



Roj: **STSJ M 17016/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:17016**

Id Cendoj: **28079340062013100899**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **16/12/2013**

Nº de Recurso: **1231/2013**

Nº de Resolución: **883/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

**SALA DE LO SOCIAL SECCION: 6**

MADRID

C/ GENERAL MARTINEZ CAMPOS, NUM. 27

Tfno. : 91.493.19.46

N.I.G.: 28000 4 0000621 /2001

40126

**ROLLO Nº: RSU 1231/13**

**TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION**

**MATERIA: DESPIDO**

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 37 de , MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 31/2012

RECURRENTE/S: Pablo Jesús

**RECURRIDO/S: AIR EUROPA LINEAS AEREAS SAU,**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En MADRID a dieciséis de Diciembre de dos mil trece

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA,** , Magistrados, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 883**

En el recurso de suplicación nº **1231/13** interpuesto por el Letrado D. JESUS TORTAJADA SALINERO en nombre y representación de **Dº Pablo Jesús** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **37** de los de MADRID, de fecha **4-9-12** , ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº 31/12 del Juzgado de lo Social nº 37 de los de Madrid, se presentó demanda por Dº Pablo Jesús contra **AIR EUROPA LINEAS AEREAS SAU** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **4-9-12** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Desestimando la demanda formulada por D. Pablo Jesús frente a AIR EUROPA LINEAS AEREAS SAU, DEBO DECLARAR Y DECLRO procedente el despido del actor producido el 21/11/2011, convalidando la decisión extintiva que con aquel se produjo. ABSOLVIELDO a la empresa de las pretensiones en su contra deducidas por la parte actora".*

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

*PRIMERO.- El actor D. Pablo Jesús venía prestando sus servicios en la empresa demandada AIR EUROPA LINEAS AEREAS, SAU con las siguientes condiciones laborales. Antigüedad de 16/10/1995, categoría profesional de Primer **Piloto**, en funciones de Comandante desde 1998 hasta el 3/11/2011 (con una interrupción por mala actuación técnica durante 5 meses en 2005). Percibiendo un salario bruto diario con prorrateo pagas extras 570,60 euros reconocido por las partes.*

*SEGUNDO.- Previa incoación de expediente disciplinario, la empresa demandada comunicó al actor su despido mediante burofax con efectos de 21/11/2011 por los motivos que constan en la misma y se tienen por reproducidos.*

*Desde el 15 de noviembre se comunicó al actor la suspensión de actividad mientras se tramitaba el expediente disciplinario, conforme a lo establecido en el art. 37 del convenio colectivo.*

*El 11/11/2011 la empresa convocó al SEPLA para constituir la Comisión Disciplinaria, que tuvo la primera reunión el día 18 de ese mes. Convocada a efectos de valorar las posibles faltas cometidas por el actor, habiéndose levantado acta de desacuerdo. En la misma la representación social alegó que los mismos podían deberse al estado emocional del actor al haberle sido retirada del cargo de comandante pocos días antes y que respondía al ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Solicitando antes de la imposición de la sanción la emisión de un dictamen jurídico y técnico. La empresa propuso a tres letrados para emitir el mismo y la parte social a otro y ante la falta de acuerdo sobre la designación del letrado se cerró la posibilidad alegando la empresa que entendía que "difícilmente podrán alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas partes".*

*TERCERO.- La empresa demandada comunicó al actor en fecha 27/10/2011 que se le retiraba la confianza otorgada para desempeñar el cargo de comandante en la empresa, permaneciendo como primer **piloto** y manteniendo los derechos y condiciones laborales correspondientes a esa categoría, al ser el cargo de comandante un puesto de confianza que designa libremente la empresa entre los primeros **pilotos**. Siendo la causa de la retirada de confianza, según consta en la carta, la incidencia del día 28 de septiembre de 2011. Decisión de la empresa que el actor recurrió, interponiendo demanda de impugnación de sanción el 1/12/2011 que se encuentra "sub iudice" en el JS nº 1 de Madrid.*

*El 28/9/2011 el vuelo de Valencia a París que debía operar el actor tuvo una incidencia al haber tenido avería de una pieza cuyo repuesto se hallaba en Palma de Mallorca, por lo que hubo que desalojar el avión y finalmente volar a Palma de Mallorca para desde allí, una vez solucionada, volar a París. En esa incidencia, según la empresa, el actor informó a los pasajeros que preguntaron por el motivo del desembarco, que la avería era del tipo que causó el accidente de Spanair en Madrid, lo que provocó que aproximadamente 40 se negaran a subir a bordo cuando se decidió que el avión podía ir a Palma para solucionar la incidencia.*

*CUARTO.- El actor el 7/11/2011 remitió un correo electrónico al Departamento de Operaciones, a la Jefatura de Flotas, a la Seguridad de vuelo, a CRM, a la sección sindical de SEPLA, y especialmente a la subdirección General de Operaciones así como al Jefe de flota NUM000 . Siendo los términos del mismo del siguiente tenor literal:*

*"Estimado Jesús y Mauricio :*

*GRACIAS por comunicarme en mi período de vacaciones (acabo de recibir en mi correo un BuroFax), mediante el que me informas lamentablemente que no soy merecedor del cargo de confianza de Comandante de Aeronave de Air Europa, que me adjudicó el Presidente de la Compañía, en base a lo que manifiestas en dicho documento y que venía desempeñando desde el año 1998.*

*Veo que por cualquier motivo, incluso el velar por la seguridad de los pasajeros del vuelo de referencia, te iban a servir para conseguir lo que tanto tiempo llevabas detrás de ello, en base a mi vigilancia exhaustiva día a día, en mi cometido de responsabilidad en el seno de la Empresa.*



*Estaba claro que el tiempo corría en mi contra. Lo confirma y avala la cantidad de informes que me llevabas pidiendo durante los últimos meses. Siempre te los he remitido en tiempo y forma, como así lo indican los procedimientos de la compañía.*

*No acabo de entender, cómo no has actuado por igual, dentro de tu responsabilidad orgánica en la DO, cuando se produjo el accidente en Katowiche; ¿no fue una pérdida de confianza incumplir los SOP publicados y firmados por ti, y que le pudo costar la vida a los pasajeros del avión, militares y a toda la tripulación? Ni cuando el ex\_jefe de SvD, comandante de aeronave al igual que yo, incumplió el MO y se fue a volar para evitar una escala poniendo en grave peligro a los militares del Ministerio de Defensa que transportaba; ni cuando en el accidente de ACE el comandante tenía su licencia de vuelo caducada, ¿has informado de ello a la EASA y AC?; o el haber falsificado un informe de simulador de otro comandante de la compañía que, al parecer, no superó su entrenamiento en SIM y lo pasasteis; o que haya un comandante, no de tu flota, que haya realizado un vuelo de ida y vuelta a la ciudad de NYC; ¿Habéis informado de ello a AC y a la FAA?; o que el Jefe de instrucción de A-330 ceda su asiento al Presidente de la compañía en vuelo sobre el Atlántico, violando el concepto de "cabina estanco" en pleno vuelo y por materia de seguridad?, etc; etc.*

*Voy a trasladar toda esta información que tengo al Presidente de la Compañía; a la opinión pública a través de un vecino mío Don Teodosio , Jefe de Redacción de la agencia EFE. Al igual que a otro vecino mío de Majadahonda Tte. General Don Jesús Carlos , mano derecha de la Ministra Sabina , y valore cómo se transporta en la Compañía Air Europa a los militares; al Colegio de **Pilotos** y organismos como DGAC, EASA, FAA, ya que tenéis responsabilidad administrativa y/o penal.*

*Si no me queréis en AEA como comandante, a pesar de haberlo realizado durante todo este período de tiempo, que se le va a hacer. Habrá otros sitios donde valoren mi capacidad técnica.*

*Ya no te deseo ni a Jesús ni a ti, el desprestigio personal y/o profesional, la humillación que mandáis al resto del colectivo en las personas de Pelayo , la mía y los que vendrán. La lástima es que nosotros no tenemos un control de calidad para valorar vuestro trabajo en los despachos, mientras el resto nos comemos las tormentas, el mal tiempo y todo lo inherente a nuestro trabajo que sabemos hacer y lo hacemos bien. Un cordial saludo, Pablo Jesús . Comandante de AEA".*

*QUINTO.- En los siguientes días el actor publicó diversos comentarios en la página web-[www//aviación digitalglobal.com](http://www.aviacióndigitalglobal.com), bajo la noticia sobre que la huelga de los **pilotos** de Air Europa llega a su decimonovena jornada. Cometarios del siguiente tenor literal:*

*" Pablo Jesús (09/11/2011) muchas gracias por su comentario; le explico. Los datos del vuelo NUM001 los tiene el sindicato y si el sindicato no hace nada, será responsable de, aún sabiendo la infracción, el no denunciarla. Yo como ciudadano conocedor de un delito, debo denunciarlo. Se atentó contra la seguridad de vuelo y de los pasajeros.*

*La fotografía publicada en el número de agosto de AviónRevue, donde aparece el presidente de la compañía sentado en el asiento del comandante del vuelo es la prueba. El sindicato la tiene pegada en la pared, y si no lo denuncia, será cómplice igualmente de:*

*1º. El incumplimiento de la prohibición en el MO del acceso a la cabina de vuelo por ningún pasajero (el presidente lo era y*

*2º El abandonar el tripulante su puesto de pilotaje NO por razones fisiológicas. Se ve que los tres van muy contestos. Yo mientras jodido por mi sanción.*

*¿Vd. cree que no deberían de ser expedientados por su irresponsabilidad, al igual que yo lo he sido por informar a los pasajeros/as sobre una avería?.*

*Si Vd. tuviera un abanico de posibilidades, que permitiera que sus seres más queridos, tuvieran que volar en una compañía con paz social (como la nuestra hasta hace nada) y en otra con un conflicto indefinido por querer cambiar sin negociar el ámbito de trabajo de sus **pilotos**, le pregunto ¿en cual lo haría?.*

*Le agradezco su aviso; la represalias ya las he empezado a sufrir, pero no se preocupe: la constancia y firmeza de la persona, puede más que el BuroFax que mi jefe-**piloto** ha firmado. Un cordial saludo".*

*O:*

*" Pablo Jesús -(09/11/2011) Estimado Lucas , las huelgas cuando se convocan hay que cumplirlas, si no se ha producido un cambio sustancial en los motivos que la justificaron. El actual equipo de la SS es de lo más experimentado. Te explico. 3 de sus miembros son comandantes de largo radio, el 4º copiloto de largo radio y sus otros dos componentes comandantes de corto y medio, es decir, 5 comandantes y 1 copiloto. A título profesional, yo no soy quien para evaluarlos; todos han pasado sus cursos de habilitación. A título*



sindical, 3 de ellos, es decir el 50% han permanecido en el pasado a la sección sindical en AEA; en concreto como Jefe de la misma. Pero te decía al principio y debes creerme, que las condiciones no han cambiado para desconvocar la huelga votada por los **pilotos** de AEA; van a peor. La dirección de operaciones, a través de sus **pilotos** que pertenecen al colectivo, están sancionando indiscriminadamente a los reactivos; a los que defendemos nuestro trabajo y criticamos su gestión.

*Yo, en concreto, el abajo firmante, recibí ayer durante mis vacaciones un BuroFax en el que me informan que me retiran la confianza de comandante de aeronave por informar a los pasajeros de un vuelo que tenía una avería en el avión y regresaba al parking.*

*Fuera aparte como dice el periodista Roman que entrevistó a nuestro presidente hace unos días y éste nos puso a parir, los mismos que le hemos generado recursos económicos en su empresa, no sé si sabe, o le han informado, que la gente vuela con miedo a ser sancionado y el binomio volar + miedo conduce irremediamente al accidente. Ver las estadísticas.*

*Te parecerá increíble pero es verdad. A mi no me llamó nadie; llamaron al copiloto del vuelo para preguntarle qué había pasado. Mi opinión como comandante del mismo NO les importaba; el objeto era sancionarme desde hace bastantes meses.*

*Pero no importa; voy a volar desde la derecha, como primer **piloto** durante el tiempo necesario, Mientras no sé si sabrás, que hace unos días un comandante de nuestro se hizo un NUM001 como en los viejos tiempos en Spantax. He pedido al SEPLA que me diga si le van a denunciar ante EASA o si no lo hace, lo haré yo.*

*No sé si has visto al Presidente de la compañía sentado a los mandos de un A330-200 sobre el Atlántico, ocupando el sitio del comandante del avión, a su vez Jefe de instrucción de la flota. He pedido al SEPLA que me diga si le van a denunciar ante MSA o si no lo hace, lo haré yo.*

*Esta es la doble vara de mediar en AEA. Responsables. El director de Operaciones y su séquito.*

*¿Crees aun que no hay motivos para la huelga?*

*Un cordial saludo, Pablo Jesús . Comandante de AEA perdón Primer **Piloto**".*

*SEXO.- En la revista AVION REVUE se publicó un reportaje sobre la nueva línea a Ciudad de México, con una foto en la que se ve al **piloto**, copiloto y el presidente de la compañía en la cabina del avión, sin que conste que se encontrara en pleno vuelo sobre el Atlántico así como una entrevista al presidente.*

*SEPTIMO.- El día 6/5/2011, iba como pasajero en el vuelo Madrid-Nueva York el comandante Anibal en el llamado "vuelo de posicionamiento2. El vuelo de NY-Madrid del día 8/5/2011 se realizó por el comandante Eulogio (prueba testifical Sr. Jesús y libro verde- doc. nº 90 del ramo de prueba empresa).*

*OCTAVO.- El actor remitió dos correos de quejas a la Jefatura de Flota en febrero de 2011: uno referido a la espera de la furgoneta MAD cuando finalizaban el servicio y el otro sobre la legalidad de relevar el CO en su asiento de la derecha. Ambos fueron respondidas en e-mail de 10 de febrero en los términos que constan en documento nº 78 de la empresa, resolviéndose tras requerir un informe al actor. Igualmente hubo un incidente en junio de 2011 sobre un vuelo a Roma al que el actor se opuso, debiendo dar las explicaciones oportunas requeridas.*

*NOVENO. El actor fue sancionado con suspensión de empleo y sueldo por falta muy grave en 2004, confirmada como grave judicialmente y se le han impuesto otras tres sanciones por falta leve en 2007 y 2008 (documentos 61 a 67 del ramo de la empresa).*

*DECIMO.- El actor no ostenta cargo de representación de los trabajadores en la empresa. Está afiliado al SEPLA.*

*UNDECIMO.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC.*

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose señalado para votación y fallo el día 11-12-13.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia ha desestimado la demanda declarando la procedencia del despido disciplinario del actor, cuya categoría profesional es primer **piloto**, y absolviendo en consecuencia a la empresa demandada AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS S.A.U. El recurso del actor, que ha sido impugnado, consta de seis motivos, todos ellos de infracciones jurídicas sustantivas amparados en el art. 193.c) de la LRJS .

En el primer motivo se alega la vulneración del art. 96.3 apartado 3.4.1 del III convenio colectivo de la empresa demandada y los Tripulantes técnicos de vuelo, en relación con el art. 96.3 en su apartado 3.2 del mismo



convenio. Se mantiene en este motivo que la falta de la emisión de un dictamen jurídico en el seno de la Comisión disciplinaria prevista por el convenio acarrea la nulidad del despido, puesto que el precepto citado, art. 96.3 apdo. 3.4.1, establece que se solicitará para cada caso un dictamen jurídico y un dictamen técnico no vinculantes. En el apartado 3.2 se establece que *"la decisión final sobre la calificación de la falta y la sanción corresponderá a la Dirección de AEA, pero el incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente punto tercero conllevará la nulidad de la sanción impuesta"*.

El hecho probado 2º declara que la representación social en la citada comisión solicitó que se emitiera dictamen jurídico antes de la imposición de la sanción, y que la empresa propuso tres letrados y la parte social a otro, y ante la falta de acuerdo sobre la designación del letrado se cerró tal posibilidad alegando la empresa que *"difícilmente podrán alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas partes"*.

Hay que precisar que si se hubiera producido un incumplimiento de las garantías establecidas en el convenio colectivo para la imposición del despido, el efecto no sería la nulidad sino la improcedencia. Así resulta de lo establecido en el art. 55.4 en relación con el 55.1 del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 de la LRJS. La calificación del despido como improcedente o nulo se lleva a cabo por ley con carácter necesario absoluto y no es disponible para la autonomía colectiva a diferencia de las consecuencias de tal calificación. La nulidad del despido se reserva para los supuestos regulados en los arts. 55.5 ET y 108.2 LRJS y no opera en el caso de defectos de forma. Si no se observan las formalidades convencionales y se impone una sanción, ésta sí puede ser declarada nula, a tenor de lo dispuesto en el art. 115.1.d) LRJS.

Pero tampoco se aprecia la improcedencia del despido, ya que no es exigible a la empresa dentro de los parámetros de la buena fe la prolongación indefinida del expediente sancionador previo cuando se constata la imposibilidad de acuerdo en la designación de un letrado aceptable para las dos partes, con riesgo para la empresa de exceder los plazos de tramitación y de prescripción y con daño también para el trabajador por la dilación del procedimiento y continuación en la situación de suspensión de actividad. La empresa propuso tres letrados y ninguno de ellos fue aceptado por el trabajador, quien a su vez solo propuso uno que tampoco fue admitido de contrario. Por ello cabe entender que no se ha vulnerado la garantía convencional y no ha de apreciarse la infracción de los preceptos citados.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo se alega la infracción del art. 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que protege la libertad de expresión, en relación con los arts. 20.1.a) y 16 de la Constitución, que protegen la libertad de expresión y la libertad ideológica.

El recurrente viene a sostener, en síntesis, que ha obrado en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión - no hace ya ninguna otra referencia a la libertad ideológica - y no puede ser despedido por ello, habiendo manifestado no hechos sino opiniones, o más bien preguntas comparativas, derivadas además de un estado anímico conturbado a raíz de la reciente destitución de su puesto de comandante, añadiendo que no ha efectuado imputaciones concretas a personas determinadas y que en todo caso los destinatarios no se han considerado ofendidos, por lo que desde la óptica del Convenio internacional citado la sanción es innecesaria y excesiva.

Por su parte la demandada en su escrito de impugnación mantiene resumidamente que la conducta del actor ha consistido en efectuar amenazas y desprestigiar públicamente a la empresa mediante la difusión en Internet de hechos falsos, imputando además conductas delictivas a la empresa, lesionando su honor y divulgando supuestas quiebras en la seguridad aeronáutica recomendando que no se viaje en la compañía, por lo que coincide con la sentencia de instancia en que el comportamiento del actor transgrede la buena fe contractual. En efecto la sentencia ha apreciado que concurre esta causa de despido al considerar que los hechos estaban reconocidos, que fueron numerosos los destinatarios de los comentarios del actor que contenían críticas e imputaciones delictivas a la empresa y que la intención del demandante era dañar a la compañía y a sus intereses y no la de mejorar el funcionamiento de la empresa y la seguridad de los vuelos.

Con carácter general debe recordarse, según declara la sentencia 125/07 del TC, lo siguiente: *"El derecho fundamental a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (por todas, SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; y 181/2006, de 19 de junio, FFJJ 4 y 5). También hemos declarado que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 3). En este sentido, nuestra doctrina (sintetizada recientemente en la STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 4), sostiene que*



*el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél, de manera que no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales."*

Resulta preciso analizar las manifestaciones realizadas por el actor por dos medios, correo electrónico dentro de la empresa, y participación en los comentarios de una página web. En primer lugar, el correo transcrito en el hecho probado 4º va dirigido especialmente a la Subdirección General de Operaciones y al Jefe de flota NUM000 (Srs. Jesús y Mauricio ) aunque también se envía a otros departamentos de la empresa y a la sección sindical de SEPLA. Evidentemente los párrafos en los que en principio parece que podría haberse basado la empresa para despedir al actor son el cuarto y el quinto. Tras la queja del remitente por haber sido destituido como comandante de aeronave, el párrafo cuarto se puede resumir en el reproche que aquel hace a los destinatarios por no haber "actuado por igual" dentro de la "responsabilidad orgánica" en otros varios casos que según el trabajador se habían producido en la empresa y que no habían desencadenado las mismas consecuencias. A continuación en el quinto párrafo el actor anuncia que va a trasladar toda esa información al presidente de la compañía, a la opinión pública a través de ciertas personas, al Colegio de **pilotos** y a organismos como DGAC, EASA, FAA, "ya que tenéis responsabilidad administrativa y/o penal".

Hay que reiterar que la libertad de expresión *comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige*. Nótese que tal crítica se encuentra por el momento dentro del ámbito interno de la empresa y no tiene en esta fase repercusión a terceros. La alusión a "haber falsificado un informe de simulador de otro comandante de la compañía que, al parecer, no superó su entrenamiento", no aparece claramente dirigida a los destinatarios, a quienes por el contexto del párrafo lo que se les imputa es no haber actuado frente a las conductas de otros del mismo modo que frente a la suya. La advertencia de posibles denuncias es lícita en tanto no se ha producido como arma para doblegar la voluntad de la empresa en el curso de una negociación ( STS 28-6-90 ) puesto que el actor ya había sido sancionado; y de otro lado no cabe negar la libertad del trabajador para expresar a sus superiores que en su opinión hayan podido incurrir en responsabilidades administrativas o penales, ni puede lícitamente sancionarse esa manifestación con el despido; máxime si todo lo anterior se produce como una reacción a una sanción - la pérdida de la condición de comandante - que le ha sido impuesta y considera injusta.

Para corroborar lo expuesto conviene traer a colación la doctrina de la STC 181/06 por referirse a un supuesto de cierta similitud, en cuanto se trataba de la presentación por el trabajador de un escrito en el ámbito de la empresa con previa difusión a otros trabajadores pero no al exterior:

*"(...) es la libertad de expresión el derecho fundamental comprometido. En efecto, lo que los firmantes del escrito exponen a la dirección de la empresa es su opinión sobre la situación del centro en el que prestan servicios, sobre la forma de actuación de la dirección y sobre los efectos que de todo ello se derivan en el funcionamiento del centro. En puridad, lo que los trabajadores hacen en su escrito es presentar una queja, manifestar su malestar, plantear, si se quiere, una reivindicación laboral, exponentes inequívocos, en cualquiera de los casos, de un acto de ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones laborales. Los firmantes no informan a la dirección de la empresa de unos hechos, pues tales hechos, fueran efectivamente conocidos o no por la concreta persona a la que se dirige la carta, se refieren a actuaciones de la propia empresa en cuanto tal, sino que ponen en su conocimiento la consideración que los mismos les merecen.(...) el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de «pensamientos, ideas y opiniones», sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (...)El escrito se refiere estrictamente a cuestiones relativas al desarrollo de las relaciones laborales en la empresa, en aspectos que los autores del mismo consideran criticables, tanto desde el punto de vista de los derechos de los trabajadores como en relación con las repercusiones que consideran que se producen en la calidad del servicio prestado. Las críticas se dirigen contra la dirección del establecimiento, exclusivamente en su condición de tal (...) Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental (...) en el presente caso la protección que la recurrente demanda de su derecho a la libertad de expresión se efectúa en relación con el ejercicio por parte del empresario de sus poderes disciplinarios, en el seno de una relación laboral. Se trata, por lo tanto, de un ámbito en el cual el ejercicio de la indicada libertad no sólo está sujeto a las restricciones genéricas antes apuntadas, sino también a los límites adicionales derivados del vínculo contractual que une a trabajador y empresario (...) Dada la posición preeminente de los derechos y libertades constitucionales en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo pueda producir en su ejercicio habrá de ser estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (...)también las*



facultades organizativas empresariales se encuentren limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetarlos (...)Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho ( SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7 ; y 106/1996, de 12 de junio , FJ 4), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (...)La demandante de amparo y los demás firmantes del escrito dirigen el mismo a su empresario, única y exclusivamente. Se trata, por tanto, de una mera comunicación interna en el seno de la empresa (...) Desde esta perspectiva, es evidente la conexión plena del escrito con el ejercicio de la libertad de expresión en el seno de la relación de trabajo. Las críticas estarán o no justificadas; el malestar y desmotivación de la plantilla tendrán un alcance más o menos generalizado; los concretos hechos que se imputan a la dirección del centro serán o no ciertos; el diagnóstico de la situación y de sus causas será, en fin, más o menos acertado. Pero no cabe, en modo alguno, cuestionar la finalidad estrictamente laboral del escrito. (...) como hemos señalado en anteriores ocasiones, no cabe definir lo objetivamente ofensivo al margen por completo de las circunstancias y del contexto en el que se desarrolla la conducta expresiva (...) Ello se hace, según hemos señalado, sin abandono en ningún momento del ámbito interno de las relaciones entre el empresario y sus trabajadores, sin afectar a las relaciones con los clientes y sus familias, sin difusión externa y, en definitiva, sin ocasionar daño alguno a los intereses de la empresa, a la que no se impone otra carga que la de soportar el ser destinataria de las opiniones críticas o de las expresiones de malestar de sus trabajadores."

Al igual que en el citado supuesto y aplicando tal doctrina, el malestar y la crítica vertidos en el ámbito interno de la empresa sobre cuestiones laborales y de funcionamiento de la empresa entran dentro del ámbito de la libertad de expresión sin traspasar sus límites, pues ni hay manifestaciones insultantes (como en el caso de la STS 20-4-05 citada por la recurrida) ni propagación exterior, sean o no ciertas o correctas las críticas efectuadas, por lo que de haber sido ésta la única comunicación realizada habría de estimarse el motivo.

**TERCERO.-** Distinta consideración merece la publicación del actor en los siguientes días en la página web "[aviaciondigitalglobal.com](http://aviaciondigitalglobal.com)" de los comentarios que se transcriben en el hecho probado 5º. En este caso, sin haber llegado a efectuar denuncia alguna ante los organismos competentes o en sede judicial, el demandante afirma que "*como conocedor de un delito debo denunciarlo. Se atentó contra la seguridad de vuelo y de los pasajeros*", denuncia irregularidades como el incumplimiento de la prohibición de acceso a la cabina de vuelo por pasajero alguno, el abandonar un tripulante su puesto no por razones fisiológicas, y la realización por un tripulante de un vuelo de ida y vuelta Madrid - New York -Madrid ( NUM001 ) "*como en los viejos tiempos*" en contra de la normativa aérea; además se recomienda abiertamente volar en una compañía "*con paz social*" y no en otra como la demandada que se halla en conflicto, añadiendo incluso que al volar los tripulantes con miedo a ser sancionados ello conduce irremediabilmente al accidente.

En este momento el demandante ya no se halla en uso de su libertad de expresión dentro de la empresa, sino que está transmitiendo al exterior opiniones que desprestigian a la empresa basadas en informaciones no debidamente contrastadas y que han resultado infundadas, según se desprende de los hechos probados 6º y 7º, según los cuales no consta que durante el vuelo hubiera entrado un pasajero en la cabina (existía una fotografía del presidente de la compañía en la cabina pero no está acreditado que se hiciera durante el vuelo) y no era cierta la realización de un viaje de ida y vuelta NUM001 por un mismo **piloto**. Recuérdese que el derecho a comunicar información veraz aunque no requiere una exactitud absoluta de lo afirmado, sí exige una comprobación razonable de las fuentes de las que proviene, como declaran entre otras las STC 107/88 , 223/93 y 4/96 . No solamente se imputan graves irregularidades con quiebra de la seguridad en vuelo, no contrastadas, sino incluso delitos. El daño injustificado que se produce al honor y la imagen de la empresa es innegable, debido a las imputaciones que realiza el trabajador de forma pública y con trascendencia incluso penal, aparte de quebrantar la buena fe contractual también al recomendar a las empresas de la competencia frente a su empleadora. Es relevante en estos aspectos la doctrina de la STC 126/03 al considerar que en el marco del contrato de trabajo es exigible que antes de trasladar a los medios de comunicación denuncias sobre el mal funcionamiento de la empresa con notable menoscabo de su imagen pública, se haya dado ocasión a que los organismos públicos competentes hayan podido verificar la realidad de los hechos que se denuncian. Por último, no cabe minimizar el alcance de la difusión con base en el alegado escaso conocimiento público de la página web en la que el actor vertió sus comentarios, pues no se ha acreditado ese escaso alcance aunque sea una página especializada y en todo caso basta con que los interesados en el sector de la aviación hayan podido tener acceso a esas manifestaciones para considerar producido el daño a la empresa.

En consecuencia y atendiendo al contenido de las manifestaciones del actor en la repetida página de Internet, ello basta para ratificar la imposibilidad de justificación de su conducta por el ejercicio de derechos fundamentales, por lo que se desestima el motivo.



**CUARTO.-** En el tercer motivo se alega la infracción del art. 24.1 de la Constitución en relación con los arts. 54 , 55.5 y 17 del Estatuto de los Trabajadores , y 108.2 de la LRJS , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto garantía de indemnidad. Se aduce al respecto que el trabajador había presentado determinadas denuncias nunca bien recibidas por la empresa y que la decisión de despido ha sido una represalia y no se habría producido sin aquella situación previa.

De acuerdo con el hecho probado 8º el actor remitió dos correos de quejas a la Jefatura de flota en febrero de 2011, relativos a "la espera de la furgoneta MAD cuando finalizan el servicio y sobre la legalidad de relevar al CO en su asiento de la derecha", que fueron respondidas por la empresa mediante otro e-mail, resolviéndose tras requerir un informe del actor. Asimismo hubo un incidente en junio de 2011 sobre un vuelo a Roma al que el demandante se opuso teniendo que dar las explicaciones requeridas.

Como señala la sentencia del TC 92/09 , entre otras muchas, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el demandante de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón el derecho reconocido en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo ( art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores ). Por lo que se refiere a la distribución de la carga de la prueba, señala la sentencia 92/09 del TC que, según reiterada doctrina, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi* no basta con que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

Ciertamente en varias sentencias, como las 55/2004 y 16/2006, el TC ha precisado que en el ámbito laboral la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "*el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes*", norma que ha de ser tenida en cuenta, por mandato del art. 10.2 de la Constitución , a efectos de la interpretación de derechos fundamentales. Y, con cita de la STC 14/1993 , se ha recordado que la garantía de indemnidad que otorga el art. 24.1 CE se extiende asimismo a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, pues de otro modo se dificultaría la plena efectividad del derecho. Razona el TC que si se rechazara que los trámites previos estén provistos del amparo constitucional que deriva de ese derecho, quien pretendiese impedir o dificultar el ejercicio de una acción en la vía judicial tendría el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo del derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría al empresario con actuar en el momento previo al planteamiento de ésta.

Ahora bien, tratándose del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, alguna conexión tiene que exigirse con el futuro ejercicio de una acción judicial para que pueda apreciarse la existencia de indicios y en su caso la lesión de la garantía de indemnidad. Y ello no sucede en este proceso, compartiendo la Sala la valoración hecha por la sentencia de instancia respecto de la insuficiencia de los correos electrónicos en los que se basa la parte actora y recurrente para sustentar la existencia de indicios suficientes en los que basar su pretensión. Se trata de determinadas discrepancias sobre las referidas materias, habiendo contestado la empresa las observaciones hechas por el trabajador, y del contenido de tales mensajes no se desprende con certeza que





exista en ellos materia propia de acciones judiciales, y en todo caso lo cierto es que no se contiene en aquellos referencia alguna a un hipotético ejercicio de acciones judiciales. No considera esta Sala que se pueda extender la protección de la garantía de indemnidad por una posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva a todos los casos en que haya existido una discrepancia plasmada mediante mensajes cruzados entre empresario y trabajador, sin haberse presentado siquiera queja o reclamación alguna ante la Inspección de Trabajo o los representantes de los trabajadores. En consecuencia no puede apreciarse la existencia de indicios, pero aun si éstos existieran, la empresa habría superado la carga probatoria consistente en demostrar la concurrencia de motivos de su decisión que nada tienen que ver con una supuesta represalia, pues dada la conducta del actor reflejada en la carta de despido y que ha quedado acreditada, hay que concluir que el despido sin duda se habría llevado a cabo de todos modos aun si no hubieran existido las discrepancias previas a las que se refiere el recurrente. Por todo ello se desestima el motivo.

**QUINTO.-** Se alega en el cuarto motivo la infracción del art. 96.3 apartado 3.4.3. del III convenio colectivo de la empresa demandada para los Tripulantes técnicos de vuelo en relación con el art. 96.3 apartado 3.4.4 de ese mismo texto.

Aduce el recurrente que se ha valorado en la sentencia la comisión de cuatro faltas, en 2005 por falta muy grave reducida judicialmente a grave, en 2007 por falta leve, y dos en 2008 por faltas leves. Se alega que se ha infringido el art. 96.3 apartado 3.4.4 respecto a la caducidad de las faltas y que se ha tenido en cuenta la falta por infracción muy grave impuesta en 2005 y que debería haber desaparecido del expediente. Señala el recurrente que en el apartado 3.4.3 el convenio basa su sistema de sanciones en el concepto de reiteración de faltas muy graves y no puede tenerse en cuenta la falta muy grave caducada que además fue recalificada por el juez como solamente grave.

De esta forma se está incluyendo en el debate una cuestión nueva que no fue alegada en el juicio oral ni por tanto fue resuelta en la sentencia, con lo cual no es posible su examen en el presente recurso, conforme a reiterada jurisprudencia, así la sentencia del Tribunal Supremo de 23-4-12 (rec. 77/11), criterio éste que ha sido aplicado en numerosas ocasiones por esta Sala, entre otras, en sentencias de esta misma sección de 5-11-12 (rec. 5332/12), 30-11-09 (rec. 4306/09) y 10-12-12 (rec. 5283/12).

En todo caso la cuestión suscitada ha sido ya resuelta por esta Sala sección 2ª de fecha 30-4-09 (rec. 1062/09) en sentido contrario a la tesis del recurrente, declarando lo siguiente:

*"Como hemos visto, el apdo. 3.4 del art. 96 del convenio establece un tratamiento específico para la imposición de sanciones por falta muy grave e indica, de modo expreso, que en caso de despido la Comisión disciplinaria se regirá por determinados criterios y que, en caso de no tomarse una decisión mayoritaria en el seno de esa Comisión, será a la empresa a quien compete imponer la decisión que considere oportuna "teniendo en cuenta que se establece un sistema de sanciones basado en el concepto de reiteración de faltas muy graves".*

*Es, por tanto, la noción de reiteración contenida en convenio lo que ahora requiere precisión. Dos ideas apuntan hacia su sexto sentido.*

*Una conecta con la literalidad del término indicado. No es casual que el convenio no emplee la palabra "reincidencia", de manera que tampoco se podrá aplicar la jurisprudencia referida a ese concepto.*

*Otra apunta a una interpretación finalista que no conduzca al absurdo. Esto razonablemente quiere decir que los sujetos negociadores del convenio han querido descartar que se castigue con la máxima sanción una acción reprochable pero aislada (que no desmerezca el conjunto de la actuación profesional del trabajador que la lleva a cabo), no que se reduzca la facultad disciplinaria empresarial hasta el punto de que una acción, por muy grave que sea, jamás pueda sancionarse por no ser reiterada, y menos cuando esa acción no es única, sino que concurre con otras también constitutivas de falta muy grave, que es lo que ocurre precisamente en este caso.*

*Concluimos, por tanto, que la empresa estaba facultada para acordar la sanción que ha impuesto a los recurrentes y su despido resulta procedente."*

También alude el recurrente a lo dispuesto en el art. 108.1 de la LRJS, pero este precepto permite que el órgano judicial aprecie que los hechos acreditados no revisten gravedad suficiente aunque constituyen infracción de menor entidad, autorizando en tal caso a la empresa a imponer al trabajador una sanción adecuada a la gravedad de la falta, de no haber prescrito la de menor gravedad. Se trata del supuesto en que los hechos han sido calificados por la empresa como falta muy grave pero el juez entiende que la infracción solamente puede ser calificada como grave o leve; pero el citado precepto no permite al juzgador rectificar la sanción impuesta manteniendo el mismo grado de gravedad. Y ya se ha razonado que los hechos relativos a la publicación de los comentarios del actor en una página web constituyen un comportamiento muy grave de transgresión de la buena fe contractual.



En consecuencia se desestima el motivo.

**SEXTO.-** En el quinto motivo se alega la infracción del art. 96.3 apartado 3.4.3 del ya citado convenio colectivo en relación con el art. 58.1 del Estatuto de los Trabajadores . En este motivo se mantiene la falta de proporcionalidad de la sanción de despido en relación con la trayectoria profesional de 16 años de experiencia y la previa inhabilitación como comandante. Pero es preciso reiterar que, si bien el comunicado dirigido a la empresa puede quedar comprendido dentro del derecho a la libertad de expresión y además se puede considerar fruto del disgusto producido por la pérdida de la condición de demandante, en cambio el contenido de los comentarios publicados en internet con posterioridad, dañando considerablemente el prestigio de la empresa al imputarle graves irregularidades incluso penales con base en informaciones no contrastadas y no ciertas, sin haber previamente iniciado actuación administrativa o judicial alguna, es por sí sola una conducta calificable como transgresión muy grave de la buena fe contractual, lo que determina la desestimación del motivo quinto así como la del sexto y último, destinado a la cuantificación de la indemnización en el caso de que se considerase improcedente el despido.

En consecuencia se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución ,

#### **FALLAMOS:**

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el demandante D. Pablo Jesús , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 37 de MADRID en fecha 4-9-12 en autos 31/12 seguidos a instancia del recurrente contra AIR EUROPA LINEAS AEREAS SAU y en consecuencia confirmamos dicha sentencia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220 , 221 y 230 de la L.R.J.S , advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **1231/13** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1026 de la Calle Pelayo Angel nº 17, 28010 Madrid.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificado por el RDL 3/13, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma; tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día

por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.