



Roj: **STSJ M 9285/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:9285**

Id Cendoj: **28079340042017100526**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **19/07/2017**

Nº de Recurso: **369/2017**

Nº de Resolución: **531/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PRIETO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0039488

Procedimiento Recurso de Suplicación 369/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid 918/2016

Materia : Despido

J.S.

Sentencia número: 531/2017

Ilmas. Sras:

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diecisiete, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las Ilmas. Sras. citadas, 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 369/2017, formalizado por el Sr. Letrado D. Silverio Aguirre Crespo en nombre y representación de TERMISERVICIO S.L., contra la sentencia de fecha seis de febrero de dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid , en sus autos número 918/2016, seguidos a instancia de D. Emilio frente a la parte recurrente, sobre Despido, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ.



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. Emilio , mayor de edad y con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta de TERMISERVICIO S.L., desde el día 20-3-2013, a tiempo completo, con la categoría profesional de auxiliar administrativo, realizando funciones de comercial y un salario mensual de 2.241,40 euros, desglosado en los siguientes conceptos: 1.160,15 euros de salario base; 740,43 euros de actividad; 13,66 euros de complemento prod.; 10,40 euros de ex. Categoría; 316,76 euros de prorrata de pagas extras.

Ha venido prestando servicios de lunes a viernes en horario de 8:45 a 13:30 y de 15:30 a 18:30 horas.

D. Emilio , para la realización de sus labores de comercial, no permanece en el centro de trabajo durante la totalidad de su jornada laboral.

La relación laboral ha estado sometida al convenio colectivo de industria, instalaciones y servicios del metal.

Segundo.- Para la realización de las tareas encomendadas, la empresa cuenta con una dependencia en su sede, en la que prestan servicios un total de 6 trabajadores con distintas categoría profesional y ocupación. En dicha sala existen ordenadores a disposición de los trabajadores, que no cuentan con claves de acceso. Todos los trabajadores tienen acceso a la totalidad de ordenadores, si bien, habitualmente utilizan el mismo, en función de la mesa y asiento que ocupan durante su jornada laboral.

Tercero.- El día 15-7-2016, D. Jesús procedió al examen de los ordenadores del centro de trabajo.

D. Jesús es la persona que presta asistencia informática a la empresa como autónomo. Esta persona carece de titulación oficial informática.

En el momento de realizarse el análisis, D. Emilio no se encontraba en el centro de trabajo por permanecer en situación de incapacidad temporal.

Cuarto.- El día 22-8-2016 D. Emilio recibió escrito de la empresa en el que se le comunicaba su despido por causas disciplinarias con efectos de ese mismo día. El escrito entregado al trabajador obra a los folios 4 a 10 y aquí se da por reproducido.

Quinto.- No consta que D. Emilio ostente o haya ostentado en el año anterior a agosto de 2016 la condición de representante legal de los trabajadores.

No consta la existencia de representantes legales de los trabajadores en el seno de la empresa TERMISERVICIO S.L.

Sexto.- El día 26-8-2016 se presentó papeleta de conciliación celebrándose el acto el día 14-9-2016 sin avenencia. El día 21-9-2016 se presentó demanda."

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: *"Que ESTIMANDO la demanda que en materia de DESPIDO ha interpuesto D. Emilio contra TERMISERVICIO S.L., debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido del que fue objeto el actor el día 22-8-2016, condenando al demandado a que en el plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de esta resolución, OPTE entre readmitir al trabajador o abonar al actor en concepto de indemnización la cantidad de OCHO MIL QUINIENTOS DIEZ EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS (8.510,04 euros). De optar por la indemnización, no se devengarán salarios de tramitación quedando la relación laboral extinguida a fecha del despido; de optarse por la readmisión o no efectuarse opción en plazo, sin necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia, el demandado deberá abonar los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido a la fecha de notificación de sentencia a razón de 73,68 euros diarios, sin perjuicio de deducir los días en los que el demandante haya permanecido en situación de incapacidad temporal. Se advierte expresamente al demandado que, de no efectuar la opción en el plazo indicado, expresamente por escrito o comparecencia en el Juzgado, y sin necesidad de esperar a la firmeza de esta sentencia, se entenderá que opta por la readmisión y deberá abonar los salarios posteriores a la fecha de la notificación de sentencia."*

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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 10/05/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid, de fecha seis de febrero de dos mil diecisiete, estima la demanda del actor frente a la empresa TERMISERVICIO SL y declara improcedente el despido disciplinario del que ha sido objeto el día 22 de agosto de 2016, con las consecuencias legales que se fijan en el fallo del mismo.

Frente a la misma se interpone por la Representación letrada de la empresa demandada el presente recurso de Suplicación, al amparo procesal del art. 193 b) y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que es impugnado por la representación letrada del actor.

El fallo que se recurre, se fundamenta esencialmente en la ineficaz e inválida prueba pericial que se ha aportado como única justificación de los hechos imputados en la carta de despido al actor.- Y ello por varias razones que explica la Magistrado de Instancia en su Resolución. La primera porque entiende que el perito presentado por la empresa carece de titulación oficial en informática, aunque en este punto se reconoce que el citado perito es la persona que presta asistencia informática a la empresa como autónomo, lo que implica al menos un conocimiento práctico por el que está contratado. Por otro lado se argumenta el carácter informal con el que se ha realizado la prueba pericial y el cuestionamiento de la cadena de custodia. También se hace especial mención en el incumplimiento de las garantías del derecho de intimidad del actor a la hora de llevar a cabo la inspección y el registro del equipo informático, declarándose probado que éste no estaba presente. En definitiva que la Magistrado de Instancia, valorando esta prueba y las testificales aportadas al juicio oral concluye que los defectos que presenta la práctica de la prueba pericial realizada por la empresa impiden otorgar valor probatorio a este medio de prueba, y dado que resulta esencial para acreditar los hechos imputados al actor, declara improcedente el despido.

SEGUNDO.- Desde estas premisas, el primero de los motivos de recurso formalizado por la representación letrada del actor, al amparo del art. 193 b) de la LRJS, propugna la revisión del hecho probado tercero de la sentencia recurrida, con la adición siguiente:

" Y realizó un volcado y estudio individual del ordenador asignado a Don Emilio, que copió en una memoria USB limpia que llevaba para este menester.../...."

El motivo, que además incluye otras afirmaciones fácticas extraídas del informe pericial cuestionado de Don Jesús, (al folio 29, 31 y 51 de los autos) que no se propugnan como hechos probados a adicionar, o al menos no se realiza la propuesta con los requisitos formales que exige el art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción para pedir a la Sala la modificación de la convicción Judicial de instancia, en este extraordinario recurso de Suplicación, que no es una apelación ni por lo tanto una segunda instancia jurisdiccional.

En realidad el texto propuesto y el resto de las afirmaciones fácticas que se realizan en el motivo se ampara en prueba testifical o pericial testifical, y la valoración que de la misma se ha realizado por la Magistrado de Instancia no puede ser atacada en Suplicación ni es aceptable destruir la percepción que de ellas hizo la juzgadora, por un juicio subjetivo y personal de parte interesada (STS 5 de junio de 1995). Pero es que, además, el soporte documental que sirve de base al motivo de revisión pretendido, debe de contener, inexcusablemente, una literosuficiencia probatoria, de tal modo que se desprenda ineludiblemente la modificación pretendida del mismo, lo que no ocurre en el presente supuesto, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones (SSTS de 19-7-85 o de 14-7-95).

Lo que en resumen pretende la parte recurrente es que por la Sala se efectúe una nueva valoración global y conjunta de la prueba testifical- pericial practicada, que no es posible dada la naturaleza jurídica extraordinaria del recurso de Suplicación.

En definitiva, no se evidencia el error de la Juzgadora. Por todo ello la revisión no debe prosperar, al no evidenciarse error valorativo del Magistrado y su consecuente desatención a las reglas de la sana crítica en el ejercicio de la facultad valorativa de la prueba, que en exclusiva tiene atribuida (ex artículo 97-2 LPL) y es que es doctrina constante del Tribunal Supremo (entre otras la STS 17 de Diciembre de 1990) la de que es al juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso



laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción (concepto más amplio éste que el de los medios de prueba) para establecer la verdad procesal, intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LEC en relación con el artículo 348 de la actual y supletoria LEC

TERCERO.- Como segundo motivo de revisión fáctica e igual amparo procesal se pretende la modificación del hecho tercero con el añadido siguiente:

*"Esta persona es técnico informático, experto en recuperación de datos, seguridad informática, informática forense, redes e internet, desde 1990 y ha realizado un curso de **perito informático** con la asociación nacional de peritos y tasadores informáticos (ANPJI) en abril de 2012 y miembro de la Junta directiva y director de comisiones internas, consultoras y de asesoramiento de la Ley de Firma electrónica; LSSly CE (Ley de servicios de la sociedad de Información y comercio Electrónico) y del CATSI (Consejo Asesor de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información)".*

Se fundamenta, como el anterior, en el informe pericial- testifical, cuestionado y las razones de su desestimación son las mismas, a las que hemos de añadir el dato de que, sin cuestionar el curriculum del referido perito, éste se apoya en la propia manifestación del mismo en un documento por el redactado que carece de literosuficiencia necesaria para alterar la convicción judicial de instancia.

CUARTO.- Con igual amparo y fundamento se interesa en motivo separado otra adición al mismo hecho probado tercero en el sentido de hacer constar " *que estando presentes otros compañeros de trabajo concretamente Don Luis Enrique* ". Esta afirmación no tiene apoyo documental alguno. La presencia de Don Luis Enrique como testigo ha sido valorada por la Juzgadora y su declaración se recoge en la fundamentación de la sentencia de instancia.

La impugnación de los hechos declarados como probados (que pueden estar indebidamente recogidos en la parte de fundamentación jurídica) por el Juez de lo Social no puede llevarse a cabo genéricamente, en función de la discrepancia con ellos, sino que ha de tomar necesario apoyo en una de las dos modalidades probatorias referidas (documental o pericial) si se hubieren practicado en el juicio. Desde luego, el carácter extraordinario del recurso lleva a descartar toda práctica de prueba y elaboración del relato fáctico por parte del Tribunal Superior, así como a proscribir (salvo supuestos excepcionales) la valoración conjunta de la prueba, competencia del juzgador de instancia. Lo único que existe es la posibilidad de que los afectados interesen la reconsideración del factum fijado en instancia, si es que pueden fundar su deseo del modo aludido.

Como excepciones, la doctrina judicial suele admitir la competencia del Tribunal Superior para modificar ex - officio los hechos declarados probados en al menos tres supuestos: cuando está en juego la competencia por razón de la materia, (caso arquetípico es el de calificación del vínculo profesional existente), cuando la sentencia recurrida aparecen calificaciones o valoraciones que predeterminan el fallo. También es usual que admita completar el relato fáctico atendiendo a los hechos sobre los que las partes estuvieron conformes.

La revisión fáctica interesada ha de ser trascendente respecto del fallo, pues en caso contrario la suplicación carecería de sentido y el principio de economía procesal llevaría, como tantas veces sucede en este tipo de recurso extraordinario, a que, una vez determinada la intrascendencia de la rectificación interesada, ni siquiera entrase el Tribunal a determinar si se estima o no. A través de este motivo, es doctrina reiterada puede combatirse tanto el error aditivo (dar como probado lo que no sucedió) cuanto el omisivo (silenciar lo verdaderamente acaecido), si bien presuponiéndose la ya advertida necesidad de que posean incidencia sobre el fallo; lo que no resulta posible es interesar que se den como probados hechos negativos.

Son documentos eficaces para producir la revisión, como hemos dicho en *nuestra sentencia de 6 de marzo de 2015, rec. 917/2014*, todos aquellos que recogen el pensamiento humano, pero no son hábiles a tal fin los que se limitan a reproducir una prueba de confesión o testifical, o los que recogen meras manifestaciones de una de las partes. Así, por ejemplo, sin ánimo exhaustivo, no tienen valor para modificar los hechos probados, conforme a una consolidada doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo, seguida por los TSJ, el acta levantada por la Inspección de Trabajo basada en las manifestaciones del empresario y los trabajadores [STCT 12 jun. 79], el acta del juicio oral [STCT 5 jun.79], carta de despido [STCT 6 jun.79], certificado de la alcaldía cuando está basada en informes suministrados por los agentes municipales [STCT 9 jul. 1980], certificado de empresa [STCT 11 dic.79], declaración jurada, [STCT 26 nov. 79], denuncia penal [STCT 25 jun. 80], documentos no fehacientes incluyéndose dentro de ellos las fotocopias, copias simples, copias mecanografiadas cuando no estén autenticadas por el funcionario que corresponda o reconocidas por las partes [STCT 14 dic.79], documentos confusos, imprecisos o ilegibles [STCT 29 sep. 79], libro matrícula [STCT 26 sep.79] informes de una agencia de detectives privados [STS 24 feb. 92], recortes de prensa [STCT 18 nov. 80].



Las anteriores consideraciones resultan plenamente aplicables para rechazar, igualmente, la revisión fáctica que se articula en el CUARTO motivo de recurso, donde se propugna la adición de un nuevo hecho probado tercero bis con el texto siguiente:

"El perito de la empresa don Jesús copió a una memoria USB limpia los ficheros de registro de eventos del equipo, los de aplicación, instalación, seguridad y sistema, así como el historial de Google Chrome, que solo tiene datos de navegación del 6 al 30 de mayo de 2016. El equipo OT02 después de copiar los ficheros mencionados, quedó desconectado de la red."

Que como los anteriores se apoya en la misma prueba testifical-pericial que ya hemos descartado como fehaciente a los efectos que nos ocupan.

QUINTO.- Con amparo en el art. 193 b) de la LRJS se pretende la adición de un nuevo hecho probado tercero ter, con el siguiente tenor literal:

"El historial del navegador del ordenador utilizado por don Emilio, refleja que se usan dos cuentas de correo personales diferentes de las de las empresas, que no son de empresa, que son : DIRECCION000 y DIRECCION001 .

De ellas se deduce que Emilio titular y usuario de la cuenta DIRECCION000 y DIRECCION001 los días 9, 10 y 23 de mayo de 2016, tras recibir, en el ordenador de la empresa un mensaje en su cuenta de correo personal, ha iniciado una navegación a través de internet de búsqueda de ofertas de trabajo.

Toda la jornada del día 25 de mayo de 2016, (folio 25 y 36) en que se abre el navegador a las 8:58 y se visitan calles con google maps hasta las 9:02, en apenas 4 minutos, y a partir de ahí todo el resto de la jornada hasta las 18:36 que es la última web visitada, son todas de edarling y fuegodevida, alguna de consulta del correo privado y un minuto, de 10:48 a 10:49 una página para calcular y comprobar la letra de un NIF.

Se ha dado un uso del navegador, al menos entre las fechas del historial entre el 6 y el 30 de mayo de 2016 (folios 32 a 51) para uso relacionado con la actividad de la empresa o de problemas médicos, en un porcentaje demasiado pequeño comparado con el uso del mismo en páginas de ocio, búsqueda de trabajo, juegos, foros de usuarios de prostitución, páginas de prostitutas y diversas páginas de contactos tanto de relaciones personales como de sexo, en las que se requiere registro y pagos de cuotas también reflejados en algunos títulos de web visitadas.

Los correos detectados en el historial de navegación, llevan sus iniciales jbh, y en algunos títulos de los mensajes se alude a directamente a " Emilio " con lo que queda comprobado que las cuentas de correo y el uso de la totalidad de la navegación registrada corresponde a D. Emilio (folio 33,34 vto. 35 vto, 36, 37, 37 vto, 38, 38 vto, 39 vto, 41)."

Se argumenta que el texto propuesto se desprende, sin interpretación alguna del informe pericial tantas veces referido, y que, además se ratifica por la propia declaración del demandado en interrogatorio de parte. Nuevamente el motivo resulta inatendible. Las pruebas en las que se apoya son de exclusiva valoración judicial en instancia.- El motivo se formaliza como si este recurso fuera una Apelación civil, desconociendo su naturaleza extraordinaria y por lo expuesto debe ser desestimado.

SEXTO.- Al amparo del art. 193 c) de la Ley Reguladora se denuncia la infracción del art. 90.2 de la LRJS alegando indefensión.

El cauce procesal del art 193 c) de la Ley Reguladora habilita la denuncia ante la Sala de la infracción normas sustantivas o Doctrina Jurisprudencia, la infracción de normas procesales se ha articular por el cauce procesal del art. 193 a) de la Ley Reguladora y con los requisitos formales que dicho cauce exige.

Ninguno de los requisitos que exige el referido cauce procesal del art. 193 a) de la Ley Reguladora se cumplen en el motivo que examinamos. En todo caso no existe imputación de transgresión de norma procedimental alguna, ni procesal, en base a la cual se pueda acreditar la existencia de indefensión.

La doctrina jurisprudencial desarrollada en aplicación del mandato procesal contenido en el actual artículo 193. a) de la LRJS, ha insistido en que no toda irregularidad procesal genera la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, la finalidad e importancia del requisito omitido o irregularmente cumplido, y sobre todo la conducta procesal observada por quien alega tal vulneración, pues no puede invocar válidamente indefensión quien ha mantenido una conducta procesal errática o abusiva. Además, no basta, "con que el órgano judicial haya incurrido en una irregularidad formal, sino que es necesario, además, que tal infracción legal determine la indefensión del afectado" (STC 158/1989 de 5 de octubre EDJ 1989/8751), nada de esto ha ocurrido el supuesto de autos, en el que no solo no se ha provocado indefensión formal, sino ni tan siquiera una indefensión material que suponga



una vulneración del artículo 24 de la CE EDL 1978/3879 . La Magistrado de Instancia, ha aceptado y valorado la prueba pericial- testifical practicada en el acto del juicio oral, otra cosa es que no haya sido suficiente, por las razones que expone, para llevarla a la convicción judicial sobre las imputaciones de la empresa en la carta de despido.

El motivo no puede ser estimado porque en realidad, el motivo central del recurso se circunscribe al cuestionamiento de la valoración de la prueba realizada por la Magistrado de Instancia con la intención formal de sustituir su criterio, por el criterio de la parte recurrente.

Parece razonable recordar aquí que en el proceso laboral no existe la segunda instancia, sino un recurso extraordinario de suplicación que solamente puede fundamentarse en los motivos de recurso establecidos con carácter tasado por la ley. Así se deduce sin dificultad de los arts. 193 y 196 apartados 2 y 3 de la LRJS . En los motivos de infracción de normas jurídicas sustantivas del apartado c) del art. 193 LRJS , debe partirse de la relación fáctica de la sentencia salvo que se logre su modificación por el cauce del artículo 193 b) y deben señalarse expresamente los preceptos y jurisprudencia que se consideren infringidos por el juzgador de instancia.

La naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación ha sido reconocida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, al declarar que aquél no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso de objeto limitado, en el que el Tribunal «ad quem» no puede valorar «ex novo» toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial el recurrente, que por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la ley. El carácter cuasi casacional del recurso de suplicación justifica la exigencia de estos requisitos procesales, aunque ciertamente, desde la perspectiva constitucional, en último extremo lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido [sentencias del TC 29 de junio de 1998 , 93/97, de 8 de mayo de 1997 y 18/93 de 18 enero de 1993].

SÉPTIMO. Al amparo del art. 193 c) se denuncia la infracción por falta de aplicación del art. 335.LEC y 340 de la misma norma procesal Civil, de aplicación supletoria a la LRJS.

Cierto que el perito no tiene porqué tener titulación sino los conocimientos prácticos y técnicos suficientes para emitir su opinión sobre los hechos y circunstancias que se le sometan a su consideración. Pero, partiendo de esta premisa, que resulta obviamente incontestable, el resto de la argumentación del motivo del recurso vuelve a incidir sobre la valoración de la prueba realizada en la instancia, y olvidando que el recurso de Suplicación se interpone contra el fallo, no contra los fundamentos de la Sentencia, y así hemos de reiterar una vez mas, que el fallo que se impugna ante esta Sala es estimatorio de la demanda que impugna un despido disciplinario porque los hechos en los que se apoya no están demostrados. Si a esta simple afirmación unimos que la Sala no puede volver a valorar la prueba ni rectificar el criterio del Juzgador salvo que se apoye en prueba documental o pericial fehaciente, literosuficiente, no contradicha , se ha de concluir ninguna censura jurídica cabe oponer apoyada en los preceptos sobre la práctica de prueba pericial que se denuncian, indebidamente, como infringidos.

OCTAVO.- Con igual amparo se denuncia la infracción del art. 348. LEC .

El motivo, por lo expuesto en los anteriores no puede ser estimado, lo que se pretende reiterando lo alegado en los anteriores, es alterar la convicción de instancia. El tratamiento procesal de la prueba aportada al acto del juicio ha sido realizado por la Juzgadora con absoluto respeto de las normas procesales que la disciplinan. Cosa distinta es que no le de validez para formar su convicción,

En un supuesto de indagación en el ordenador de la Empresa, el T.S en sentencia ECLI:ES: TS:2014:1919^a de cuatro de febrero de 2014 recaída en R. 1720/2013 declara " *cuando se ha descubierto la actividad paralela del trabajador, que la comprobación es necesaria, pues no había otra forma de comprobar el uso de los medios empresariales para fines particulares, y la medida es proporcionada, pues no se ordena la comprobación del ordenador del actor, sino que se busquen unos determinados archivos en el sistema de red de la empresa, de forma que la introducción del dato en cuestión no predetermina el acceso al ordenador del demandante*".

En este caso, la actividad de volcado se ha realizado íntegramente sobre todo el contenido del ordenador usado por el trabajador, tal y como reiteradamente se ha puesto de manifiesto en el recurso.

Por otra parte, la Sala IV ha declarado reiteradamente que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el *artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores* , salvo supuestos excepcionales que aquí no concurren, no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico (*sentencias de 15*



y 29 de enero de 1997 , R. 952/1996 y 3461/1995 , 6 de Julio de 2004, R. 5346/2003 , 24 de mayo de 2005, R. 1728/04 , 8 de junio de 2006, R. 5165/2004 y 18 de diciembre de 2007, R. 4301/2006 , 15 de enero de 2009, R. 2302/2007 , 15 de febrero de 2010, R. 2278/2009 , 19 de julio de 2010, R. 2643/2009 , 19 de enero de 2011, R. 1207/2010 , 24 de enero de 2011, R. 2018/2010 y 24 de mayo de 2011, R. 1978/2010) .

Esta individualidad y carácter específico de cada supuesto a examinar, puesto de manifiesto, como hemos expuesto por la Doctrina del T.S, anteriormente reseñada, no resulta ajena al caso que examinamos.

Así, y para terminar, la Sentencia del *Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2011 (rec. 1826/2010)* , examina un supuesto en el que un trabajador que prestaba servicios como jefe de turno de mantenimiento, fue despedido disciplinariamente tras realizar la empresa una auditoría interna en las redes de información con objeto de revisar la seguridad del sistema y detectar posibles anomalías en la utilización de los medios puestos a disposición de los empleados, en el que se concretaba que desde el ordenador que utilizaba el actor se habían realizado 5.566 visitas a páginas referidas al mundo multimedia-vídeos, piratería informática, anuncios, televisión, contactos, etc., en tramos horarios en los que el actor estaba trabajando solo en el despacho. En instancia se declara procedente el despido, revocando la Sala de suplicación dicha sentencia para declararlo improcedente, cuya sentencia es confirmada por la Sala IV del Tribunal Supremo, que considera que la prueba se obtuvo de forma ilícita, ya que no consta que la empresa hubiera establecido previamente algún tipo de reglas para el uso de dichos medios, ni que se hubiera informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control de los medios en orden a comprobar su correcto uso. Añade la Sala IV que en el historial de acceso a internet del ordenador constan todas y cada una de las concretas visitas efectuadas, sin que se haga una referencia genérica a tiempos y páginas visitadas por el trabajador, sino también al dominio y contenido de la misma, lo que supone una vulneración de su derecho a la intimidad.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de TERMISERVICIO S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid, de fecha seis de febrero de dos mil diecisiete , en virtud de demanda formulada por D. Emilio frente a la parte recurrente, sobre Despido, confirmamos la sentencia de instancia. Se condena en costas a la parte recurrente que deberá abonar al Sr. Letrado impugnante del recurso, en concepto de honorarios, la cantidad de 400 euros y a la pérdida de lo depositado y consignado una vez sea firme la presente 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 sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

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. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0369-17 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE* , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* " , se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000036917) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la



condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste 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.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales 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 por la Ilma. Sra. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ