



Roj: **STSJ M 5944/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:5944**

Id Cendoj: **28079340012019100529**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2019**

Nº de Recurso: **223/2019**

Nº de Resolución: **804/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JUAN MIGUEL TORRES ANDRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

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

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.00.4-2018/0016548

Procedimiento Recurso de Suplicación 223/2019 -Y

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid Despidos / Ceses en general 393/2018

Materia : Despido

Sentencia número: 804/2019

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilma. Sra. D^a. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

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

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 223/2019 formalizado por la Sra. Letrada Dña. Silvia Gambarte Urbiola en nombre y representación DON Teofilo , contra la sentencia dictada en 26 de septiembre de 2.018 por el Juzgado de lo Social núm. 27 de los de MADRID , en los autos núm. 393/18, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra la empresa BRAINSTORM MULTIMEDIA, S.L., siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS, 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.- Don Teofilo prestó servicios para la mercantil BRAINSTORM MULTIMEDIA, S.L., desde el 9 de febrero de 2015, salario anual con prorrateo de pagas de 2.117,40 euros brutos mensuales (salario no controvertido y nóminas a los folios 67 a 91).

Se incorporó a la empresa en virtud de beca de internacionalización, práctica de empresas, fase II, del ICEX.

El compromiso de cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas por ICEX ESPAÑA EXPORTACIÓN E INVERSIONES PARA LAS PRÁCTICAS EN EMPRESA, II FASE 2015 DE LAS BECAS DE INTERNALIZACIÓN obran al folio 115.

En fecha 9 de febrero de 2016 las partes suscriben contrato de trabajo indefinido, para prestar servicios como sales and marketing executive, dentro del departamento comercial (folios 111 y 112).

SEGUNDO.- En fecha 18 de febrero de 2016, don Teofilo suscribe un compromiso de confidencialidad y no divulgación consistente en "mantener la reserva de la información utilizada en el trabajo diario en los límites internos de la sociedad. Dicha información circunscribe los aspectos concretos de precios, venta, precio de coste, datos de clientes, artículos, representantes, contables, administrativos, logísticos y todo aquello que pudiera tener relación con el trabajo diario, tanto en el aspecto técnico de productos como comerciales, administrativos, logísticos y productivos.

En la misma fecha firma un compromiso de propiedad intelectual, con arreglo al cual: declara que en su relación laboral desarrolla y realiza su aportación a la creación de los productos BRAINSTORM, siendo retribuido y de acuerdo a las funciones de su categoría y su contrato; que no existiendo pacto sobre los derechos de explotación, estos corresponden a la empresa; que cede a la empresa los derechos sobre cualesquiera invenciones que pudiera ostentar, siendo BRAINSTORM la titular exclusiva de cualesquiera derechos de propiedad industrial que pudiera corresponder consecuencia de dicha invención.

Los citados compromisos obran a los folios 113 y 114, que se dan por reproducidos.

TERCERO.- En fecha 23 de febrero de 2018 se le comunica carta de despido disciplinario, que obra a los folios 16 a 24 de la causa, que se dan por reproducidos.

Se hace constar al hecho segundo: "En fechas recientes, en concreto entre el 24 y el 26 de enero de 2018, con motivo de la presencia de nuestra empresa en una feria internacional de nuestro sector que se celebraba en Londres, tuvimos conocimiento de que una delegación comercial de una empresa cliente preguntó expresamente por usted a los efectos de comprobar que pertenecía a la plantilla (...). Concretamente se refirió a G. G. Lapresa para indicarnos, no sin cierta molestia, que era sorprendentemente activo en Twitter y muy polémico al respecto de los mensajes que difundía. Por parte de la compañía no existía conocimiento previo de esto pero viniendo de un importante cliente la dirección de instrucciones expresas de investigar a qué se refería semejante apreciación. En este contexto en estas semanas hemos confirmado que usted tiene un perfil público de la red social denominada Twitter de carácter eminentemente público en cuanto difusión con una fotografía de su cara y con lo de denominación G.G. Lapresa que se corresponde con su nombre completo (...).

Continúa el hecho segundo con la descripción de hechos:

*actividad en red social twitter en horario de trabajo: por ejemplo, el 8 de febrero de 2018, jueves, emitió más de 120 mensajes; 34 mensajes el 21 de febrero; 47 el 19 de febrero.

*si bien no utiliza el nombre de la empresa, hacer referencia de forma constante a su lugar de trabajo (la oficina) con mensajes completamente inapropiados como por ejemplo:

-"Pero cómo de difícil es no sacarte la polla en la oficina, pero qué".

-"Es la clase de lunes en la que ojalá poder ver porno en la oficina, no creen" (mensaje de 27 de agosto de 2017).

*A estos ejemplos de falta de comportamiento profesional, mal gusto y referencias inapropiadas sobre sus compañeros de trabajo, debemos sumar las que sin duda consideramos las más graves y que nos han hecho tomar la decisión irrevocable de rescindir el contrato de trabajo que nos une, con causa los hechos son



imputables a usted, según la empresa lo entiende; nos referimos a las alusiones a sus responsables como los mensajes que recogemos a continuación:

-"Solo estamos en la oficina yo y la cacho mierda de posventa que me odia, hemos de trabajar juntos para ayudar a nuestro distribuidor indio".

-"¿Por qué llamamos jefes a los monstruos finales de una mazmorra? Son literalmente los jefes de los demás monstruos, como en una oficina?" (Mensaje de 30 de noviembre de 2016).

-si yo enviara un email al correo general explicando porque creo que en la otra oficina son tontos, mi tía la puta calle con razón (mensaje de 8 de agosto de 2017).

*Por último, pero no menos importante, Usted ha quebrado gravemente el deber de confidencialidad y no divulgación sobre información y documentación de la empresa, al que se comprometió mediante la firma de un documento fechado el 18 de febrero de 2016, pues ha cortado y pegado correos electrónicos recibidos de clientes en su cuenta como trabajador de los ha publicado, divulgado y difundido en esta red social.

El hecho tercero se refiere al uso reiterado de dispositivo personal en horario de trabajo y al uso inapropiado de los equipos informáticos de la empresa para utilizar redes sociales.

Se tipifican los hechos como: Indisciplina y desobediencia 54 2B; ofensas verbales a sus responsables y compañeros de la empresa 54 12; abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual 54 2B; uso fraudulento y autorizado de los equipos y dispositivos de la empresa y que pases acuerdo de confidencialidad suscrito; la disminución continuada y voluntaria del rendimiento y abuso de los dispositivos personales durante toda la jornada laboral 54 dos.

CUARTO.- El mensaje referido a su compañera de postventa contiene una fotografía con el anagrama de Marvel y referencia a doctor Strange and doctor Doom.

QUINTO.- Un cliente de la compañía comentó a un empleado llamado Celso , y este a don Pedro Miguel , de la dirección de la compañía. En fechas 24, 25 ó 26 de enero de 2018, que don Teofilo hacía un uso polémico de su cuenta de twitter (testifical de doña Eva , directora de producción y jefa de ventas).

En fecha 9 de febrero de 2018, don Alonso , trabajador en la oficina de Valencia, dirige correo electrónico a don Antonio y a don Isidro , este último COO y director técnico, en el que le remite copia de los tweets de don Teofilo que figuran en la carta de despido, le comenta que "está empezando a difundirse entre todos los empleados y está generando un mal rollo (...)". Le comunica que Teofilo le pasó su twitter y su Facebook, encontrándose una cantidad ingente de tweets en horas de trabajo. Finaliza el correo haciendo costar que don Teofilo publica cosas del trabajo en horario de oficina en cuenta pública y accesible, con foto y nombre. (Folios 117 a 120, que se dan por reproducidos).

Don Teofilo habló con don Pedro Miguel , director comercial, en fecha 13 de febrero de 2018, sobre el asunto de los tweets envidos.

En la misma fecha envió correo electrónico a don Antonio y a don Isidro , correo que obra al folio 123, que se da por reproducido. En el mismo, le dirige expresiones como: "Escribo esto reconociendo como cierto todo el daño personal que mis mensajes hayan podido provocar. Que no fuera mi intención hacer daño es cierto, pero eso no invalida dicho daño". "Mi deseo es continuar en Brainstrom, y hacerlo en un ambiente de confianza y respeto que ahora se ha visto dañado". "(...) pienso vigilar muy bien lo que escribo de ahora en adelante; mi consciencia al respecto de la repercusión de los que escribo en redes sociales se ha visto evidentemente alterada y ahora soy consciente de los problemas que mis textos pueden acarrear". (...)".

En fecha 11 de abril de 2016 se publicó en VERME -ELPAIS- un artículo dedicado a don Teofilo , y directamente relacionado con su uso de la red social twitter (folios 92 y 93).

Al folio 97 consta un mail de un tal Dimas (DIRECCION000) de la mercantil Carforum dirigido a contact@brainstorm3d.com con el siguiente texto: "vuestro empleado Teofilo , hasta sus horas laborales lanzando mensajes agresivos en twitter".

SEXTO.- Es de aplicación el Convenio Colectivo del sector del Comercio Textil suscrito por ACOTEX, ACITEXT con CCOO y UGT (BOCM de 2 de diciembre de 2017).

SÉPTIMO.- Se interpuso papeleta de conciliación celebrándose el acto sin avenencia en fecha 23 de MARZO de 2018."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:



"DESESTIMO la demanda de despido formulada por don Teofilo , contra la mercantil BRAINSTORM MULTIMEDIA, S.L."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte Demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 6 de Marzo de 2019, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 3 de Julio de 2019 señalándose el día 17 de Julio de 2019 para los actos de votación y fallo.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia, dictada en la modalidad procesal de despidos, rechazó en su integridad la demanda que rige las presentes actuaciones, dirigida contra la empresa Brainstorm Multimedia, S.L., de modo que declaró procedente el despido disciplinario del actor ocurrido el 23 de febrero de 2.018, por lo que, aunque no lo recoja así expresamente en su parte dispositiva, convalidó tal decisión extintiva sin derecho a indemnización, ni, en su caso, salarios de tramitación.

SEGUNDO.- Recurre en suplicación el demandante instrumentando dos motivos, ambos con adecuado encaje procesal, de los que el primero, que, a su vez, divide en tres apartados, se ordena a revisar la versión judicial de los hechos, mientras que el otro lo hace al examen del derecho aplicado en la resolución combatida. El recurso ha sido impugnado por la contraparte. Una precisión más: el recurrente, en contestación al escrito de impugnación formulado por la demandada, efectúa una serie de alegaciones que nada tienen que ver con el trámite procesal previsto en el artículo 197.2 de la Ley 36/2.011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , precepto adjetivo a cuyo tenor: *"Del escrito o escritos de impugnación se dará traslado a las partes. De haberse formulado en dichos escritos alegaciones sobre inadmisibilidad del recurso o los motivos a que se refiere el apartado anterior, las demás partes podrán presentar directamente sus alegaciones al respecto, junto con las correspondientes copias para su traslado a las demás partes, dentro de los dos días siguientes a recibir el traslado del escrito de impugnación"* . Contrariamente a ello, se limita a desarrollar unos alegatos que sólo cabe tildar de réplica frente a lo manifestado por la empresa en su escrito de contrarrecurso, por lo que los mismos carecen de cualquier virtualidad.

TERCERO.- Dicho esto, el primer apartado del motivo inicial, dirigido, como dijimos, a evidenciar errores *in facto* , pide la supresión, sin más, del hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, que dice así: *"El mensaje referido a su compañera de postventa contiene una fotografía con el anagrama de Marvel y referencia a doctor Strange and doctor Doom"* . Para ello, se apoya de forma exclusiva en lo que doctrinalmente se conoce como prueba negativa, lo que no es admisible, por cuanto según proclaman las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1.995 y 26 de marzo de 1.996 : *"La mera alegación de prueba negativa no puede fundar la denuncia de un error de hecho"* . También se basa en lo que declaró un testigo que depuso en el juicio, medio de prueba que carece de idoneidad para el fin perseguido. En todo caso, puesto que se trata de defecto que se repite recurrentemente en los demás submotivos dedicados a rectificar errores fácticos en la apreciación de la prueba, conviene señalar que como pone de relieve la misma Sala del Alto Tribunal en su sentencia de 21 de marzo de 2.017 (recurso nº 80/16), dictada en casación ordinaria: *"(...)* En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014), 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015)y otras muchas, hemos advertido que *'el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala 'a quo') por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes"* , agregando después: *"(...)* El peligro de que el acudimiento al



Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/2011), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere: Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de Derecho o su exégesis. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué se discrepa. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. Excepcionalmente la prueba testifical puede ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental" , para acabar así: "(...) La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. **Desde luego, la modificación no puede ampararse en la prueba testifical, ni en la pericial , por expreso mandato de la LRJS (...)**" (el énfasis es nuestro). Realmente, claro, por lo que el submotivo se rechaza.

CUARTO.- Por su parte, el siguiente, con igual amparo adjetivo y designio que el precedente, se alza contra el ordinal quinto de la versión judicial de lo sucedido, a cuyo tenor: "Un cliente de la compañía comentó a un empleado (sic, por empleado) llamado Celso , y este a don Pedro Miguel , de la dirección de la compañía. En fechas 24, 25 ó 26 de enero de 2018, que don Teofilo hacía un uso polémico de su cuenta de twitter (testifical de doña Eva , directora de producción y jefa de ventas). En fecha 9 de febrero de 2018, don Alonso , trabajador en la oficina de Valencia, dirige correo electrónico a don Antonio y a don Isidro , este último COO y director técnico, en el que le remite copia de los tweets de don Teofilo que figuran en la carta de despido, le comenta que 'está empezando a difundirse entre todos los empleados y está generando un mal rollo (...)'. Le comunica que Guillermo le pasó su twitter y su Facebook, encontrándose una cantidad ingente de tweets en horas de trabajo. Finaliza el correo haciendo costar que don Teofilo publica cosas del trabajo en horario de oficina en cuenta pública y accesible, con foto y nombre. (Folios 117 a 120, que se dan por reproducidos). Don Teofilo habló con don Pedro Miguel , director comercial, en fecha 13 de febrero de 2018, sobre el asunto de los tweets envidios. En la misma fecha envió correo electrónico a don Antonio y a don Isidro , correo que obra al folio 123, que se da por reproducido. En el mismo, le dirige expresiones como: 'Escribo esto reconociendo como cierto todo el daño personal que mis mensajes hayan podido provocar. Que no fuera mi intención hacer daño es cierto, pero eso no invalida dicho daño'. 'Mi deseo es continuar en Brainstrom, y hacerlo en un ambiente de confianza y respeto que ahora se ha visto dañado'. '(...) pienso vigilar muy bien lo que escribo de ahora en adelante; mi consciencia al respecto de la repercusión de los que escribo en redes sociales se ha visto evidentemente alterada y ahora soy consciente de los problemas que mis textos pueden acarrear (...)'. En fecha 11 de abril de 2016 se publicó en VERME-EL PAIS- un artículo dedicado a don Teofilo , y directamente relacionado con su uso de la red social twitter (folios 92 y 93). Al folio 97 consta un mail de un tal Dimas (DIRECCION000) de la mercantil Carforum dirigido a contact@brainstorm3d.com con el siguiente texto: 'vuestro empleado (sic) Teofilo , hasta sus horas laborales lanzando mensajes agresivos en twitter'".

QUINTO.- Pues bien, el submotivo se dedica a glosar tres párrafos de la redacción que acabamos de reproducir, y lo hace con apoyo, básicamente, en lo que depusieron los testigos, lo que, insistimos, no cabe admitir. Como texto alternativo de este hecho probado, el recurrente ofrece el que sigue: "No queda probado que la dirección de la compañía tuviera conocimiento en fechas 24, 25 ó 26 de enero de 2018 de que don Teofilo hacía un uso polémico de su cuenta de twitter (testifical de doña Eva , directora de producción y jefa de ventas). En fecha 9 de febrero de 2018, don Alonso , trabajador en la oficina de Valencia, dirige correo electrónico a don Antonio y a don Isidro , este último COO y director técnico, en el que le remite copia de los tweets de don Teofilo que figuran en la carta de despido. Le comunica que Teofilo le pasó su twitter y su Facebook. (Folios 117 a 120, que se dan por reproducidos). No queda probado nada de lo referido por don Alonso en el email enviado a Don Antonio



y Don Isidro . Don Teofilo habló con don Pedro Miguel , director comercial, en fecha 13 de febrero de 2018, sobre el asunto de los tweets envidios. En la misma fecha envió correo electrónico a don Pedro Miguel para que este lo reenviara a Don Antonio y Don Isidro , (folio 122-123), que se da por reproducido. En el mismo, le dirige expresiones como: 'Escribo esto reconociendo como cierto todo el daño personal que mis mensajes hayan podido provocar. Que no fuera mi intención hacer daño es cierto, pero eso no invalida dicho daño'. 'Mi deseo es continuar en Brainstrom, y hacerlo en un ambiente de confianza y respeto que ahora se ha visto dañado'. '(...) pienso vigilar muy bien lo que escribo de ahora en adelante; mi consciencia al respecto de la repercusión de los que escribo en redes sociales se ha visto evidentemente alterada y ahora soy consciente de los problemas que mis textos pueden acarrear' (...). En fecha 11 de abril de 2016 se publicó en VERME-ELPAIS un artículo dedicado a don Teofilo , y directamente relacionado con su uso de la red social twitter (folios 92 y 93). Mail de un tal Dimas (DIRECCION000) de la mercantil Carforum dirigido a contact@brainstorm3d.com de fecha 28 de junio de 2017 a las 10.52 con el siguiente texto: 'vuestro empelado (sic) Teofilo , hasta sus horas laborales lanzando mensajes agresivos en twitter'. (folio 97) A la vista de este mail responde Don Celso el mismo día 28 de junio de 2017 a las 11.42 indicándole la conversación que se da por reproducida y que aparece en los folios 98 a 104 y en la que se indica lo siguiente: 'vale, he visto la respuesta oficial. Nada, quería advertirte (sic) de lo sucedido en contact y que como compañero supieras que eso ha sucedido. Te refieres a los mensajes que han aparecido en contact. para mi no era grave y veo que no es grave oficialmente. Si' (folios 98-104). El señor Celso es el Administrador de Sistemas de la empresa (folio 105-106). La cuenta contact@brainstorm3d.com es una cuenta de la empresa a la que accede el administrador de sistemas (folio 98)" .

SEXTO.- En lo que atañe al primer acápite que pretende variar mediante una formulación negativa impropia de la premisa histórica de la sentencia, el actor expresa: "(...) de la errática testifical de la Directora de Producción y jefa de ventas, en modo alguno pudo extraerse eso" , afirmación que, así planteada y debido a la prueba en que se sustenta, carece de eficacia para enervar la conclusión sentada por el iudex a quo . La doctrina jurisprudencial nos recuerda que sólo se admitirá el error de hecho en la apreciación de la prueba cuando concurren estas circunstancias: " a) Señalamiento con precisión y claridad del hecho negado u omitido; b) Existencia de documento o documentos de donde se derive de forma clara, directa y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas; c) Ser la modificación o supresión del hecho combatido trascendente para la fundamentación del fallo, de modo que no cabe alteración en la narración fáctica si la misma no acarrea la aplicabilidad de otra normativa que determine la alteración del fallo" (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1.993). A su vez, según esta misma doctrina, el documento en que se base la petición revisoria debe gozar de literosuficiencia, por cuanto: "(...) ha de ser contundente e indubitado per se , sin necesidad de interpretación, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el Juzgador estén en franca y abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la recurrida" (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1.990), requisitos que no se dan cita en este caso.

SEPTIMO.- En cuanto al segundo párrafo, vuelve a incidir en la alegación de prueba negativa, si bien también aduce que no reconoció el documento que fue el elemento de convicción del que el Juez de instancia se valió para establecer la conclusión que trata de modificar, lo que, desde luego, no es lo mismo que impugnar su autenticidad. Como expresa la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1.999 : "(...) Se sostiene que dicho documento privado carece de validez por haber sido impugnado en el proceso. Una cosa es desconocer el documento, no reconocido, y, por tanto, impugnarlo, y otra la demostración necesaria de ser ineficaz (...). El principio de la carga probatoria (...) permite a los juzgadores la apreciación en conjunto del material probatorio incorporado al proceso por cada parte y su valoración en conjunto, con lo cual la prueba documental, por ser instrumento probatorio, entra en esta facultad juzgadora en relación con las demás practicadas. Los documentos privados no reconocidos, no por eso han de ser marginados por completo del pleito, ya que tienen su propio valor y cabe ser tomado en consideración ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del debate (SS. de 27-1 , 8-3 y 8-5-1996), máxime cuando, como sucede en este caso, el hecho impeditivo, es decir, la inautenticidad de la carta no se demostró de manera alguna ". Es decir: se trata de documento susceptible de valoración judicial como elemento probatorio que es según las reglas de la sana crítica y la experiencia, que fue lo que hizo el Juzgador a quo . Finalmente, en lo que se refiere al quinto párrafo, lo cierto es que la adición sugerida con base en el documento obrante a los folios 98 a 104 de autos se revela intrascendente para la suerte del recurso. En definitiva, también este submotivo claudica.

OCTAVO.- El último epígrafe del motivo actual interesa revisar el hecho probado sexto de la sentencia de instancia, según el cual: "Es de aplicación el Convenio Colectivo del sector del Comercio Textil suscrito por ACOTEX, ACITEX con CCOO y UGT (BOCM de 2 de diciembre de 2017)" , norma convencional que, en su opinión, debe sustituirse por la de ámbito estatal aplicable a las empresas de consultoría y estudios de mercado. Puesto que no se ampara en ningún elemento documental útil para ello y, si bien se mira, el cambio solicitado es



de carácter jurídico, que no fáctico, y carece de influencia en el signo del fallo, habida cuenta que el despido disciplinario impugnado se fundamenta única y exclusivamente en el artículo 54.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2.015, de 23 de octubre, en vigor a la sazón de dicha decisión extintiva, tal como consta en la comunicación escrita de 23 de febrero de 2.018 (folios 53 a 61, entre otros), el submotivo fracasa y, con él, el motivo inicial en su totalidad.

NOVENO.- El segundo y último motivo, destinado a poner de manifiesto errores *in iudicando*, denuncia la infracción de los artículos 4, 54.1, 54.2 c), 54.2 d), 55, 56, 58 y 60 del Estatuto de los Trabajadores, así como 105 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 24 del Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y 20.1 -sin más precisiones- de la Constitución. En realidad, su discurso argumentativo pivota sobre tres ejes distintos que desarrolla en apartados separados: uno, relativo a la prescripción de las faltas laborales que se le achacan; otro, atinente a la improcedencia del despido por no concurrir, según el recurrente, causa justa para ello; y el último, referido a la aplicación de la doctrina o teoría gradualista. Los analizaremos por este orden.

DECIMO.- En punto a la prescripción corta de las infracciones que se imputan a quien hoy recurre, el Juez a quo argumenta así en el tercer fundamento de su sentencia: *"(...) Es determinante el momento de conocimiento empresarial de los hechos. Por más que la empresa pudiera saber que el actor tenía una cuenta abierta en twitter, es evidente que no se le pudiera exigir que revise la cuenta de sus empleados, ni de todos ni de ninguno. Es más, tal comportamiento no solo no es exigible, sino que puede generar indudables problemas con los empleados, que verían observada su intimidad -pese a tratarse de perfiles públicos- de modo constante por su empleador. Por más que sea legal, no deja de ser poco corriente que una empresa se comporte de tal modo. El actor no ha practicado prueba alguna que permite combatir el hecho de que tal conocimiento tuvo lugar en Londres, a finales de enero de 2018. En tal sentido, tal hecho viene corroborado por la testifical y por los correos electrónicos que se han llevado a los hechos probados, en particular el de 9 de febrero de 2018 de un trabajador dirigido a la dirección. Del mismo resulta que el conocimiento entre los empleados es reciente, ya que se 'está empezando a difundirse entre todos los empleados'. El propio receptor del correo, don Isidro, de la dirección, señala (folio 117) que es el primer conocimiento que tiene de los hechos la dirección. Si bien la testigo manifiesta que don Pedro Miguel le comentó que el conocimiento tuvo lugar en la feria de Londres cuando un cliente se lo comentó a un empleado, de nombre Celso, pudiera ser que llegara a conocimiento de la dirección por dos vías distintas. En todo caso, lo que nunca puede acreditar conocimiento empresarial es un artículo de periódico, fechado el 11 de abril de 2016, del que resulta que don Teofilo utiliza asiduamente su cuenta de twitter. Del mismo modo, un simple correo electrónico dirigido por un trabajador de otra compañía a una dirección de la empresa en el mes de junio de 2017 tampoco puede acreditar conocimiento empresarial. No se acredita a quien pertenece la cuenta de destino, ni que sea de la dirección de la compañía. La propia testigo manifiesta que su conocimiento fue a través del revuelo que se armó en la oficina, lo que coincide con las manifestaciones del trabajador que envía el correo electrónico a dirección. No transcurren 60 días desde el conocimiento empresarial (...) hasta la imposición y notificación de la sanción, 23 de febrero de 2018"*, criterios que se revelan acertados, en tanto que las alegaciones del trabajador insistiendo en lo ya defendido en la instancia no logran enervarlos.

UNDECIMO.- Tampoco la afirmación de que su conducta no puede reputarse de continuada a efectos de dirimir si concurre, o no, la prescripción larga de las faltas laborales recogidas en la comunicación sancionadora es admisible. Al respecto, el Juez de instancia valora tal defensa material en conexión con las diversas publicaciones o tuits de los que el mismo es autor. Así, señala: *"(...) Entre las conductas imputadas, la fundamental es la publicación de 5 tweets por parte del trabajador; del primero no consta la fecha; el segundo no se encuentra prescrito con certeza, pues es de fecha 27 de agosto de 2017, no afectándole el plazo de 6 meses; con consta la fecha del tercero; el cuarto y el quinto se encontraría prescritos si se aplica el plazo de 6 meses desde su publicación, al ser de 30 de noviembre de 2016 y 8 de agosto de 2017. Respecto a aquellos correos en los que no consta la fecha, la carga de la prueba de la prescripción corresponde al que la alega. En este caso, fácil hubiera sido acreditar por el trabajador que el tweet es de una determinada fecha a la que aplicar el plazo de los 6 meses. Por lo que respecta a aquellos tweets que son publicados con más de 6 meses de antelación a la carta de despido, cabe aplicar la doctrina fijada por el Tribunal Supremo respecto a las faltas continuadas. Las faltas continuadas responden a una conducta que se prolonga en el tiempo, a través de una pluralidad de hechos consecutivos dotados de unidad de propósito que corresponden al mismo tipo de infracción, empando (sic, por empezando) a contar el plazo a partir de la comisión del último hecho. Así, en estos supuestos en los que existe unidad de propósito en la conducta, el plazo de prescripción comienza a computarse el día en que se cometió el último acto, cuando cesa esa conducta continuada o por abandono de la misma o por consecuencia de la propia investigación empresarial. (...) Se considera aplicable tal doctrina al caso de autos. Consta una repetición en la conducta del actor, y un conocimiento de la empresa en fecha determinada. No pueden considerarse prescritos los tweets de agosto de 2017 y de 8 de agosto de 2017, cuando hay otros tweets de 27 de agosto de 2017 y dos no prescritos cuya prueba le incumbe al mismo"*.



DUODECIMO.- No hay duda que la conducta del demandante se compone de una serie de actos repetidos en el tiempo con un designio común, esto es, publicar desde su perfil público en la red Twitter en la que mantiene una notable actividad, entre otras cosas, una serie de comentarios sobre la empresa para la que presta servicios y, en ocasiones, relativos también a compañeros de trabajo, de modo que estamos ante una actuación continuada, siendo aplicable por ello y por el propósito unitario que la preside la jurisprudencia que en tal sentido invoca y transcribe el Juez de instancia en lo que se refiere a la prescripción larga de las infracciones laborales que se imputan al trabajador.

DECIMOTERCERO.- En lo que toca a la improcedencia del despido disciplinario de 23 de febrero del pasado año, el recurrente se limita a hacer supuesto de la cuestión, para lo que parte de presupuestos fácticos carentes de reflejo en la versión judicial de los hechos que, además, son fruto -muchas veces- de simples especulaciones y conjeturas, intentando, así, sentar conclusión jurídica dispar de la alcanzada por el *iudex a quo*. En palabras del propio motivo, mas sin los énfasis del texto originario: "(...) en la sentencia recurrida se mantiene la procedencia del despido del actor considerando el juzgador que se ha producido una vulneración del artículo 54.2.c ET (ofensas verbales o físicas) y 54.2.d ET (transgresión de la buena fe contractual) en relación con las mencionadas ofensas verbales, circunstancia con la que no se puede estar de acuerdo, considerando esta parte que esta carta de despido es una sucesión de hechos sin importancia y de tuits malinterpretados y descontextualizados que en modo alguno debieran servir para justificar el despido del actor (...)". No hay duda que, no obstante lo manifestado por él en el correo electrónico que transcribe parcialmente el ordinal quinto de la versión judicial de lo sucedido (folio 123 de autos), el demandante continúa sin ser plenamente consciente de la trascendencia de su conducta en las redes sociales con motivo de los tuits de constante cita.

DECIMOCUARTO.- En este sentido, el Juzgador *a quo* expresa en el fundamento quinto de su sentencia: "(...) El primer tweet es del siguiente tenor literal: 'Pero cómo de difícil es no sacarte la polla en la oficina, pero qué'. El actor tiene un perfil público en la red social. Es indudable que cualquiera que le conozca, personal o profesionalmente, conoce cuál es su oficina y la empresa para la que trabaja. La mención a la citada oficina permite extrapolar el comentario de un ámbito estrictamente personal. El contenido del mensaje es objetivamente inapropiado. Segundo tweet: 'Es la clase de lunes en la que ojalá poder ver porno en la oficina, no creen'. Se refiere igualmente a una actividad inapropiada para ser realizada en la oficina, afectado al prestigio de la misma. Tercer tweet: 'Solo estamos en la oficina yo y la cacho mierda de posventa que me odia, hemos de trabajar juntos para ayudar a nuestro distribuidor indio'. Cabe hacer las mismas consideraciones. El mero hecho de referirse a su compañera de trabajo en los citados términos, y de que la misma haya tenido conocimiento del citado hecho, confiere gravedad a la conducta. El mensaje contiene una fotografía con el anagrama de Marvel y referencia a doctor Strange and doctor Doom. La defensa articulada en relación a tal comic no puede sostenerse, puesto que los terceros no tienen datos para contextualizar los mensajes en tal sentido, pues tal comic no es de conocimiento público y notorio. Cuarto y quinto tweet: '¿Por qué llamamos jefes a los monstruos finales de una mazmorra? Son literalmente los jefes de los demás monstruos, como en una oficina?' Tanto en este mensaje como en el anterior hay referencia a sus jefes y a sus compañeros, para calificar a los primeros como monstruos y a los segundos como tontos. El hecho de que sus jefes y compañeros hayan tenido conocimiento de todos los mensajes, causan un indudable perjurio a la compañía", hechos de lo que extrae la conclusión que sigue: "(...) Los tweets que se han publicado son susceptibles de ser incardinados en las letras c) y d) del art. 54.2 ET. No se ha acreditado una disminución en el rendimiento ni una indisciplina o desobediencia, pues no se quiebran los acuerdos de confidencialidad ni queda acreditado el número de tweets que se mandan en horario de oficina. No obstante, el referirse a sus compañeros (tanto en la sede de Madrid como la de Valencia) y a sus jefes en la forma que se ha establecido constituye una ofensa verbal a los mismos, al tiempo que, sin duda, supone una quiebra de la buena fe contractual el publicar tales cuestiones relativas a los mismos en una red social, con una fácil identificación de la empresa. También quiebra la buena fe contractual el dar la impresión a terceros de que pueden practicarse determinadas conductas impropias en horario de oficina y en la propia oficina de la empresa".

DECIMOQUINTO.- En realidad, poco le queda por añadir a la Sala a lo ya expuesto. Se trata de comentarios escritos desde el perfil público del actor en una conocida red social, alguno de ellos, al menos, lanzado en tiempo de trabajo, cual por su contenido sucede con el referido a una compañera del departamento de postventa, que se nos antojan totalmente gratuitos, inapropiados y poco edificantes y, lo que es peor, ofensivos para algún trabajador de la empresa, incluidos sus directivos, que son fácilmente identificable por los datos facilitados, amén de indicativos de un estado de cosas en el centro de trabajo en el que presta servicios que no parece, precisamente, serio y halagüeño, redundando, en suma, en perjuicio del nombre y la posición competitiva de la demandada en el mercado. Por supuesto que el demandante es libre de expresar sus ideas y opiniones en las redes sociales, mas tal derecho tiene un límite representado por el honor de las personas a las que se refiere y también, en este caso, por el buen nombre de la empresa para la que trabaja.

DECIMOSEXTO.- Tampoco en el supuesto enjuiciado puede acudir la Sala a la teoría gradualista, de suerte que la imposición de otra sanción distinta de la máxima de despido por la que se decantó la empresa equivaldría



a contrariar la doctrina jurisprudencial de la que, como exponente, citaremos la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1.993 (recurso nº 3.805/92), dictada en función unificadora, a cuyo tenor: "(...) se debe indagar hasta dónde llegan las facultades del Juez en el juicio de despido respecto de la revisión de la decisión extintiva basada en los incumplimientos alegados en el escrito del empresario y es de ver que los arts. 55.3 del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 de la Ley de Procedimiento Laboral establecen que el despido será procedente si se acreditan tales incumplimientos y en caso contrario será improcedente. Para esta declaración, el Juez ha de realizar un juicio de valor sobre la gravedad y culpabilidad de las faltas alegadas (art. 54 ET) y, para ello tiene que examinar la adecuación de las conductas imputadas a la descripción de faltas que se recogen en el cuadro sancionador correspondiente de la norma reglamentaria o convencional aplicable al caso y, si los incumplimientos no encajan en los supuestos tipificados como falta muy grave sancionable hasta con el despido, debe declarar la improcedencia del mismo por haber sido calificada la falta inadecuadamente por el empresario", añadiendo luego: "(...) Pero si ésta coincide con la descripción de las muy graves habrá de declarar que la calificación empresarial es adecuada y no debe rectificar la sanción impuesta pues, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 58 ET , corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones. Si el Juez no se mantiene dentro de tales límites y, ante una sanción adecuada a la gravedad de la falta, declara que ha de imponerse un correctivo distinto, está realizando un juicio de valor que descalifica, más que el acto del empresario, el cuadro normativo sancionador, pues está expresando que algunas de las diversas sanciones previstas para un nivel de gravedad son excesivas y no pueden ser utilizadas por el empresario y esto sobrepasa la potestad revisora que las leyes conceden al Juez". Y la gravedad de la conducta del demandante es reconocida por él mismo en el correo electrónico obrante al folio 123 de autos.

DECIMOSEPTIMO.- En conclusión: este motivo también se desestima y, con él, el recurso, y sin que haya lugar, por último, a la imposición de costas dada la condición laboral con que litiga el recurrente.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DON Teofilo , contra la sentencia dictada en 26 de septiembre de 2.018 por el Juzgado de lo Social núm. 27 de los de MADRID , en los autos núm. 393/18, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra la empresa BRAINSTORM MULTIMEDIA, S.L., sobre despido y, en su consecuencia, debemos confirmar, como confirmamos, la resolución judicial recurrida. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

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

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826-0000-00- 0223-19 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid, 28010 de Madrid,

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 2826-0000-00- 0223-19.



Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ