



Roj: **STSJ M 14116/2012 - ECLI:ES:TSJM:2012:14116**

Id Cendoj: **28079340062012100678**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/10/2012**

Nº de Recurso: **4309/2012**

Nº de Resolución: **716/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0004309/2012

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.6

MADRID

SENTENCIA: 00716/2012

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL SECCION: 6

MADRID

C/ GENERAL MARTINEZ CAMPOS, NUM. 27

Tfno. : 91.493.19.46

N.I.G.: 28000 4 0000621 /2001

40126

ROLLO Nº: RSU 4309-12

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 34 de , MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 1290-11

RECURRENTE/S: IMESAPI SA

RECURRIDO/S: Luis Pedro

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID a veintinueve de Octubre de dos mil doce

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, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA,** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 716



En el recurso de suplicación nº **4309-12** interpuesto por el Letrado ROBERTO REGUERA GONZALEZ en nombre y representación de **IMESAPI SA**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **34** de los de MADRID, de fecha 10-3-12, ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **1290-11** del Juzgado de lo Social nº **34** de los de Madrid, se presentó demanda por Dº Luis Pedro contra, **IMESAPI S.A** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **10-3-12** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

" FALLO que debo estimar la demanda interpuesta por DON Luis Pedro contra IMESAPI SOCIEDAD ANONIMA y, a su tenor, previa declaración de IMPROCEDENCIA del Despido practicado, debo condenar a ésta a que, a su opción, readmita al trabajador despedido en las mismas condiciones vigentes con anterioridad al Despido o le indemnice en la suma de QUINCE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN EUROS CON CUARENTA Y OCHO CENTIMOS DE EURO más los salarios de tramitación devengados desde el día 8 de Octubre de 2011 hasta la notificación de esta Sentencia, si opta por indemnizar, o la fecha de readmisión, si opta en este sentido.

La expresada opción deberá efectuarse, por escrito o comparecencia en el Juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la Sentencia. Caso de no efectuarse en tiempo y forma se entenderá que opta por readmitir al trabajador demandante.

Con imposición a la demandada de sanción pecuniaria de TRESCIENTOS EUROS y condena al abono de las costas procesales (honorarios de Letrado de la parte demandante)".

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

Hecho probado 1º.- Presta el demandante sus servicios por cuenta de la Empresa demandada con antigüedad de fecha 10 de Abril de 2008, con categoría de Analista Programador y salario mensual total de 2.967,92 euros.

Hecho probado 2º.- Por comunicación de 7 de Octubre de 2011, notificada el propio día y efectos desde esa misma fecha se le participa la rescisión de su contrato por los hechos que se describen y que constituyen a juicio de la empleadora un incumplimiento contractual muy grave y culpable calificable como "desobediencia a los superiores con quebrando manifiesto de la disciplina y perjuicio notorio para la empresa, por el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones no encomendadas y por la disminución no justificada del rendimiento". Se da por íntegramente reproducida en aras a la brevedad.

Hecho probado 3º.- En fecha 11 de Noviembre de 2011 se ha celebrado ante el SMAC de Madrid el acto de conciliación interesado por el demandante que resultó sin efecto conciliatorio por incomparecencia de la demandada que constaba debidamente al acto.

Hecho probado 4º.- A principios de Septiembre de 2011 se le entregaron unas placas procedentes de la Delegación de Extremadura para su reparación, no iniciando su reparación en tres semanas, invirtiendo dos días en su reparación y siendo devueltas al remitente en la primera semana de octubre.

Hecho probado 5º.- El 29 de Julio a las 17,00 horas se le ordenó remitir un correo a INISCOM con unas determinadas especificaciones funcionales, que no había enviado el siguiente día a las 14,12 horas.

Hecho probado 6º.- El actor en el período comprendido entre Enero y Octubre de 2011 hizo uso del acceso empresarial a Internet para usos particulares, lo que se puso de manifiesto en "auditoría" practicada por personal interno sin presencia del trabajador ni de los representantes legales de los trabajadores creando un archivo de más de seiscientos mil registros. La Empresa se dotó en Mayo de 2007 de un Código de conducta en el que expresamente se establece que "en cuanto a la utilización de la red, ésta se encuentra dimensionada sólo para su uso empresarial. Los usuarios no deben utilizar la misma para la descarga de música, software de uso particular y páginas de ocio". Por correo electrónico remitido en fecha 13 de Octubre de 2008, se recordó su vigencia.

Hecho probado 7º.- El actor el día 5 de Octubre de 2011 se imprimió en color un documento de 24 folios particular, en la impresora de su puesto de trabajo.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la empresa demandada contra la sentencia de instancia, que ha estimado la demanda del trabajador, declarando la improcedencia de su despido disciplinario.



El único motivo del recurso se ampara en el art. 193.c) de la LRJS, para alegar la infracción del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 54.c) del convenio colectivo del sector de Industria, servicios e instalaciones del metal de la Comunidad de Madrid (BOCM 28-1-10) y jurisprudencia aplicable, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 6-10-11 y como doctrina judicial la de esta Sala de Madrid de 23-12-11 recurso 5617/11.

Resalta la recurrente el contenido del hecho probado 6º, que es del siguiente tenor literal: *"El actor en el período comprendido entre Enero y Octubre de 2011 hizo uso del acceso empresarial a Internet para usos particulares, lo que se puso de manifiesto en "auditoría" practicada por personal interno sin presencia del trabajador ni de los representantes legales de los trabajadores creando un archivo de más de seiscientos mil registros. La Empresa se dotó en Mayo de 2007 de un Código de conducta en el que expresamente se establece que "en cuanto a la utilización de la red, ésta se encuentra dimensionada sólo para su uso empresarial. Los usuarios no deben utilizar la misma para la descarga de música, software de uso particular y páginas de ocio". Por correo electrónico remitido en fecha 13 de Octubre de 2008, se recordó su vigencia."*

Con base en esas circunstancias sostiene la recurrente que dicha conducta constituye falta muy grave de fraude, deslealtad o abuso de confianza según el art. 54.d) del convenio colectivo citado y art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, con mayor motivo por haberse producido contraviniendo una instrucción interna de la empresa. Discrepa la recurrente de la apreciación judicial según la cual hubo una cierta tolerancia empresarial o conducta equívoca, a pesar de la existencia de un código de conducta conocido por los trabajadores y reiterado en 2008 y 2010.

No se plantean en esta ocasión problemas o dudas relativos a la legalidad de las pruebas practicadas ni a la integridad del derecho a la intimidad del demandante. Tampoco se cuestionan las facultades de control de la empresa cuya advertencia no consta, pero se considera implícita en la prohibición (como entendió la sentencia de esta Sala y sección de 21-9-09 recurso 3304/09 y con mayor relevancia ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 6-10-11). Se ha de partir, en consecuencia, de las circunstancias acreditadas, tal como se recogen en el hecho probado 6º y en la fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado. Está, pues, demostrado en el proceso que existía un código de conducta en la empresa desde mayo de 2007 que prohibía el acceso a Internet con los medios de la empresa para usos particulares, cuya vigencia fue recordada el 13-10-08, y el actor en el período comprendido entre enero de 2011 y octubre de 2011 hizo uso del acceso empresarial a Internet para usos particulares, lo que se tradujo en más de seiscientos mil registros a numerosas páginas o redes sociales. Alude también la sentencia a otro recordatorio de la empresa sobre las limitaciones de uso de Internet (documento 10 de la empresa) si bien no le da valor por referirse a otro centro de trabajo, aunque la empresa señala en la carta de despido - que el Magistrado da por reproducida y considera probados estos hechos debido a la no impugnación por el actor - que el demandante también había prestado servicios en ese centro de trabajo.

Sobre el uso de los medios telemáticos de la empresa para usos particulares se han pronunciado ya las sentencias del TS de 26-9-07 y 8-3-11, así como la de 6-10-11. En ellas se admite la validez de la prohibición absoluta de los medios empresariales para usos privados, algo que tampoco se discute en este litigio. En esta ocasión el núcleo de la decisión de instancia se basa en la tolerancia de la empresa, apreciación que esta Sala no comparte, puesto que una vez que existe y se publica el código de conducta, no resulta exigible para la eficacia de aquél que la empresa verifique periódicamente o recuerde cada cierto tiempo la vigencia de tal normativa interna. Aun así, en todo caso se ha acreditado que en dos ocasiones la empresa reiteró la vigencia del mencionado código. La inexistencia de acreditación de otros despidos o sanciones no es argumento a favor de la permisividad, pues puede deberse a que no haya habido conductas sancionables o no hayan sido de la misma entidad que la que ha motivado el despido del actor, o a que no se hayan acreditado otros despidos en este proceso concreto.

En definitiva, con carácter general no se puede exigir que, además de una prohibición expresa, hayan existido reiteraciones o recordatorios, verificaciones periódicas o actuaciones sancionadoras, como sostiene la sentencia de instancia, para reconocer eficacia a la prohibición. Por ello no se puede aceptar que la demandada mantuviera una conducta equívoca ni de tolerancia. Como ha declarado la sentencia del TS de 6-10-11 (recurso 4053/10), *"la prohibición determina que ya no exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador"*, por lo que no parece exigible que, además de publicar el código de conducta que contiene una prohibición expresa, la empresa tenga que instalar controles de uso o tenga que advertir al trabajador antes de imponer una sanción laboral.

Ausente cualquier aspecto relativo a derechos fundamentales, el supuesto ha de enjuiciarse con los criterios de cualquier despido disciplinario, con atención a las circunstancias concurrentes para la calificación de la conducta del trabajador. En este punto se concuerda con la tesis del recurso, ya que el demandante utilizó, en contra de la prohibición expresa de la demandada, los medios telemáticos de titularidad y responsabilidad



empresarial para usos privados, de forma reiterada y con una frecuencia realmente desorbitada, como ya se ha puesto de relieve con anterioridad.

Tal conducta ha de calificarse como desobediencia muy grave y transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza en el desempeño del trabajo, con arreglo, respectivamente, al art. 54.2.b) ET en relación con el art. 54.p) que remite al 53.e) ambos del convenio colectivo ya mencionado; y al art. 54.2.e) del ET en relación con el 54.c) del texto convencional, sin que concurra ningún elemento que atenúe la gravedad o culpabilidad de la conducta.

Por lo que se refiere a la desobediencia, la conducta del actor implica una actitud reiterada, constante y masiva de incumplir la orden de utilizar el sistema telemático de la empresa para usos privados en centenares de miles de ocasiones, por lo que la indisciplina es incuestionablemente de la mayor gravedad.

En cuanto a la transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza en el desempeño del trabajo, la elevada frecuencia y cantidad de accesos a Internet para usos particulares implica una dejación de las más elementales normas de diligencia en el trabajo, de forma consciente y no meramente culposa, prevaleciendo además de la inexistencia de controles informáticos o "filtros", que necesariamente ha debido tener cierta repercusión en el cumplimiento de la prestación del servicio en la jornada laboral, aunque la falta de concreción de este dato impida apreciar la causa de despido de disminución del rendimiento.

Por lo que se refiere al perjuicio para la empresa, aparte de lo ya indicado, no es presupuesto indispensable para la apreciación de tales causas de despido, sino una circunstancia más a valorar en el conjunto.

Se ha de tener presente, por otra parte, el criterio sentado en la doctrina unificada respecto de la calificación del despido, declarando que si la norma convencional prevé una conducta como falta muy grave, la facultad de escoger la sanción a imponer dentro de las establecidas para esta clase de faltas, corresponde al empresario y no al juez, ya que si el juzgador *"no se mantiene dentro de tales límites y, ante una sanción adecuada a la gravedad de la falta, declara que ha de imponerse un correctivo distinto, está realizando un juicio de valor que descalifica, más que el acto del empresario, el cuadro normativo sancionador, pues está expresando que algunas de las diversas sanciones previstas para un nivel de gravedad son excesivas y no pueden ser utilizadas por el empresario y esto sobrepasa la potestad revisora que las leyes conceden al Juez"* (sentencia del TS 11-10-93, reiterada por la de 27-4-04 y reflejada en varias sentencias de esta Sala de Madrid, como las de 4-4-05, 25-5-04 o 15-9-08, entre muchas). No existiendo en el convenio una graduación dentro de las faltas muy graves, sino solamente un elenco de posibles sanciones (art. 54 in fine del convenio citado), es al empresario a quien corresponde elegir la sanción a aplicar dentro de las previstas para esa clase de faltas.

No ha cambiado esta doctrina con lo dispuesto en el art. 108.1 párrafo tercero de la LRJS, ya que este precepto permite que el órgano judicial aprecie que los hechos acreditados no revisten gravedad suficiente pero constituyen infracción de menor entidad, autorizando en tal caso a la empresa a imponer al trabajador una sanción adecuada a la gravedad de la falta, de no haber prescrito la de menor gravedad. Se trata del supuesto en que los hechos han sido calificados por la empresa como falta muy grave pero el juez entiende que la infracción solamente puede ser calificada como grave o leve; el citado precepto no permite al juzgador rectificar la sanción impuesta manteniendo el mismo grado de gravedad.

Por lo razonado procede la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia, para dictar en su lugar un fallo desestimatorio de la demanda y absolutorio para la recurrente, con devolución del depósito y consignación efectuados para recurrir, una vez sea firme esta sentencia, de conformidad con el art. 203.1 LRJS.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS:

Que, estimando el recurso de suplicación entablado por IMESAPI S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid con fecha 10-3-12 en autos 1290/11 sobre despido, seguidos por D. Luis Pedro contra la recurrente, revocamos dicha sentencia y en su lugar declaramos la procedencia del despido, desestimamos la demanda de la parte actora y absolvemos a la empresa demandada de todas sus pretensiones. Se devolverá a la recurrente el importe del depósito y consignación efectuados para recurrir, una vez sea firme esta 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, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **4309-12** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1026 de la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid.

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

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ