

Roj: STSJ MAD 1486/2011
Id Cendoj: 28079340022011100121
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 2
Nº de Recurso: 5074/2010
Nº de Resolución: 102/2011
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN
Tipo de Resolución: Sentencia

RSU 0005074/2010

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2

MADRID

SENTENCIA: 00102/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 002 (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2010 0043008, **MODELO:** 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACIÓN 5074 /2010 MJ

Materia: DESPIDO

Recurrente/s: Artemio

Recurrido/s: TELEFONICA DE ESPAÑA SAU

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 35 de MADRID de DEMANDA 182 /2010

Sentencia número: 102/11

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

MANUEL RUIZ PONTONES

FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En MADRID a nueve de febrero de dos mil once, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 002 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el *artículo 117.1* de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

en el **RECURSO DE SUPPLICACIÓN 5074/2010** , formalizado por el Sr. Letrado D. PEDRO FECED MARTINEZ, en nombre y representación de **Artemio** , contra la sentencia de fecha veintinueve de abril de dos mil diez , dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº: 35 de MADRID en sus autos número **DEMANDA 182/2010** , seguidos a instancia de Artemio frente a **TELEFONICA DE ESPAÑA SAU** , parte demandada representada por la Sra. Letrado D^a. MARÍA JESÚS MARTÍNEZ MARTÍNEZ, en reclamación por **DESPIDO** , siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN** , y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- El actor D. Artemio , prestaba servicios para la empresa demandada Telefónica de España SAU, con antigüedad de 17-06-02, ostentando la categoría profesional de Ingeniero ascenso 2º y percibiendo un salario mensual bruto prorrateado de 4.501,27 euros (documento 3 de la prueba documental de la demandada) siendo su horario de trabajo de lunes a viernes de 07,30/8,00 horas a 15,00/15,30 horas.

SEGUNDO.- Con fecha 02-12-09 le fue notificado al actor pliego de cargos, notificado también en esa misma fecha al Comité de Empresa, y el día 04-12-09 a la Sección Sindical STC, habiendo emitido estos dos últimos pliego de descargos. Este mismo pliego fue notificado al Presidente del Comité Intercentros el día 17- 12-09, que igualmente se ratificó en los descargos presentados.

TERCERO.- Por carta de 22-12-09 la demandada notificó al actor carta de despido, con efectos del siguiente día dándose su contenido en este apartado al figurar entre otros el documento 26 de la prueba documental de la parte actora. El día 23-12-09 fue notificada dicha sanción al comité de empresa de Madrid y Sección Sindical STC.

CUARTO.- El actor presta servicios en el Edificio Este 3 de distrito C. En dicho edificio está implantada una base de datos del Servicio de Control de Acceso. El Sistema de Gestión de Accesos es el nombre del fichero inscrito en el Registro General de protección de datos en el que figura como responsable la demandada. Conforme a esta base de datos en el periodo 01-10-09 a 20-11-09 el actor realizó la entrada y la salida del edificio mencionado en las horas que se detalla en el cuadro que figura en la carta de despido, dándose por reproducidos ambos extremos - hora de entrada y salida - así como las horas de presencia diarias.

QUINTO.- Con fecha 25-03-08 le fue notificado al actor pliego de cargos. Dicho expediente finalizó mediante carta de censura de fecha 08-04-08, con el contenido que figura en el documento 10 de la prueba documental de la parte demandante, que se tiene por reproducido en este apartado.

SEXTO.- Con fecha 19-02-09 se le notificó nuevo pliego de cargos al demandante, que fue resuelto por carta de sanción de 45 días de suspensión de empleo y sueldo por falta muy grave de fecha 06-04-09, dándose por reproducido también su contenido en este apartado al obrar como documento 18 de la prueba documental de la parte actora. Finalmente con fecha 16-04-09 le fue notificado al actor la revocación de la sanción impuesta, sustituyéndola por falta muy grave, de 20 días de suspensión de empleo y sueldo (documento 12 de la parte demandante).

SÉPTIMO.- El superior del demandante, D, Jesús Rodríguez Sacristán con fecha 30-09-09 solicitó explicaciones al actor por los retrasos en la incorporación al trabajo de los días 29 y 30.

OCTAVO.- Dicho superior remitió correos electrónicos al demandante convocándole a reuniones de trabajo el día 19 de noviembre a la que éste no asistió. En convocatorias de los días 15 y 29 de septiembre se ausentó antes de su finalización.

NOVENO.- Con fecha 30-04-08 se emitió informe Médico por el Servicio Mancomunado de Prevención de Riesgos Laborales de la demandada, concluyéndose que en lo referente al área psicosocial el actor era apto para la realización de su trabajo. Con fecha 30-03-09 fue emitido un informe similar.

DÉCIMO.- El actor ha sido tratado por el Servicio Navarro de Salud, habiendo presentado en los últimos meses (anteriores a 10-12-09) un empeoramiento de los problemas de sueño con un mayor cuadro de ansiedad.

UNDÉCIMO.- El acto previo de conciliación se celebró con resultado de intentado y sin efecto.

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

"Desestimo la demanda formulada por D. Artemio , frente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU, y declaro procedente el despido de que fue objeto con fecha de efectos de 23-12-09 y en consecuencia convalidada la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte actora tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día 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

ÚNICO.- La representación del actor formula recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda, denunciando en sendos motivos al amparo del *artículo 191 c) de la LPL* en primer lugar la infracción de los *artículos 211 y 214* de la Normativa Laboral de Telefónica, declarada expresamente en vigor con contenido normativo por la *cláusula 15* del Convenio Colectivo de Telefónica (motivo Primero), y a continuación, en el motivo Segundo, la infracción del *artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores* , en relación con lo dispuesto en los *artículos 212. c) y 213* de la Normativa Laboral de Telefónica y con el *artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores* .

A lo que se opone la demandada en su escrito de impugnación por las razones expuestas en el mismo.

Ahora bien, vistas las alegaciones realizadas, se ha de significar que para la resolución de dichos motivos del recurso han de hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) En relación con el motivo Primero se observa que el recurrente sostiene que se han producido las infracciones antecitadas y aduce al efecto que el *artículo 211* de la Normativa Laboral de Telefónica establece que para la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves se tramitará expediente, que ha de iniciarse mediante la entrega del pliego de cargos al inculpado dentro de los 15 días desde que la empresa tuvo conocimiento de los hechos sancionables. Señalando a continuación el recurrente que a pesar de que el *artículo 212 c)* en su apartado de faltas graves establece que se calificará como tal la falta de puntualidad por tiempo superior a una hora y la cometida más de tres veces en un solo mes, Telefónica no inició expediente disciplinario por falta grave el primer día en que podría haberlo hecho, obviando la obligación de iniciarlo en los 15 días siguientes al conocimiento de los hechos sancionables, por lo que, a su entender, dado que debió tener puntualmente conocimiento de los hechos, se habría vulnerado el principio de buena fe al no sancionarle y esperar la reiteración de su conducta para imponerle la sanción más grave.

Sin embargo, es lo cierto que tal planteamiento no puede compartirse, no ya porque resulta difícilmente compatible con la previsión del propio *artículo 212 .c* de la Normativa Laboral citado por el recurrente, que hace referencia al periodo de un mes para tipificar los retrasos como faltas graves, sin que quepa exigir ningún aviso o advertencia previos, sino porque impediría sancionar conductas más graves,

como ocurre con la del actor, en aras de una pretendida vulneración del principio de buena fe, cuando ha quedado acreditado que de manera reiterada se advertía al demandante sobre su obligación de cumplimiento de horarios, sin obtener un resultado positivo, lo que impide considerar que la empresa decidiera no sancionar tal conducta esperando su reiteración para así imponer la sanción de despido, y en consecuencia se ha de rechazar este motivo del recurso.

2ª) Una vez expuesto lo que antecede, y entrando ya a analizar el motivo Segundo, se ha de señalar que constituyendo el despido la forma de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, el *art. 108.1 de la Ley de Procedimiento Laboral*, al igual que el *art. 55 del Estatuto de los Trabajadores*, determina que se ha de calificar en el fallo de la sentencia el despido como procedente, improcedente o nulo, aun cuando bien puede suceder, como es evidente, que el despido sea en realidad inexistente, es decir que no haya habido despido, como puede ocurrir igualmente que se haya de declarar "no probado" el despido (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1986). Así, tras la reforma operada en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, de 19 de Mayo, se ha de declarar improcedente el despido -*art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores* - tanto en el supuesto de que no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación como cuando en su forma no se ajuste el despido a lo establecido en el *apartado 1 del propio art. 55*, en que se exige que el despido sea notificado por escrito al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

Por lo demás, según tiene declarado el Tribunal Supremo, la sanción de despido ha de ser objeto de interpretación restrictiva y su específica naturaleza obliga a llevar a cabo un estudio de todas las circunstancias constitutivas de grave antijuridicidad (SS. del Tribunal Supremo de 5-5-1983, entre otras), bien entendido que según la llamada doctrina gradualista, creada y aplicada por el Tribunal Supremo de forma reiterada, se han de apreciar las circunstancias concurrentes en cada caso, y especialmente la existencia de gravedad y culpabilidad en las faltas imputadas, insistiéndose en que el despido disciplinario exige la prueba plena de una acción u omisión del trabajador que sea grave, culpable y tipificada por la normativa laboral, requisitos para cuya apreciación han de ponderarse de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo. Y así, según reiterada doctrina jurisprudencial, el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista, buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (ss. del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1988, 28 de febrero de 1990, 6 de abril de 1990, 7 de mayo de 1990, 24 de septiembre de 1990 y 2 de abril de 1992, entre otras muchas); habiéndose expresado a su vez en la sentencia de nuestro más Alto Tribunal de 4 de marzo de 1991 tal obvio principio y el criterio de proporcionalidad en relación con el de la buena fe, en cuanto modelo de comportamiento común impuesto a las relaciones laborales por los *artículos 5 a) y 20.2 del referido Estatuto*, erigido en criterio de valoración de conductas. De forma que si bien la transgresión de la buena fe contractual supone un incumplimiento, ello queda sometido a la exigencia gradualista que se deriva de la previsión de un plus jurídico, de gravedad y de culpabilidad, tipificado en el *artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores*, siendo cuestión empírica el identificar las circunstancias desgravadoras de la reprochabilidad, tanto atinentes al elemento subjetivo de la culpabilidad, destacando entre estas la buena fe en su sentido de contraposición a la mala fe (o sea, como ignorancia más o menos excusable, según el *artículo 433 del Código Civil*, o como creencia errónea más o menos vencible, según el *artículo 1950 del citado Código sustantivo*), cuanto al elemento objetivo de la gravedad.

De suerte que, con arreglo a dicho criterio, resulta justificado el despido para las conductas que supongan una violación trascendente de la buena fe contractual, con lo que no cualquier transgresión de ella, sino solamente la de carácter grave y culpable, es la que tiene entidad bastante para que resulte lícita aquella sanción.

Y aquí se ha de señalar igualmente que en el *artículo 54.2, a) del E.T.* se recogen, entre otros incumplimientos contractuales que constituyen causa de despido, las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias subjetivas y objetivas que concurran a la hora de enjuiciar la ausencia del empleado a su trabajo (Sª TSJ Valencia de 7-3-2001, Rec. 304/2001).

Pues bien, en el supuesto de autos la sentencia de instancia consideró que los retrasos continuados del actor son constitutivos de un incumplimiento contractual grave y culpable sancionable con el despido, ya que por tanto éste debía ser calificado como procedente.

Ante ello el demandante, tras indicar en su recurso que con arreglo a la sentencia la posible causa justificativa del despido queda reducida a los retrasos en la incorporación al trabajo, afirma que el principio

de legalidad y el consiguiente principio de tipicidad impiden no sólo la imposición de una sanción no prevista sino también el acudir a otra normativa ante la falta de previsión típica, ya que la concreción sancionadora se contempla en el Convenio Colectivo. Y añade el recurrente a continuación, por un lado, que la Normativa Laboral de Telefónica no contempla las faltas de puntualidad como falta muy grave sino sólo como falta grave, y que no puede entenderse tampoco que dicha regulación se contemple en el *artículo 212 . j* de la antecitada Normativa, y, por otro, que ni siquiera cabe interpretar que las faltas de puntualidad calificadas como graves se convertirían en muy graves por aplicación de lo dispuesto en el *artículo 213* , señalando seguidamente que el *artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores* determina que los incumplimientos sancionables con despido deben ser graves y culpables, y no se han tenido en cuenta sus problemas de sueño, así como que, en aplicación de la teoría gradualista, debe declararse la improcedencia del despido con las consecuencias que postula.

Ahora bien, aun cuando el recurrente sostiene que el *artículo 212 "faltas muy graves", j)* se configura estableciendo una cláusula sancionadora abierta que resulta inadmisibles, es lo cierto que esa norma fijada en la Normativa convencional es plenamente válida, en tanto en cuanto efectuaría una remisión a los supuestos que se determinan en la ley como incumplimientos sancionables con el despido (*art. 54 E.T.*), lo que sin duda es ajustado a derecho, sin que obste para nada a lo anterior el que en la Normativa indicada se contemplen a la hora de recoger los retrasos que constituyen falta grave (no sancionable por tanto con el despido) los que vienen reseñados en el *art. 212 "faltas graves"*.

Y desde estas premisas resulta obligado desestimar el recurso interpuesto, al resultar ajustada a Derecho la sanción de despido impuesta al recurrente con arreglo al *artículo 54.2 a) E.T.* y la normativa de referencia, en el bien entendido de que el actor, que fue advertido reiteradamente de su obligación de cumplir los horarios, no puede tratar de justificar esos continuos incumplimientos en sus dificultades para ajustarse a la hora de entrada debido a los problemas de sueño e insomnio, cuando, según se señala en la propia resolución recurrida, no aparece que buscara ninguna solución en el trabajo para ajustarse al horario exigido, siendo asimismo llamativo que en el periodo de retrasos imputado al actor sólo figura un día con hora de salida a las 15:42 horas, pese a que podía haber tratado de compensar los retrasos a la entrada con la prolongación de jornada a la salida, sin que sean de recibo las alegaciones del recurrente, en absoluto justificadas.

Debiendo subrayarse, por lo que respecta a la graduación de la sanción impuesta a la falta, con arreglo a la denominada teoría gradualista, que el problema, como ya reconocía la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993 , consiste en saber cuáles son las facultades que tiene atribuidas el juez a la hora de revisar la decisión extintiva de despido adoptada por el empresario a consecuencia de un incumplimiento grave y culpable del trabajador, ya que el despido es revisado por el juez de instancia, quien debe declarar la procedencia, improcedencia o nulidad del mismo, según disponen los *arts. 55 del Estatuto de los Trabajadores* y *108 de la Ley de Procedimiento Laboral*, sin que en el ordenamiento jurídico vigente exista previsión alguna para autorizar al juez a realizar pronunciamientos distintos, y así si la falta coincide con la descripción de las muy graves habrá de declarar que la calificación empresarial es adecuada y no debe rectificarse la sanción impuesta, de acuerdo con el *art. 58 del Estatuto de los Trabajadores* , dado que, conforme al mismo, corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones.

Por lo que, no habiendo incurrido la sentencia de instancia en las infracciones denunciadas, se impone, con previa desestimación del recurso, la confirmación de dicha resolución.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimando el recurso de suplicación** interpuesto por la representación legal de Artemio contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 35 de los de MADRID, de fecha 29 de abril de 2010 , en los autos número 182/2010, seguidos en virtud de demanda presentada contra TELEFONICA DE ESPAÑA SAU, en reclamación por DESPIDO, debemos CONFIRMAR y **CONFIRMAMOS** dicha resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

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 CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 219, 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral*, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados 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 300 euros** conforme al *art. 227.2 LPL* 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, presentado resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos separadamente en la c/c nº 2827000000 507410 que esta Sección Segunda tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1026 de la Calle Miguel Ángel nº 17, 28010 Madrid.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de este habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 201, 202.1 y 202.3 de la Ley de Procedimiento Laboral*, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.