



Roj: **STSJ CLM 1553/2023 - ECLI:ES:TSJCLM:2023:1553**

Id Cendoj: **02003340012023100485**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2023**

Nº de Recurso: **289/2023**

Nº de Resolución: **976/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUISA MARIA GOMEZ GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 00976/2023

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

Correo electrónico: tribunalsuperior.social.albacete@justicia.es

NIG: 02003 44 4 2022 0001468

Equipo/usuario: FFN

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000289 /2023

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000473 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Leandro

ABOGADO/A: LUIS VENTURA CAÑAMARES ORTIZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA FO, EIFFAGE METAL ESPAÑA SLU

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA, PEDRO MARTINEZ HELLIN

PROCURADOR: , RAFAEL ROMERO TENDERO

GRADUADO/A SOCIAL: ,

Magistrada Ponente: D^a. LUISA MARÍA GÓMEZ GARRIDO

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D^a. LUISA MARÍA GÓMEZ GARRIDO

D^a. PETRA GARCÍA MÁRQUEZ

D^a. MONTSERRAT CONTENTO ASENSIO

En Albacete, a quince de junio de dos mil veintitrés.



Vistas las presentes actuaciones por la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, compuesta por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as anteriormente citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

- SENTENCIA N° 976/23 -

En el **RECURSO DE SUPLICACION número 289/23**, sobre despido , formalizado por la representación de Leandro , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Albacete, en los autos número 473/22, siendo recurrido EIFFAGE METAL ESPAÑA S.L.U.; y en el que ha actuado como Magistrada-Ponente D^a. LUISA MARIA GOMEZ GARRIDO, deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 29-11-22 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Albacete en los autos número 473/22, cuya parte dispositiva establece:

«Que **DESESTIMANDO** la demanda rectora de las presentes actuaciones promovida por D. Leandro frente a la mercantil EIFFAGE METAL ESPAÑA, S.L.U., debo **DECLARAR** y **DECLARO PROCEDENTE el despido** del que ha sido objeto el actor con fecha de efectos de 17/05/2022, **absolviendo** a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra.»

SEGUNDO.- Que en dicha Sentencia se establecen los siguientes Hechos Probados:

«PRIMERO .- D. Leandro , con NIF NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la mercantil EIFFAGE METAL ESPAÑA, S.L.U. dedicada a la actividad de fabricación de estructuras metálicas, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, antigüedad de 16/10/2017, categoría profesional de oficial 3^a operario de corte y bisel, salario mensual bruto de 1.743,45 € mes incluida la prorrata de pagas extras abonado mensualmente mediante transferencia bancaria, siendo de aplicación el Convenio Colectivo de las Industrias y Servicios del Metal de Albacete, sin ejercer ningún cargo de representación sindical (Docs. n° 1 a 3 ramo prueba actor).

SEGUNDO .- El 13/05/2022 los responsables del actor, un compañero, D. Ramón y D. Ricardo sobre las 14:00 horas se reunieron con los trabajadores de los turnos de trabajo entrante y saliente para tratar temas de producción y organizativos; tras la reunión, el actor y D. Rogelio mantuvieron conversación con D. Ramón y D. Ricardo proponiéndoles que se quedaran a 3 turnos el puesto TRF Biselado Mecánico en lugar de a 4 turnos, como venían desarrollando su trabajo. Tras hablar con el Jefe de Producción, D. Ramón y D. Ricardo comunicaron que no se iba a eliminar un turno; a lo que manifestaron que querían abandonar la empresa, contentando D. Ramón que no había problema, manifestando el actor que se iría, pero con una indemnización, manifestando D. Ramón que en caso de baja voluntaria no corresponde indemnización alguna.

Sobre las 16:00 horas D. Ricardo recibe un mensaje del Director manifestando que el actor había hecho una **reseña** mala de la empresa en **Google**, regresando a la nave y viendo al actor con el móvil, preguntándole que qué hacía, a lo que el actor reconoció que había publicado la **reseña**, manifestándole D. Ricardo has puesto una **reseña**, pues vale, tú lo ves, sin ver exactamente qué estaba haciendo con el móvil en ese momento, siendo que no vio en concreto cuando el actor escribió la **reseña**, siendo que el móvil personal está prohibido durante las horas de trabajo, existiendo un grupo en WhatsApp para mandar información sobre cambios de producción, incidencias, fines de semana, etc., o verbalmente, que comunican a los encargados por móviles de la empresa (que no tienen WhastApp), circunstancia que también ratifica D. Ramón , utilizándose de manera esporádica; que había conflicto generalizado con los trabajadores en cuanto al 4^o turno, con quejas verbales.

El actor realizó una publicación en **Google** durante su horario de trabajo, reseñas sobre la empleadora, con el siguiente contenido "*Gestión nefasta, no miran nada por el trabajador, malos horarios trabajando festivos y fines de semana y noches y sueldo bajo... nada recomendable*". Según D. Juan María , la **reseña** sigue publicada a día de la celebración de la Vista.

Respecto de la grabación de conversación aportada por la parte demandada, el actor en su interrogatorio reconoce que es él hablando con D. Juan María (director de RRHH), D^a. Natividad , también de RRH y D. Ramón , se da íntegramente por reproducida. Reconoce que realizó la **reseña** en **Google** pero que la hizo en el tiempo de descanso cuando salió a fumar entre chapa y chapa, teniendo permiso de los encargados; tiene conocimiento de los códigos éticos (Doc. n° 16 ramo de prueba demandada), estando prohibido el uso del móvil para fines personales, aunque lo tenían que tener a mano por si recibían algún WhastApp o llamada



con instrucciones de trabajo, teniendo que estar disponibles, no siendo nunca sancionado; no reconoce que junto con D. Amador llevaran a cabo una campaña para poner reseñas negativas; que la publicó porque le parece injusto que en la entrevista de trabajo se les ofrezcan unas condiciones que luego no se cumplen, dando su opinión como trabajador, dado que les han engañado varias veces, existiendo siempre una situación de conflictividad en la empresa, quejándose a los encargados, sobre las condiciones del 4º turno en su nave un año antes que al resto de las naves y abonándose los fines de semana con unas condiciones acordadas verbalmente que luego no cumplieron cuando la instauraron en todas las naves al quitarles el citado abono, razón por la cual en la conversación de WhatsApp manifiesta que no se fía de su palabra.

D. Amador también realizó una publicación en la madrugada del domingo al lunes (16/05/2022) durante su jornada de trabajo, con el siguiente contenido *"No miran por el trabajador, sueldo bajo trabajando festivos, fines de semana, noches... Los Sábados en casi todas las empresas se pagan como extra, aquí no. En resumidas cuentas poco aconsejable"*.

Aparecen otras 12 reseñas publicadas, que se dan íntegramente por reproducidas.

Se da por reproducida la conversación de WhatsApp mantenida entre el actor y D. Ramón el 13/05/2022 que se inicia a las 16:50 horas (Doc. nº 18 ramo de prueba demandada), en síntesis, el actor pide a D. Ramón que hable con D. Carmelo y que si le da el finiquito se va el lunes; D. Ramón le manifiesta que han quedado en hablar el lunes y que mientras estaba trabajando había puesto una **reseña** negativa de la empresa, sabiendo que está prohibido el uso personal del móvil en la jornada de trabajo y que la empresa le ha dicho que se marchara hoy a su casa por lo que había hecho, tomando el sábado y el domingo como vacaciones, indicándole que volviera el lunes para ver cómo acabar la relación laboral solicitada de la mejor manera, a lo que el actor manifiesta su conformidad. D. Ramón, con exhibición del Doc. nº 18 reconoce la conversación, teniendo lugar también conversación telefónica.

El 16/05/2022 el trabajador D. Rogelio suscribe escrito en el que manifiesta que cometió un error y que no ha tenido nada que ver con las reseñas, que fue cosa de Leandro y Amador

D. Ricardo vio personalmente la **reseña** en **Google** del actor y de D. Amador, desconociendo si intentaron coaccionar a más compañeros para publicar más reseñas; desconoce si al actor se le ha sancionado anteriormente por el uso del móvil personal.

D. Juan María, responsable de RRHH, manifestando que el Director General, D. Carmelo, le comunicó los hechos, que también había hablado con los encargados, realizando las investigaciones oportunas; que la **reseña** se publicó durante la jornada del actor, sobre las 16:00 horas; tienen un descanso de unos 20 minutos sobre las 18:30/19:00 horas; el Código Ético se le entrega a todos los trabajadores cuando se les contrata, normas expuestas en todos los tablones de anuncios de la empresa y en las distintas secciones y el Protocolo también; que existe una conflictividad en la empresa en relación con el 4º turno, estando descontento el actor y provocando el despido, lo que manifestó en la reunión del viernes; que tiene conocimiento de que el actor estuvo presionando a los trabajadores para publicar reseñas negativas, lo que le confirmaron D. Ramón, D. Ricardo y algún trabajador; que el actor utiliza maquinaria que puede llegar a provocar un accidente si no se utiliza bien; que hay más reseñas negativas publicadas por personas que no tienen relación laboral con la empresa, manifestando los compañeros de corte que eran amigos del actor; que hay clientes que están preocupados con la situación y les exigieron hacer una investigación por el tema del compliance, teniendo que hacer una auditoría y algunos aspirantes que se estaban entrevistando renunciaron al puesto de trabajo al ver las reseñas; hay quejas de los trabajadores sobre el 4º turno, pero son condiciones que aceptaron con el contrato de trabajo, abonándoseles por ello una cantidad, sobre la que posteriormente se percataron que había habido un error y se había abonado por duplicado; que le envió la **reseña** el Director General; de la entrevista que tuvo con el actor, dedujo que la **reseña** la publicó durante el horario de trabajo.

D. Jacinto, compañero del actor, manifiesta que existía conflictividad con los salarios, turnos, fines de semana, noches y con el 4º turno, formulándose las quejas a los encargados, pero nadie escuchaba; él también hizo una **reseña**, pero no ha sido despedido; no fue coaccionado por nadie para publicarla; las instrucciones de trabajo se las comunican por el móvil personal mediante llamada o WhatsApp; se hacen pausas para fumar habitualmente durante el horario de trabajo y fuera de los descansos establecidos; el declarante trabaja para Eiffage Metal España, empresa distinta a la del actor, teniendo conocimiento de la conflictividad del 4º turno porque los trabajadores están en la nave de al lado y almuerzan juntos, teniendo los mismos horarios, incluso compartiendo coches para ir o al salir del trabajo.

(Interrogatorio actor; grabación aportada por la parte demandada; Docs. nº 16, 17, 18 y 19 ramo de prueba demandada; testifical D. Ricardo, D. Ramón y D. Juan María).



TERCERO.- El 17/05/2022 se notifica al trabajador despido por causas disciplinarias al amparo del art. 55 y 54.2.d) del ET y del art. 31 del Convenio Colectivo de aplicación, dándose íntegramente por reproducida (Doc. nº 1 adjunto a demanda, dándose íntegramente por reproducido).

CUARTO.- Se da por reproducido el registro horario del actor de los días 01/05/2022 a 13/05/2022, éste último entro a las 13:55:46 y salió a las 22:00 horas (Doc. nº 9 ramo de prueba demandada).

Se dan por reproducidas las nóminas del actor de los meses de mayo de 2021 a abril de 2020 (Doc. nº 4 ramo de prueba demandada).

Se dan por reproducidos: documento de liquidación y finiquito, fechado el 17/05/2022; resolución de baja en TGSS con fecha 17/05/2022, certificado de empresa, IDC (Docs. nº 5, 6, 7 y 8 ramo prueba demandada).

Se da por reproducida la Carta de Valores y Finalidades de Eiffge. Código Ético, punto 5, firmada por el actor y reconocido por el testigo D. Ricardo como que se le entrega a todo trabajador a la firma del contrato de trabajo, entregándole una copia (Doc. nº 16 ramo de prueba demandada). Se da por reproducido el documento Manual de acogida para los nuevos miembros de Eiffage metal España, desconocido por el actor (Doc. nº 17 ramo de prueba demandada).

Con fecha 16/10/2017 el actor firmó documento consistente en "Compromiso de confidencialidad para los usuarios de los ficheros", LOPD; con fecha 24/06/2020 "Carta informativa videovigilancia con fines laborales"; con fecha 14/08/2020 "Tratamiento de datos biométricos de registro diario de jornada", "Tratamiento de datos de imagen para usos promocionales" y "Tratamiento de datos de nóminas personal y RRHH" (Doc. nº 2 ramo prueba demandada, dándose íntegramente por reproducidos).

QUINTO.- Con fecha 09/06/2022 se presenta papeleta de Conciliación, y se celebra acto de Conciliación ente la UMAC de Albacete el 05/07/2022, resultando sin avenencia (Docs. nº 2 y 3 adjuntos a demanda).»

TERCERO.-Que contra dicha Sentencia se formalizó Recurso de Suplicación, en tiempo y forma, por la representación de Leandro, el cual fue impugnado de contrario, elevándose los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, en la que, una vez tuvieron entrada, se dictaron las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma; poniéndose en su momento a disposición del/de la Magistrado/a Ponente para su examen y resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El juzgado de lo social nº 3 de Albacete dictó sentencia de 29-11-22 por la que, desestimando la demandada, calificaba como procedente el despido realizado. Contra tal resolución se alza en suplicación la parte demandante y ahora recurrente, esgrimiendo con correcto amparo procesal, un motivo orientado a la revisión de los hechos probados al amparo de la letra b/, y otros dos motivos dedicados a la revisión del derecho aplicado al amparo de la letra c/, en todo caso del art. 193 de la LRJS.

SEGUNDO: En el primer motivo del recurso, como ya dijimos dedicado a la revisión fáctica, se solicita la modificación del ordinal tercero de la sentencia de instancia, con objeto, en lo esencial, de hacer constar que en la carta de despido no se contenía mención de la fecha de efectos, designando a tal efecto la mentada carta que obra en el expediente digital.

La indicada pretensión debe rechazarse por su completa inutilidad, no solo porque la propia resolución de instancia ya da por reproducida dicha carta, o porque se haga mención reiterada en dicha resolución a la carencia del dato en cuestión en la carta de despido, sino porque la tan citada carta de despido es directamente apreciable por la Sala, en cuanto de la misma se derivan importantes efectos procesales (p. ej., la vinculación a los hechos imputados en la misma), que no pueden quedar al arbitrio de las partes.

TERCERO: En el primero de los motivos dedicados a la revisión jurídica, se invoca la infracción de los arts. 55 del ET y 108.1 de la LRJS, por entender que el despido debió calificarse como improcedente al no contener la carta de despido mención alguna a su fecha de efectos.

Como se deriva de la indicada carta de despido, la comunicación escrita al trabajador, fechada el 17-5-22, carecía de mención específica de sus efectos, aunque en su último párrafo se decía: " *Le comunicamos igualmente, que se encuentra a su disposición desde este momento la correspondiente liquidación de partes proporcionales por pagas y demás conceptos devengados por Vd. Hasta la fecha de la extinción de este contrato. Con el abono de estas cantidades, únicas a la que tiene derecho según la legislación vigente, se procederá a la liquidación, saldo y finiquito de la relación laboral que le unía con la empresa*". Igualmente, se dice en la sentencia



de instancia que el documento de saldo y finiquito tenía fecha del mismo 17-5-22, aunque no se informa si se firmó por el trabajador, o si se hizo con o sin conformidad al mismo.

Partiendo de estas premisas fácticas, debemos ahora recordar la jurisprudencia más reciente en la materia. La STS de 21-9-05 (rec. 822/04) consideraba un caso en el que la resolución que acordó el despido no contenía referencia alguna a la fecha de sus efectos, que conoció el trabajador no cuando se le notificó la resolución de despido, sino después de que hubiera formulado reclamación previa e incluso después de interpuesto la demanda que dio origen a la litis. En atención a la indicada situación, señala el Alto Tribunal:

"El art. 55.1 ET, en lo que interesa a los fines del recurso, prescribe que "el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos." A continuación establece la posibilidad de que por convenido colectivo haya otras exigencias formales, la obligatoriedad de expediente contradictorio cuando el trabajador fuera representante de los trabajadores o delegado sindical, y asimismo la necesidad de audiencia previa de los delegados de la correspondiente sección sindical si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y el empresario lo supiera.

El apartado 2 del mismo precepto establece lo siguiente: "Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social".

El apartado 4 de dicho art. 55 ET es del siguiente tenor literal: "El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo".

Por su parte el art. 108.1 LPL prescribe lo siguiente: "En el fallo de la sentencia el Juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo.- Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma, establecidos en el número 1 del artículo 55 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente".

...

"Los dos últimos preceptos transcritos, los arts. 55.4 ET y 108.1 LPL, no dejan lugar a dudas sobre los efectos de la omisión de los requisitos legales exigidos por el art. 55.1 ET para el despido, entre los que se halla la omisión de la fecha de efectos: es la declaración de improcedencia del despido. Tal conclusión, como expresión de la voluntad de la ley, se refuerza por el hecho de que hay una expresa previsión legal de subsanación de la omisión de los requisitos de forma, cual es la contenida en el art. 55.2 ET. Por otra parte ninguna norma condiciona tales efectos a que la omisión lo sea conjuntamente de todos o de varios requisitos y no de uno solo de ellos. Y por último, son razones de seguridad jurídica para el trabajador despedido las que, sin duda, subyacen a la exigencia de que al serle notificado el despido se le haga saber la fecha en que éste ha de producir sus efectos.

En el caso de autos la resolución que acordó el despido no contiene referencia alguna a la fecha de sus efectos. La constancia de la fecha de efectos del despido la tuvo el trabajador no cuando se le notificó la resolución de despido (que fue el 4 de diciembre de 2002), sino el 17 de febrero de 2003, después de que hubiera formulado reclamación previa e incluso después de interpuesto la demanda que dio origen a la presente litis (apartado noveno del relato de hechos probados y afirmación fáctica contenida en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia de suplicación). Por su parte el demandado no hizo uso de la facultad de acordar un nuevo despido con fines de subsanación de los defectos de forma en los términos que prevé el art. 55.2 ET.

Según lo expuesto la doctrina correcta es la contenida en la sentencia de contraste. En consecuencia procede la estimación del recurso de casación de unificación de doctrina que interpuso el actor, por vulneración de los preceptos mencionados".

Por su parte, la posterior STS de 27-3-13 (rec. 121/12), reproduce literalmente la doctrina antes reseñada, sin desarrollos específicos sobre las circunstancias fácticas concurrentes, aunque en la sucinta referencia a las resoluciones consideradas a efectos de contradicción, se dice: *"Por ello, y con independencia de las diferentes circunstancias en que se produce ambos despidos, al debatirse en ambos supuestos las consecuencias de la omisión del mencionado requisito en las cartas de despido, que la sentencia recurrida entiende que no se trata de un requisito imprescindible y desestima la demanda, mientras que la de contraste estima que es un requisito solemne y declara la improcedencia del despido, hay que entender que concurre el requisito de la contradicción".*



Como puede observarse, esta última resolución parece más terminante que la primera, pero no se muestra desvinculada de ella, en cuanto reproduce sin más su doctrina. En estas condiciones, parece posible seguir aplicando los criterios que implican una consideración de la concreta situación considerada, en cuanto la simple omisión formal de la fecha de efectos del despido, puede verse suplida por la clara e inequívoca manifestación de que la decisión extintiva tenga efecto en un momento concreto y determinable por eventos identificados, tal como vienen señalando diversas sentencias de TTSSJ, entre ellas la de Murcia 16-7-12 (rec. 330/2012), Cataluña de 12-3-08 125/2008, y la de esta misma Sala de 1-12-22 (rec. 1538/2022).

En el supuesto que ahora centra nuestra atención, la mención de la carta de despido que ya transcribimos, realiza dos afirmaciones relevantes sobre lo que ahora nos ocupa: la primera, que el trabajador tiene a su disposición desde ese mismo momento la correspondiente liquidación de partes proporcionales y que, a partir del abono de las correspondientes cantidades, se procedería a la liquidación, saldo y finiquito de la relación laboral que le unía con la empresa. Por otro lado, el documento de saldo y finiquito tenía la misma fecha que la carta de despido, el 17-5-22 y, aunque no conste la firma del mismo, aun con disconformidad, es lo cierto que tal cuestión no ha sido objeto de discrepancia entre las partes, de forma tal que no existe duda alguna de que el interesado tuvo conocimiento de la inmediata extinción de la relación laboral, sin que se haya producido ningún evento coetáneo o posterior que incidiera sobre aquel conocimiento para enturbiarlo, ni para condicionar las posibilidades de defensa del trabajador en orden por ejemplo, al cómputo de plazos de caducidad, que tampoco se ha cuestionado en el caso.

En consecuencia, la decisión de la instancia denegando la declaración de improcedencia por la referida causa se muestra ajustada a derecho.

CUARTO: En el último motivo del recurso se invoca la infracción del art. 20 de la CE y pronunciamiento del TC que se cita, por entender que, en todo caso, el despido considerado conculcó el derecho fundamental de libertad de expresión del trabajador.

Como informa la sentencia de instancia, el demandante venía prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada como oficial 3ª operario de corte y bisel. Sobre las 14:00 del día 13-5-22 tuvo lugar una reunión en la empresa, y posteriores conversaciones con el demandante, sobre la posibilidad de establecer 3 turnos en el puesto TRF Biselado Mecánico en lugar de 4 turnos, como se venía haciendo hasta el momento; sin perjuicio de que luego se dijera que no se iba a eliminar un turno, el demandante manifestó que quería abandonar la empresa, pero con una indemnización, a lo que se le contestó que no procede indemnizar en caso de baja voluntaria.

El detalle de los indicados intercambios y discrepancias no resultan relevantes en este momento. Lo que importa es que, tras dicha incidencia, y como se afirma expresamente en la sentencia de instancia, el trabajador demandante realizó una publicación en **Google** durante la jornada de trabajo, en concreto una **reseña** sobre la empleadora, con el siguiente contenido "Gestión nefasta, no miran nada por el trabajador, malos horarios trabajando festivos y fines de semana y noches y sueldo bajo... nada recomendable".

Sobre este hecho cabe realizar dos órdenes de consideraciones plenamente diferenciables.

En primer lugar y por lo que respecta al eventual incumplimiento por el trabajador de las normas y criterios de la empresa sobre imposibilidad de uso del teléfono móvil para usos privados durante la jornada de trabajo, lo cierto es que, como se afirma expresamente en la sentencia de instancia, no existe constancia suficiente de que el demandante utilizara el móvil para usos privados y, en concreto, para la realización de la **reseña**, en el horario de trabajo (aunque sin en la jornada de trabajo, como ya dijimos), cuando igualmente fue visto en el exterior del centro de trabajo usando el móvil, en momento no determinado, y que por ello podía coincidir con el de descanso o para fumar un cigarrillo que tenía permitido. Debe hacerse notar que no es suficiente con que se viera hipotéticamente al actor usar el móvil durante el trabajo, en cuanto, como se dice igualmente que los trabajadores debían de tener el móvil a mano por si recibían algún WhastApp o llamada con instrucciones de trabajo, teniendo que estar disponibles. Esto es, no puede imputarse al trabajador el desconocimiento de ninguna orden o instrucción de la empresa, ya fuera directa o derivada de los códigos éticos vigentes en la empresa.

En segundo lugar, se plantea el problema relativo a si cabe realizar algún reproche al trabajador por la **reseña** negativa de la empresa realizada en **Google**.

En este punto debe recordarse ahora la doctrina básica del TC y del TS en la materia que, en lo sustancial, puede sintetizarse del siguiente modo:

- La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones reconocido en el art. 20.1 de la CE (STC 20/2002 y 146/2019).



- Se amparan de manera expresa las manifestaciones críticas de los trabajadores con respecto al funcionamiento de la empresa (STC TCo 88/1985, 20/2002, 151/2004, entre otras), siempre que no se utilicen expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y sean claramente atentatorias para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican (STS 20-4-05 -rec. 6701/03).

- Todo lo anterior es compatible con que se considere que existe un condicionamiento o límite adicional en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo, al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo, en forma que debe ponderarse en cada caso, de forma tal que manifestaciones que incluso en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de la relación laboral (STC 120/1983, 1996/12, o 126/2003).

La proyección de la referida doctrina al caso planteado, obliga a constatar que la **reseña** considerada implica juicio valorativo negativo, que por ende arrastra por su propia naturaleza la atribución de un disvalor a la empleadora, con la molestia y el perjuicio que indefectiblemente se asocia a una opinión peyorativa, pero que, de igual modo, no puede calificarse en modo alguno, ni en cualquiera de las interpretaciones posibles, como insultante, injurioso o vejatorio.

Estos presupuestos son asumidos por la sentencia de instancia que, sin embargo, termina atribuyendo al trabajador la realización de una conducta inadecuada por una sola causa, a saber, por haber vertido su opinión en **Google**, un medio que implica publicidad y difusión externa, amplificando por tanto el perjuicio a la empresa. La Sala no puede asumir este argumento, que implicaría vetar al trabajador que emite una crítica el uso de cualquiera de las plataformas o instrumentos de internet que constituye, en el momento actual, y junto con los medios audio visuales, la principal herramienta de transmisión de ideas, opiniones e información. Otra cosa sería que tal vía de transmisión se hubiera buscado de propósito para amplificar injustamente una crítica destructiva, pero ese no parece ser el caso.

En efecto, el trabajador no inventa una situación inexistente, sino que se limita a transmitir su opinión sobre las condiciones laborales de la empresa, que juzga inadecuadas, en relación con las previas discrepancias entre la empresa y el trabajador sobre aspectos relativos al tiempo de trabajo. El trabajador podrá tener razón o no, cuestión que no es objeto de nuestra decisión, pero simplemente reacciona ante una situación realmente existente. Por otro lado, no utiliza, como ya dijimos, expresiones injuriosas u ofensivas, ni personaliza las críticas, ni falta el respeto a persona alguna. Y, finalmente, su actitud no puede tildarse de desproporcionada, en cuanto vierte una crítica en un medio que, aun siendo de público acceso, no consta que goce de una audiencia especialmente significativa y en el que, como igualmente se informa en la instancia, se han realizado también otras críticas como la del Sr. Amador en mayo de 2022 y en la que, puede suponerse, existirán también opiniones favorables, como la posibilidad de que la empresa replique, ya sea directamente o mediante nuevas entradas, desvirtuando o poniendo en duda tales opiniones críticas.

En fin, solo queda constatar que el uso de internet no implica por sí solo un factor de reproche en la conducta del trabajador, salvo que concurren otras circunstancias a valorar, como ocurre cuando se utilizan ofensas (TSJ País Vasco de 9-3-2010 -rec. 3312/2009); se falta el respeto gravemente a compañeros, superiores y terceros (TSJ de Madrid de 29-11-13 -rec. 1537/2013-); o insultaba a clientes en un video portando el uniforme y distintivos de la empresa (TSJ de Asturias de 18-10-22 -rec. 1821/2022). Fuera de casos como los reseñados, el indicado uso de internet no es susceptible por sí solo de soportar un reproche autónomo o específico.

En las condiciones indicadas, debe concluirse que, al decidir su despido en función de la crítica emitida en los términos valorados, la empresa infringió el derecho del trabajador a emitir opiniones, aun críticas, y por ello la decisión considerada debe calificarse como nula, con las consecuencias legales asociadas a tal declaración.

Solo queda por realizar una precisión en este punto, en cuanto el escrito de impugnación hace notar que en la instancia se produjo, al parecer, un desistimiento en cuanto a la calificación de nulidad del despido, solicitándose solo la declaración de improcedencia, tal como se hace constar en los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia. Tal situación procesal, por peculiar que resulte, carece de trascendencia en esta alzada. En efecto, es claro que la parte demandante y recurrente ejercita una acción encaminada al reconocimiento de que se ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad de expresión; y acogida tal pretensión, la respuesta judicial no puede ser otra que la declaración de nulidad del despido en cuanto que, como es bien sabido, la constante jurisprudencia en la materia enseña que la calificación del despido es facultad judicial no sometida o vinculada a las peticiones de las partes. Así lo recuerda la STS de 19-10-22 (rec. 2206/21), recordando sus propios precedentes, y en particular la STS de 28-10-87 que dice:

" No se debe desconocer que la calificación jurídica correspondiente al despido del trabajador es misión exclusiva del magistrado de Trabajo, quien a la vista del resultado de las pruebas verificadas en el acto del juicio, procederá



a calificarlo en derecho sin tener que atenerse ni vincularse a la que se ha hecho en la demanda, bastando con que el demandante impugne en su demanda el despido de que ha sido objeto, señalando los datos personales de las parte litigantes, lugar y clase de trabajo, antigüedad y salario en las de despido, su fecha y los motivos alegados por la empresa, para que a la vista de ello y de las pruebas practicadas, calificar en derecho el despido de, procedente, improcedente, nulo o radicalmente nulo".

Doctrina que se ha declarado vigente no solo en la primeramente reseñada, sino también en la STS de 2-10-20 (rec. 4443/17) que igualmente se cita:

" Aunque en el proceso laboral rige el principio de justicia rogada... el mandato del art. 108.2 LRJS obliga al juez a declarar el despido nulo (art. 108.3 LRJS), pues las circunstancias a las que se refieren los apartados a), b) o c) del artículo 108.2 LRJS constituyen un sistema de tutela objetiva y automática frente al despido... de modo que si el empleador no acredita la concurrencia de la causa que justifique su decisión extintiva, ésta no será declarada improcedente sino nula... sin necesidad de que la persona despedida tenga que aportar indicio alguno sobre la conculcación de un derecho fundamental, sino que basta con que acredite alguna de las circunstancias descritas en los apartados a), b) o c) del artículo 108.2 LRJS ". doctrina que, obviamente, es igualmente aplicable en el caso de vulneración de derechos fundamentales.

En fin, como se sigue diciendo en la STS 19-10-22 que venimos reseñando, comentando en esta ocasión el precedente de su STS de 2-2-22 (rec. 4633/16):

" En la instancia, la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo debe realizarse conforme a derecho, sin que el órgano judicial esté vinculado por la calificación efectuada por el actor. La razón es que no es una materia dispositiva que dependa de la petición de la parte actora sino que corresponde al órgano judicial determinar cuál es la calificación ajustada a Derecho, con sujeción en todo caso a los hechos alegados por el demandante.

Asimismo, recalca que la citada doctrina jurisprudencial no excluye que la calificación del despido deba hacerse de conformidad con la causa petendi. El principio de congruencia exige que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social se ajuste a la causa de pedir. En caso contrario, la sentencia de instancia sí que incurriría en incongruencia, causando indefensión al demandado, que no habría podido defenderse de ella.

Por ello, ejemplificativamente, si el demandante no invoca la garantía de indemnidad, el Juzgado tampoco puede declarar nulo el despido por vulnerar el art. 24 de la Constitución porque ello causaría indefensión a la parte demandada, que no pudo defenderse de dicha alegación de la parte recurrente. Añade que debemos diferenciar:

a) Si el actor alega los hechos y fundamentos relativos a la vulneración de la garantía de indemnidad, la calificación del despido realizada por el órgano judicial debe ajustarse a Derecho. Puede declarar el despido nulo aunque el demandante no haya solicitado dicha calificación.

b) Por el contrario, si el demandante no invoca la garantía de indemnidad, que es ajena al debate litigioso, el órgano judicial no puede declarar la nulidad del despido por una causa que no ha sido alegada por el trabajador".

Nada más parece necesario decir al respecto, al encontrarnos con toda claridad en el supuesto en el que se invoca como causa petendi la vulneración de derechos fundamentales, aunque no se solicite la nulidad naturalmente asociada.

Vistos además de los citados, los demás preceptos de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Leandro contra la sentencia dictada el 29-11-22 por el juzgado de lo social nº 3 de Albacete, en virtud de demanda presentada por el indicado contra la mercantil "Eiffage Metal España SLU" y, en consecuencia, declaramos la nulidad del despido acordado, debiendo procederse a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación, condenando a la indicada mercantil a estar y pasar por la anterior declaración, cumpliendo el presente pronunciamiento. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación. Durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la



parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la **Cuenta Corriente número ES55 0049 3569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, tiene abierta en la Oficina del BANCO SANTANDER sita en esta ciudad, C/ Marqués de Molíns nº 13, **indicando: 1) Nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y, si es posible, el NIF/CIF; 2) Beneficiario: SALA DE LO SOCIAL; y 3) Concepto (la cuenta del expediente): 0044 0000 66 0289 23;** pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de la citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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