , se aprecie de forma particular, no cualificando la falta en su entidad, sino en su repercusión concreta en el contrato de trabajo..." (STS de 2 de abril de 1992 [RJ 1992, 2590]; y, en similar sentido la sentencia de la Sala de 10 de marzo de 2005 [AS 2005, 1139]).

Y respecto de la desobediencia en el Trabajo, la jurisprudencia, -entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 23-1-91 (RJ 1991\172) - partiendo de la aceptación de la teoría gradualista, necesaria y plena adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, analizando individualizadamente las circunstancias de cada caso-, viene exigiendo que, para que sea sancionada como despido, ha de tratarse de un incumplimiento grave trascendente e injustificado, sin que una simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación, pueda ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo.

También se ha dicho - sentencia del mismo alto Tribunal de 5-11-90 (RJ 1990\8547), que la desobediencia debe consistir en una resistencia terminante, persistente y reiterada al cumplimiento de una orden precisa emanada de la empresa en el ejercicio de regular de sus facultades directivas con manifiesto quebranto de lo establecido en los arts. 5.c) y 20.1 y 2 ET .

La base o fundamento jurídico del llamado poder de dirección del empresario, como analiza la sentencia de la Sección sexta del TSJ de Madrid, núm. 465/2003, de 14 julio, Recurso de Suplicación núm. 3043/2003 (AS 2003\3586), está en el contrato de trabajo, y se asienta en las notas de ajenidad y dependencia propias del mismo, respondiendo a una indiscutible necesidad técnica u organizativa de la empresa y engendra un verdadero deber de obediencia en el trabajador.

Se trata no sólo de un deber básico de obediencia al que se refiere el art. 5.c) del Estatuto de los Trabajadores en cuanto sometimiento al ejercicio regular de las facultades directivas empresariales, sino, fundamentalmente, del antecedente deber básico de buena fe [art. 5.a) ET], que exige cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, lo cual tiene por finalidad adecuar la relación laboral a la finalidad económica del contrato de trabajo, pues de otro modo se destruiría el equilibrio sinalagmático del contrato.

Se entiende por tanto que hay desobediencia -en su caso indisciplinada- cuando el trabajador incumple las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, determinadas, bien por las normas laborales aplicables, bien por las órdenes e instrucciones que emanen legítimamente del poder de dirección del empresario. Cuando estas órdenes o instrucciones se enmarcan dentro del contrato de trabajo, existe la presunción «iuris tantum» de que son legítimas y de ahí la regla general que obliga a obedecerlas, sin perjuicio de impugnarlas cuando se estiman lesivas o abusivas, salvo que concurran determinadas circunstancias de excepción, tales como peligrosidad, ilegalidad, ofensa a la dignidad del trabajador u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa. Pues, no toda desobediencia lleva aparejada la sanción de despido, sino tan sólo aquella que merece un intenso reproche por parte del ordenamiento jurídico (STSJ Castilla y León, Valladolid, de 12 de enero de 2004 (AS 2004\337) y STSJ núm. 637/2005 Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 21 julio Recurso de Suplicación núm. 1795/2005 (AS 2005 \2299).

TERCERO .- La conducta llevada a cabo por el trabajador demandante, que ha sido objeto de sanción por la empresa, es la que se redacta en el hecho probado cuarto de la resolución recurrida, y que puede resumirse en el uso indebido por el trabajador, del ordenador facilitado por la empresa, para el desempeño de su actividad



laboral, mediante la conexión a Internet, en horas de trabajo, accediendo a paginas no relacionadas con dicha actividad.

Pues bien como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 8 marzo 2011 (RJ 2011 \932).- Concretamente y por lo que se refiere al posible uso indebido por parte del trabajador del ordenador facilitado por la empresa, al control por ésta de dicho uso, a la compatibilidad del control empresarial con el derecho del trabajador a su intimidad personal (artículo 18.1 de nuestra Constitución (RCL 1978, 2836)), y en su caso a la nulidad de la prueba obtenida con violación de dicho derecho -que es la cuestión planteada en el caso que aquí enjuiciamos-, la problemática fue ya abordada y resuelta en la señalada sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7514) (RCUD 966/2006), en la que se apoya la sentencia recurrida, y que puede resumirse así :

a) En el uso por el trabajador de los medios informáticos facilitados por la empresa pueden producirse conflictos que afectan a la intimidad de los trabajadores, tanto en el correo electrónico, en el que la implicación se extiende también al secreto de las comunicaciones, como en la denominada "navegación" por Internet y en el acceso a determinados archivos personales del ordenador;

b) Estos conflictos surgen porque existe una utilización personalizada y no meramente laboral o profesional del medio facilitado por la empresa. Esa utilización personalizada se produce como consecuencia de las dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta del empleo personal del ordenador -como sucede también con las conversaciones telefónicas en la empresa- y de la generalización de una cierta tolerancia con un uso moderado de los medios de la empresa;

c) Pero, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que se trata de medios que son propiedad de la empresa y que ésta facilita al trabajador para utilizarlos en el cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito del poder de vigilancia del empresario, que, como precisa el art. 20.3 ET (RCL 1995, 997, implica que éste "podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales", aunque ese control debe respetar "la consideración debida" a la "dignidad" del trabajador;

c) Las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes contractuales: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen. El control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario se regula por el art. 20.3 ET y a este precepto hay que estar con las matizaciones que a continuación han de realizarse.

d) La primera se refiere a los límites de ese control y en esta materia el propio precepto citado remite a un ejercicio de las facultades de vigilancia y control que guarde "en su adopción y aplicación la consideración debida" a la dignidad del trabajador, lo que también remite al respeto a la intimidad en los términos contenidos en las SSTC 98/2000 (RTC 2000 , 98) y 186/2000 (RTC 2000, 186). En este punto es necesario recordar la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio.

e) Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones.

Se desprende de la resultancia fáctica, que en el supuesto concreto de autos, la empresa había notificado al demandante el código de conducta y que el trabajador lo conocía. Cumpliendo así con el requisito exigido jurisprudencialmente. Y además también por vía de revisión se hizo constar que con anterioridad el demandante ya había sido sancionado, por hechos similares, lo que significa que el actor no era desconocedor del código de conducta de uso interno de herramientas TIC, en su concreta actividad laboral, ni de la actitud de la empresa frente a tales conductas. Pues supone una contravención del anteriormente mencionado Código de Conducta, que señala claramente las condiciones de uso y pautas de conducta en el uso de Internet, especificando que sólo pueden realizar conexiones que obedezcan estrictamente a fines empresariales.



Por ello y dado que la conducta realizada, por el demandante es la descrita en el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, que no ha sido modificada por vía de revisión de hechos probados, pero que tampoco puede verse alterada, por el contenido del escrito de impugnación, en que el demandante muestra su disconformidad con el relato de hechos probados contenido en el hecho probado cuarto, dado que para ello se basa en el informe aportado por el demandante obrante al folio 198 y 199 de los autos, y asimismo en el tan citado Código de Conducta, pues como reiteradamente venimos poniendo de manifiesto el Juzgador ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicado en la instancia, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral (STS 18/11/1999 [RJ 1999\8742]).

En sentencia, de fecha 24/5/2000 (RJ 2000\4640), el Tribunal Supremo vuelve a señalar que la valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en dicho artículo, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte voluntaria y subjetiva, confundiendo éste recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia. Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 7/3/2003 (RJ 2003 \3347) indica que como se recoge en sentencias de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001\4620) y 10 de febrero de 2002 (RJ 2002\4362), con esta forma de articular el motivo y de proceder lo que está tratando de conseguir es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación o suplicación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica. El planteamiento en suplicación o casación del error en la valoración de la prueba (cualquiera que sea su concepto), también requiere la indicación y análisis de una norma sobre prueba idónea para determinar tal apreciación, o la infracción de la doctrina constitucional sobre el error patente, valoración arbitraria o irrazonable.

Los informes en cuestión fueron valorados y conocidos por el juzgador de instancia en unión de los restantes obrantes en autos, a través de los cuales y en función de la facultad que le atribuye el art. 97.2 de la Ley Procesal (RCL 1995\1144 y 1563) llegó a su objetiva e imparcial versión, que no puede quedar devaluada por la parcial e interesada valoración de la recurrente, ni puede la sala sustituir al órgano de instancia en tal función, al no evidenciarse que se hubiera apartado de las reglas del lógico criterio humano.

Y ello por cuanto es también constante doctrina de esta Sala que, aun cuando la misma puede revisar la valoración que de la prueba realiza el Juez de Instancia, ello solamente se puede hacer cuando dicho juzgador se haya desviado de modo claro y patente de las reglas y criterios de la sana crítica pues a él, de conformidad con lo dispuesto en el art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , le corresponde valorar la totalidad de las pruebas practicadas. Teniendo en cuenta la totalidad de los medios probatorios que se han desplegado ante el juzgador de instancia, con la importancia que tiene aquella intermediación que ha existido en el acto del juicio, el juzgador ha llegado a unas conclusiones que no se desvirtúan por documentos de parte que han sido valorados y ponderados por el Magistrado conforme a las reglas de apreciación conjunta y sana crítica, no pudiéndose sustituir su criterio objetivo e imparcial por el subjetivo y de parte de quien recurre.

Por todo ello y en atención a los criterios de aplicación gradualista de la sanción, tanto respecto del concepto de desobediencia, como de transgresión de la buena fe contractual, este Tribunal contrariamente a lo resuelto por el juzgador de instancia, considera que la conducta descrita en el hecho probado cuarto, ostenta las notas de culpabilidad y gravedad suficientes, - constituyendo una actitud de desobediencia a las órdenes recibidas, al cumplimiento de una orden precisa emanada de la empresa en el ejercicio de regular de sus facultades directivas, persistente y reiterada, con manifiesto quebranto de lo establecido en los arts. 5.c) y 20.1 y 2 Estatuto de los Trabajadores -, para ser merecedora de la sanción máxima de las que comportan el ordenamiento laboral, en atención a las particulares circunstancias concurrentes. Y al no haberlo apreciado así el juzgador de instancia su resolución es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige, por lo que procede, con estimación de éste, dictar un pronunciamiento revocatorio del suplicado y, en definitiva, desestimatorio de la pretensión deducida en la demanda

Y en consecuencia,



FALLAMOS

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa demandada Caramelo S.A, contra la sentencia de fecha 13/10/11, dictada por el Juzgado de lo Social num. 2 de A Coruña , en autos 651/10, la revocamos y con desestimación de la demanda rectora, absolvemos de la totalidad de sus pedimentos al demandado.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá consignar la cantidad de 600 euros en concepto de depósito para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta Sala abierta en BANESTO con el nº 1552 debiendo indicar en el campo concepto, "Recurso" seguida del código "35 Social Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio, el código "35 Social Casación". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.