



Roj: STSJ MAD 12371/2011
Id Cendoj: 28079340012011100822
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3227/2011
Nº de Resolución: 917/2011
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA
Tipo de Resolución: Sentencia

RSU 0003227/2011

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.1

MADRID

SENTENCIA: 00917/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 3227/11

Sentencia número: 917/11

S.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de octubre de dos mil once, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el *artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978* ,

EN NOMBRE 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 de suplicación número 3227/11 formalizado por la Sra. Letrada Dña. M^a Jesús Martínez Martínez en nombre y representación de "TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.", contra la sentencia de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez, dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de MADRID , en sus autos número 1097/10, seguidos a instancia de D. Jaime frente a la citada recurrente, en reclamación por despido, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA, 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.- D. Jaime presta servicios por cuenta de la empresa demandada Telefónica de España S.AU. desde el 01-02-2001, con categoría de Administrativo y.. Empresas Ascen la y un salario de 58.725,99 Euros anuales, con prorrateo de pagas extras.

SEGUNDO.- Con fecha 02-07-2010 la empresa comunica carta de despido, del siguiente tenor literal:

"Como Ud, ya conoce, en fecha 07 de junio de 2010, la

Empresa le notificó Pliego de Cargos imputándole la comisión de falta laboral de carácter Muy Grave por los hechos que se detallan *en el mismo* y que a continuación reproduzco:

La Dirección de la Empresa ha tenido conocimiento de una reclamación interpuesta por el titular de la línea telefónica NUM000 , de las llamadas irregulares e intempestivas efectuadas a su domicilio particular en la franja horaria comprendida entre las 7:15 y 7:45 aproximadamente. El denunciante manifiesta que recibe una llamada en el horario indicado, con una duración de escasos segundos y, con carácter general, sin dejar mensaje alguno. Esta situación se ha venido reiterando en el tiempo, de forma casi diaria, desde el pasado 11 de abril de 2010 hasta el 7 de junio de 2010.

Ante esta situación, la empresa inicia una investigación sobre estos hechos de la cual se desprenden las siguientes conclusiones:

1.-Que las llamadas se efectúan desde el Centro de Trabajo denominado Distrito c, y en concreto desde el edificio Oeste 1, planta 9°.

2.-Que las llamadas se realizan o bien desde líneas cuya titularidad ostenta Telefónica de España u otras empresas de 1 grupo (Pléyade Seguros) pero localizados en la ubicación señalada anteriormente.

3.-Que las llamadas se realizan desde diferentes puestos de trabajo y cuando los usuarios que tienen asignados los terminales telefónicos en los mismo con ocasión de su trabajo, todavía no han accedido físicamente a ellos.

4.-Que las llamadas al titular de la línea NUM000 se han efectuado entre otros, desde los siguientes puestos de trabajo ubicados en la planta 9° del edificio Oeste I.: A-41;A-42; A-43;C-1B;D-19;D-12;f-13 y A-27.

5 Que Ud. Tiene asignado su puesto de trabajo fijo en el citado edificio y planta, en la posición identificada como A-18.

Que el pasado día 20 de abril de 2010 fue visto, alrededor de las 7:30 horas por el Director de Financiación de Riesgos y Seguros Corporativos, sentado en la posición D-19 que está asignado a su secretaria, comprobándose que desde el teléfono de dicho puesto se había realizado una llamada al teléfono NUM000 . Estas circunstancias motivaron que se preparase un dispositivo de seguridad para efectuar un seguimiento y verificar por quién se realizaban las referidas llamadas.

Como resultado de este operativo organizado lpor

Seguridad y Protección para detectar la autoría de las llamadas, se ha comprobado que el pasado día 2 de junio de 2010 a las 7:31 horas, Ud accede a su puesto de trabajo en la planta 9° del edificio Oeste 1 y, tras comprobar previamente que no hay nadie más en esa zona, se observa como se dirige al puesto A-27, desde donde efectúa una llamada a las 7:33 horas. Posteriormente se comprueba que a esa misma hora y desde ese mismo puesto se ha ejecutado una llamada al teléfono NUM000 en la forma descrita anteriormente.

8.- Esta situación se reitera de nuevo el día 7 de junio de 2010.

Dado que los números desde los que se efectúan dichas llamadas han quedado registradas en el terminal telefónico del cliente que las ha recibido, éste se puso en contacto con estos números para tratar de averiguar su titularidad al objeto de denunciar esta situación por las molestias, perturbaciones e intimidación que estos hechos le están ocasionando manifestando, a responsables de esta Empresa, que ejercera las acciones legales que en derecho le asistan si esta situación no cesa de inmediato, comunicándose que estos hechos han sido puesto en conocimiento de la Dirección General de la Policía y Guardia Civil.

A la vista de cuanto antecede se evidencia que es ud. el autor de dichas llamadas telefónicas que ha venido realizando de manera continua y reiterada al referido número desde diferentes puestos de trabajo de la empresa, utilizando para ello los teléfonos ubicados en los mismos con fines totalmente ajenos, a la actividad laboral y que han derivado en una situación incómoda, molesta y perturbadora al cliente titular del número NUM000 .

Por consiguiente, por los hechos anteriormente descritos y con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 54 del R.D. Leg. 1/1995 de 24 de marzo* , le comunico que una vez examinado el expediente a Ud. instruido, la Dirección de la Empresa ha acordado imponerle la sanción de DESPIDO, al ser constitutivos de falta laboral de carácter MUY GRAVE al amparo de lo previsto en el *artículo 212* , apartado j) de las faltas Muy Graves de la Normativa Laboral y del *artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores* , al constituir estas actuaciones una clara trasgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza en el desempeño de su puesto de trabajo además de un deterioro y daño a la imagen de esta Empresa.

La efectividad del despido surtirá efecto a partir del día siguiente hábil al de recepción del presente escrito."

TERCERO.- Previamente , con fecha 7 de junio de 2010, se le dio traslado del pliego de cargos, al que contesta el actor en fecha 14 de junio de 2010, alegando fundamentalmente que no se ha causado perjuicio a la empresa y que las llamadas fueron realizadas fuera del horario de trabajo.

CUARTO.- El actor en la franja horaria comprendida entre las 7:15 y 7:45 horas ha venido efectuando una serie de llamadas telefónicas al nº de teléfono NUM000 , con una duración de escasos segundos y, con carácter general, sin dejar mensaje alguno. Esta situación se ha venido produciendo de forma casi diaria, desde el 11-4-2010 hasta el 7de junio de 2010. Las llamadas se han venido realizando desde el Centro de Trabajo, denominado Distrito C.(Oeste 1, planta 9º), y desde líneas cuya titularidad ostenta Telefónica de España u otras empresas del Grupo. Las llamadas se han venido efectuando desde diferentes puestos de trabajo y cuando los usuarios que tienen asignados las terminales telefónicas en los mismos con ocasión de su trabajo, todavía no han accedido físicamente a ellos.

QUINTO.- El auto no ostenta la condición de legal representante de los trabajadores.

SEXTO.- Celebrado el acto de conciliación, el 5 de agosto de 2010, finalizó sin avenencia.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " Que estimando la demanda interpuesta por D. Jaime contra TELEFONICA DE ESPAÑA SAU declaro la improcedencia del despido y condeno a la empresa demandada a que, a su opción, reintegre al trabajador en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones, o le abone una indemnización de 65582,54 Euros y en todo caso, los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta Sentencia, a razón de 160,89 Euros diarios".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada, formalizándolo posteriormente; 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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 17 de junio de 2011, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 11 de octubre de 2011, señalándose el día 26 de octubre de 2011 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa "Telefónica de España S.A.U." acordó el despido disciplinario del Sr. Jaime con efectos de 2/7/10. El trabajador impugnó esa decisión mediante demanda que fue estimada por sentencia del juzgado de lo social nº 11 de Madrid de fecha 23/12/10 , que la empresa recurre con amparo en los apdos b) y c) del *art. 191 LPL* .

SEGUNDO.- Como ampliación del relato de hechos declarados probados se pide la inclusión de este texto: *"El 14 de abril de 2010 el titular de la línea NUM000 formuló denuncia en la Comisaría de Las Rozas, instruyéndose atestado entregado al Juzgado de primera instancia e instrucción número 5 de Majadahonda. Asimismo contactó con Telefónica, advirtiéndole que de no cesar dichas llamadas ejercería acciones legales contra dicha Compañía.*

El total de llamadas efectuadas durante abril y mayo de 2010 por el Sr. Jaime , desde el centro de trabajo afectado, superó las 30".

El primero de los párrafos transcritos se admite, pues su primera parte queda acreditada por medio de documentación remitida por la Dirección General de la policía y de la guardia civil al juzgado de lo social el 29/10/10, y la segunda parte se recoge de modo incidental en el segundo fundamento de derecho de la sentencia impugnada. El segundo párrafo no se admite, no solo porque el informe de seguridad en que se basa no ha sido ratificado por su autor en el acto del juicio, sino también por su carácter irrelevante desde el momento en que ya se da como probado (HDP 4º) que las llamadas realizadas por el actor en el período comprendido entre 11/4/10 y 7/6/10 han sido casi diarias.

TERCERO.- Mantiene la empresa recurrente que la conducta del Sr. Jaime merece el despido, dado que es reveladora de una intención maliciosa y dolosa (llamadas desde los puestos de otros empleados y en horario anterior al inicio de la jornada laboral de éstos) de la que han resultado perjuicios para la empresa (mala imagen frente al titular de la línea telefónica que recibía las llamadas y reclamación dirigida por éste) y la promoción de las correspondientes actuaciones penales, incurriendo así en grave transgresión contractual que constituye falta muy grave.

El trabajador replica que ese planteamiento es incorrecto desde el momento en que no diferencia adecuadamente entre el plano de la relación laboral existente entre las partes procesales y el de la *"actuación personal en circunstancias absolutamente ajenas a la empresa y que nada tienen que ver en el desempeño de su actividad laboral"* , existiendo en este caso una actuación que, desde el primero de esos planos, solo es reprochable como falta leve, consistente en *"la utilización de los medios de comunicación o de cualquier otro elemento propiedad de la compañía para fines ajenos al trabajo, cuando no produzca graves perjuicios a la misma o a los usuarios"*.

CUARTO.- No hay duda alguna en cuanto a la autoría en la comisión de los hechos que se atribuyen al actor, resaltado en el cuarto de los hechos declarados probados, de los que resulta que, si bien su conducta fue posible gracias a la indebida utilización de los medios de la empresa, no es solo esa circunstancia la que se debe ponderar, sino, por el contrario: 1º) el trabajador tenía plena conciencia de la irregularidad de su actuación, prueba de lo cual es el ocultamiento con el que actuaba (uso del teléfono asignado a puestos laborales distintos al suyo y aprovechando el tiempo en que el ocupante no se había incorporado al trabajo); 2º) la gran frecuencia de su actuación (repetida a lo largo del período 11/4/10 a 7/6/10 casi diariamente); 3º) la innegable voluntad de perjudicar al usuario del teléfono al que llamaba (siempre el mismo destinatario de las llamadas, hora de llamadas entre las 7#30 a 7#45 de la mañana, y el previsible temor que podían suscitar en el receptor la continua recepción de llamadas sin dejar ningún recado); 4º) el innegable perjuicio para la empresa, no solo por la reclamación que le planteó el usuario sino también por verse envuelta en las actuaciones penales a las que ha dado pie la actuación del trabajador.

En estas circunstancias hay varias razones que descartan el encuadramiento de la conducta del acto en el apdo. d) del art. 212 de la Normativa laboral de Telefónica como falta muy leve.

La primera es que ese apdo. se refiere a la *"La utilización de los medios de comunicación o de cualquier otro elemento propiedad de la Compañía para fines ajenos al trabajo, cuando no produzca graves perjuicios a la misma o a los usuarios del servicio"* , y en el caso presente ha habido perjuicios graves.

La segunda es que, si comparamos la gravedad de la conducta enjuiciada con la de las tipificadas como tales faltas leves, vemos que una y otras no son comparables, ya que el convenio, junto a la ya referida utilización de medios de comunicación de la empresa sanciona las siguientes faltas leves: " a) Las de puntualidad, cuando no excedan de una hora ni de tres veces al mes; b) El incumplimiento de las normas establecidas para el control de la entrada y salida de las dependencias de trabajo y edificios de la Compañía, así como de la permanencia en los mismos; c) La falta de respeto o consideración a otros empleados, cuando no implique grave ofensa a los mismos; e) No avisar al Jefe inmediato, con la suficiente antelación de las ausencias o faltas de asistencia al trabajo fundadas en motivos justificados; f) En general, se considerarán leves aquellas faltas que no revistan especial trascendencia "

La tercera radica en que en el catálogo de faltas graves ya aparece " *La falta de corrección, consideración o respeto en el trato a usuarios del servicio*" lo cual evidencia por sí solo la imposibilidad de tipificar la conducta enjuiciada como falta leve. Pero es que, como hemos visto, el caso presente va más allá de este supuesto de falta grave, y permite su encuadramiento entre las faltas muy graves, ya que en ellas se incluyen " *todos los supuestos previstos legalmente como causas justificativas del despido*", entre los cuales se encuentra la grave transgresión de la buena fe contractual, cual es el caso presente, pues, como ha dicho este Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 16/12/2003 , " *Se ha incurrido de forma manifiesta en un abuso de la tolerancia y confianza empresarial; se han incumplido obligaciones básicas laborales; se ha roto el equilibrio de las relaciones trabajador-empresario impidiendo todo restablecimiento posterior; la actuación es culpable y consciente, a la vez que muy grave*". O el de Andalucía/Málaga en sentencia de 9 octubre, recurso 1364/200: " *es evidente que la actuación de la trabajadora incurre en un supuesto que extralimita lo que puede ser un uso normal de un teléfono de la empresa y en cuya cuenta de gastos incide, por lo que, no puede menos que estimarse el motivo de censura jurídica de la empresa, en aras no sólo de la doctrina del Tribunal Supremo entre otras, SS 26-1-1987 (RJ 1987\130) , 21-1-1986 (RJ 1986\312) y 22-5-1986 (RJ 1986\2609), sino del propio dictado del art. 54.2 del ET , ya que el uso privado del teléfono de la empresa para cuestiones particulares aparece como una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza, constitutivos de una falta muy grave tipificada en el citado precepto sustantivo*". O en el de Castilla-La Mancha en sentencia de 8 enero de 2002, recurso 1373/2002 : " *nos parece grave vulneración de la obligada buena fe e incumplimiento de los deberes básicos de un vigilante de seguridad utilizar durante su jornada nocturna el teléfono del local que vigilaba (un supermercado) para efectuar nueve llamadas a un número 906 entre el período comprendido desde el 10 de febrero y el 3 de marzo de 2002, en tiempo y lugar de trabajo, y diecinueve y treinta y ocho llamadas a su domicilio, respectivamente los meses de febrero y marzo también durante la jornada de trabajo... El hecho repercute y trasciende negativamente a la empresa mucho más de lo que se deriva de la ínfima cuantía del gasto telefónico, pues no deja de desprestigiarla que uno de sus empleados no cumpla el cometido y cause un perjuicio siquiera mínimo a la contratante*".

Por lo que el recurso se estima.

QUINTO.- Se acuerda la devolución del depósito y del aseguramiento prestados para recurrir, sin que proceda la imposición de costas, ya que la parte recurrida de la que habla el art. 233.1 LPL dispone del beneficio de asistencia jurídica gratuita (art. 233.1 de la L.P.L .) en relación con el art. 2. d) Ley 1/96).

SEXTO.- La presente sentencia puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina en los términos establecidos en el art. 219 L.P.L.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.", contra la sentencia de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez, dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de MADRID , en sus autos número 1097/10, seguidos a instancia de D. Jaime frente a la citada recurrente, en reclamación por despido. En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda. Sin costas.

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 sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la ley procesal laboral. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, 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 L.P.L . y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000035 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español Crédito, sucursal número 1026, sita en la calle Miguel



Ángel 17, 28010 de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista.

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.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el,por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ