

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3ª, Sentencia 689/2018 de 26 Oct. 2018, Rec. 176/2018

Ponente: García Alarcón, María Virginia.

Nº de Sentencia: 689/2018

Nº de Recurso: 176/2018

Jurisdicción: SOCIAL

Despedido un trabajador por compartir clandestinamente la IP de la empresa para navegar por la red profunda

DESPIDO DISCIPLINARIO. Procedencia. Conducta del trabajador consistente en la utilización de la red para utilizar programas que facilitan el anonimato del usuario en la navegación por la red profunda, interfiriendo el servicio, que supone un incumplimiento grave y culpable que determina la procedencia de su despido.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid que declara procedente el despido disciplinario del trabajador demandante.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

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

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34002650

NIG: 28.079.00.4-2017/0037954

Procedimiento Recurso de Suplicación 176/2018

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 07 de Madrid Despidos / Ceses en general 881/2017

Materia: Despido

Sentencia número: 689/18-FG

Ilmos/a. Srs./a.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSÉ IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a 26 de octubre de 2018, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Tercera de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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 Suplicación número 176/2018 formalizado por la graduada social DOÑA CRISTINA VALLEJO MARTÍN en nombre y representación de DON Elias, contra la sentencia número 460/2017 de fecha, 22 de diciembre dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de los de Madrid, en sus autos número 881/2017, seguidos a instancia del recurrente frente a ALTEN SPAIN, S.A., en reclamación por despido, siendo magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, 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. Elias ha venido prestando servicios para la demandada, Alten Spain SA desde el día 16 de junio de 2000, con la categoría de titulado medio y percibiendo un salario bruto mensual de 2.328,01 € con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras.

SEGUNDO.- Tras instruir expediente al efecto, el actor fue despedido por razones disciplinarias el día 28 de junio de 2017, mediante comunicación que consta y se da por reproducida.

TERCERO.- A mediados de abril de 2017 el actor conectó a su puerto de acceso un router, que emitía una red denominada San Luis, conectada a la IP del cliente CECA.

El día 7 de junio de 2017, el departamento de sistemas de la demandada descubrió el dispositivo y lo desconectó.

La investigación y búsquedas de redes diferentes a las homologadas e instaladas por la empresa, vino determinada por las quejas que venía recibiendo del cliente, que advertían que entre las 13:00 y la 15:00 la red se caía y no podían trabajar. Todo ello en un contexto de nerviosismo de la clientela tras la aparición a mediados de mayo del ransomware wannacry, por lo que la empresa estaba extremando las medidas de seguridad, poniendo todo tipo de parches y advirtiendo a todos los trabajadores que extremaran la cautela.

El día 8 de junio de 2017 se comprobó que al desconectar el router intruso de la IP de CECA y en consecuencia la red San Luis, la red dedicada a la asociación bancaria funcionaba sin incidencias.

Los días y horas de las quejas están detalladas en la carta de despido y han sido ratificadas por el testigo, responsable del programa CECA.

CUARTO.- La empresa inició expediente disciplinario contra los seis empleados integrantes de la isla de trabajo del actor.

En dicho expediente el Sr. Leoncio, miembro de CCOO, declaró por escrito que el actor era el único responsable de la colocación y utilización de la red intrusa en la IP de CECA, por lo que se levantó el expediente contra los otros cinco y se despidió al actor.

La red San Luis estaba conectada al ordenador que la empresa pone a disposición de la Sección Sindical de CCOO.

QUINTO.- El actor es delegado sindical de CCOO y miembro del Comité de Empresa.

SEXTO.- La sección sindical entregó su ordenador ante un notario al efecto de realizar una pericia informática.

La Pericia desveló que se creó el usuario operador el 18 de abril de 2017 y el equipo se conectó a la red San Luis el 18 de mayo de 2017, con la configuración del router instalado en el puerto del actor. Desvelaba que el 6 de junio de 2017 se había borrado un gestor de bases de datos, que no tenía archivos normales de Word o PDF, sino que se había usado para realizar búsquedas que permitieran cambiar los usuarios de la red, privilegios del administrador y claves, teniendo instalados herramientas ajenas a las propias del equipo, encontrando programas y herramientas

portables que no dejan rastro de instalación, navegando por internet de modo privado sin dejar huella de archivos, siempre desde el total anonimato mediante el programa TOR, todo ello utilizando un hardware extraíble.

SEPTIMO.- La empresa se dedica a la consultoría de la tecnología de la información y servicios de ingeniería a las principales compañías del mercado español, banca y administración pública. Cuenta con certificados ISO 27001, ISO 14001, ISO 20000, etc particularmente el ISO27001, sobre seguridad prohíbe la utilización de cualquier software o hardware no autorizado. Toda la normativa se publica en la intranet y es de común conocimiento de todos los empleados. Los mismos también están advertidos de la facultad de registro de sus dispositivos.

OCTAVO.- Los miembros de CCOO Socorro, Sonsoles, Salvador están asignados a distintos proyectos de la empresa. El 27 de mayo de 2017 la sección sindical de CCOO recibió invitación de la empresa a una fiesta de verano a celebrar el 30 de junio de 2017.

El 5 de junio de 2017 la sección emitió una nota crítica contra dicha celebración.

NOVENO.- El 21 de agosto de 2017 se celebró acto de conciliación sin avenencia."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

" Desestimando la demanda de D. Elias debo declarar y declaro procedente el despido efectuado, absolviendo a Alten Spain SA de cuantos pedimentos se deducían en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por el letrado DON ENRIQUE APARICIO RIVAS, en representación de la demandada.

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 9 de marzo de 2018 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 23 de octubre de 2018 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa el recurrente que se sustituya el primer párrafo del hecho probado tercero por el siguiente:

"El router encontrado en el puerto de acceso en el puesto de trabajo del actor emitía una red denominada San Luis"

Remitiéndose a los documentos 10 de la demandada y 11 y 14 del actor, folios 427, 142 y 153 de los autos, consistentes en declaraciones de varias personas que, como tales no tienen eficacia de prueba documental, sino testifical, cuya valoración, de haberse ratificado en el acto del juicio, corresponde a la juzgadora a quo, no pudiéndose revisar en sede de suplicación, como tampoco puede accederse a la revisión sobre la base de que no exista prueba al respecto, porque ello no es admisible, ya que comportaría el examen de todo lo actuado, lo que no cabe a ser este recurso extraordinario.

Asimismo se propone la sustitución del segundo párrafo del hecho probado cuarto, con apoyo en los mismos documentos, lo que no puede estimarse por lo ya expuesto.

Para el hecho probado séptimo se postula la siguiente redacción:

"La empresa se dedica a la consultoría de la tecnología de la información y servicios de ingeniería a las principales compañías del mercado español, banca y administración pública. Cuenta con certificados ISO 27001, ISO 14001, ISO 20000, etc particularmente el ISO27001, sobre seguridad prohíbe la utilización de cualquier software o hardware no autorizado. La normativa sobre seguridad se realizó el 15/12/2017 y se publicó en la intranet el 17/12/2017, fecha posterior al despido del actor. Los trabajadores están advertidos de la facultad de registro de sus dispositivos."

Con apoyo en el documento 21 de la demandada, folios 708 a 756 de los autos, de los que no resulta que antes de las fechas indicadas ya existiera esa normativa y estuviera publicada, tal y como ha apreciado la juzgadora a quo. El motivo no puede estimarse porque el que se publicara en la intranet una determinada normativa, no desvirtúa que

anteriormente lo estuviera otra y así la magistrada de instancia, tras examinar toda la prueba practicada, ha concluido en su fundamentación jurídica que *"la introducción de elementos no autorizados, ni útiles para el servicio que se presta está prohibida por la empresa por razones de seguridad y homologación con los certificados ISO con los que cuenta. Que esta prohibición era sabida y estaba publicada y que no obstante el actor introdujo un dispositivo que aun desconociendo si pudo poner en riesgo la seguridad de la red, lo que sí es seguro que interfirió en el buen servicio de un cliente, dado que el actor compartía clandestinamente su IP."* y a ello hemos de estar.

Solicita también el recurrente que se añada al hecho probado octavo lo siguiente:

"El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han declarado que la empresa ha vulnerado la libertad sindical en el despido del presidente del comité de empresa Don Jaime Oviedo, en el despido de una trabajadora afiliada a CC.OO, así como en la decisión empresarial de limitar el uso del crédito sindical de los delegados de CC.OO."

La empresa remitió comunicados contra los miembros de CC.OO.

La Inspección de trabajo ha levantado acta de sanción por infracción de normas laborales el 30/5/2017, 11/4/2017, 29/11/2017 por denuncia previa del actor."

A la vista de los documentos 33, 34, 35, 38, 46, 47 y 48 de su ramo de prueba, no admitiéndose la adición al ser la cuestión irrelevante para el devenir del recurso.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción de los artículos 1281 y 1282 del código civil , 24.1.c) del Convenio colectivo de consultoría y estudios de mercado de la opinión pública, 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores, 7, 14 y 18 de la Constitución y 17 de dicho Estatuto, en relación con el 122 de la citada ley procesal, así como la jurisprudencia que los desarrolla, por considerar que no ha quedado acreditado que instalare el router así como que existiera incumplimiento de la normativa de seguridad ni que fuera conocida por él, por lo que no se produce, a su juicio, la trasgresión de la buena fe contractual ni el abuso de confianza, señalando que la sentencia se basa en meras manifestaciones del Sr. Leoncio que tiene interés en el pleito, en un testimonio escrito, indicando que se han valorado erróneamente esos documentos por la juzgadora a quo, al escoger de forma arbitraria las legaciones de dicho señor correspondientes al día 19 de junio, sin entrar a valorar las anteriores del día 13 del mismo mes, ni el acta de la reunión de la empresa con los expedientados del día 16 ni la de la reunión interna de la sección sindical de CC.OO del día 21 del mismo mes, habiendo, a su entender, un cambio de opinión de dicho señor, con el único fin de no verse involucrado en el expediente, según sus propias manifestaciones, que constan en el documento 14 de su ramo de prueba, cambio que se produce tres días después de la reunión con la empresa. Pone de manifiesto que ninguno de los testigos que depusieron en el acto del juicio declaró haberle visto instalar el router, ni ello consta en ningún documento con validez probatoria, que niega del documento número 10 del ramo de la demandada, que es el único aportado para imputarle tal instalación. Resalta que la empresa ha sido ya inculpada por vulnerar la libertad sindical al despedir al delegado de CCOO, a una trabajadora afiliada al mismo sindicato y por limitar el crédito sindical a los delegados sindicales, haciendo alusión a las denuncias por él presentadas ante la Inspección de trabajo, que culminaron con actas de infracción de 29 de noviembre de 2016, 11 de abril y 30 de mayo de 2017, estimando que hay una evidente conexión temporal entre estas y el despido y que se trata de un indicio de vulneración de la libertad sindical, cuestionando la existencia de supuestas incidencias del proyecto CECA, ya que si hubieran sido tan importantes, no parece razonable que se esperase cuatro meses para iniciar la revisión de los puestos de trabajo, considerando sorprendente que solo se revisasen los de la sección sindical de CC.OO, no habiendo acreditado la empresa haber confirmado la veracidad de las alegaciones del Sr. Leoncio. Niega que tuviera conocimiento de la normativa de seguridad, código de conducta, etc., afirmando que su publicación se produjo después del despido. Finalmente denuncia la aplicación errónea de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la proporcionalidad y adecuación entre el hecho y la sanción, señalando que el hecho no ha sido acreditado y además no le ha supuesto ningún perjuicio a la empresa, tal y como se pone de manifiesto en el fundamento de derecho tercero, habiendo remitido la empresa un mail a los trabajadores informando en mayo de las medidas que había tomado la empresa para evitar contagios de virus y ciberataques, ensalzando que sus sistemas de seguridad han resistido los ataques, lo que, a su juicio, se contradice con la afirmación de que el router ponía en peligro la red, no habiendo probado la empresa reclamación alguna del cliente CECA, ya que aporta la facturación y si bien es cierto que en julio se observa una facturación, no consta que se deba a una penalización acordada con el cliente,

pudiéndose deber a múltiples motivos, como vacaciones, finalización de algún proyecto, etc.

La magistrada a quo considera acreditadas todas las imputaciones que constan en la carta de despido, debiéndose tener en cuenta que lo hace sobre la base de la prueba testifical que no es susceptible de revisión en sede de suplicación, por lo que hemos de estar a la valoración que se recoge en la sentencia.

Partiendo de lo anterior hemos de valorar si los hechos imputados y acreditados tienen entidad suficiente o como se postula no tienen gravedad para merecer el despido y, para ello hemos de acudir al convenio de aplicación que cita el recurrente Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública, que en su artículo 24.c) califica como falta muy grave *"El fraude, la deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas."* Y en ella ha incurrido el actor, como ha apreciado acertadamente la juzgadora a quo, al concluir que *"la utilización de la red para utilizar programas que facilitan el anonimato del usuario en la navegación por la red profunda, interfiriendo el servicio, supone un incumplimiento grave y culpable del trabajador, que determina que el despido sea declarado procedente."*, lo que hemos de confirmar, desestimándose el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 176/2018 formalizado por la graduada social DOÑA CRISTINA VALLEJO MARTÍN en nombre y representación de DON Elias, contra la sentencia número 460/2017 de fecha, 22 de diciembre dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de los de Madrid, en sus autos número 881/2017, seguidos a instancia del recurrente frente a ALTEN SPAIN, S.A., en reclamación por despido y confirmamos la resolución impugnada. 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 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 2828-0000-00-0176-18 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0176-18.

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 el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.