

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social,
Sección 4ª, Sentencia 217/2018 de 22 Mar. 2018, Rec.
974/2017**

Ponente: Ruiz Pontones, Manuel.

Nº de Sentencia: 217/2018

Nº de Recurso: 974/2017

Jurisdicción: SOCIAL

LA LEY 52564/2018

ECLI: *ES:TSJM:2018:2995*

Cabecera

DESPIDO. Despido disciplinario. Forma. Carta de despido. -- Despido disciplinario. Calificación del despido. Despido improcedente.

Texto

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

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

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.00.4-2017/0001482

Procedimiento Recurso de Suplicación 974/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid Despidos / Ceses en general 82/2017

Materia : Despido

Sentencia número: 217/2018

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. MANUEL RUIZ PONTONES

En Madrid a veintidós de marzo de dos mil dieciocho habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el [artículo 117.1 de la Constitución Española \(LA LEY 2500/1978\)](#) ,

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 974/2017, formalizado por el LETRADO D. CÉSAR E. MATA MARTÍN. en nombre y representación de D. Iván , contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid en autos número 82/2017, seguidos a instancia de D. Iván frente a MADRID ARTE Y CULTURA, S.A, y MINISTERIO FISCAL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL RUIZ PONTONES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- El demandante, D. Iván , ha prestado servicios por cuenta y orden de la Empresa MADRID ARTE Y CULTURA, S.A, desde el 1 de marzo de 2012 hasta el 28 de noviembre de 2016, ostentando la categoría profesional de Jefe de Servicio y percibiendo una retribución bruta mensual de 4.493,69 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. (Hechos no controvertidos y acreditados a través de los Documentos números 1, 2 y 3 del ramo de prueba del demandante).

La relación laboral se rige por el Convenio Colectivo de la Empresa MADRID ESPACIOS Y CONGRESOS, S.A, publicado en el BOCM de 18 de agosto de 2009. (Hecho no controvertido y acreditado a través del Documento número 30 del ramo de prueba de la demandada).

SEGUNDO.- El artículo 10 del convenio anterior define las funciones propias de la categoría profesional de Jefe de Servicio señalando que "Pertenece a esta categoría aquellos trabajadores que con título adecuado o amplia preparación técnico práctica, y en directa colaboración de su superior jerárquico, de acuerdo con el organigrama estructural existente en cada momento, desarrollan con especial dedicación funciones de jefatura y coordinación del servicio por la Dirección encomendada, ejecutando todas las tareas que su condición requiera de conformidad con los objetivos globales definidos por la Empresa, y con alto grado de exigencia, autonomía, iniciativa, responsabilidad y dedicación.

Ostentará la jefatura directa de todos los trabajadores integrados en su Servicio".

Mediante comunicación escrita de fecha 10 de junio de 2014 (Documento número 7 del ramo de prueba de la demandada) la Empresa comunicó al actor las funciones que tendría que desarrollar en lo sucesivo, siendo las siguientes:

Búsqueda de potenciales congresos en la Base de datos de ICCA.

Búsqueda de potenciales contactos en sectores objetivo y elaboración de bases de datos.

Estudio de posicionamiento de nuestros espacios y servicios en el mercado.

Envío al cliente y seguimiento de encuestas de calidad.

Estadística de encuestas.

Recopilación de datos de eventos y elaboración de estadísticas.

Solicitud de material fotográfico de los eventos realizados.

Coordinación y respuesta a las solicitudes de información de organismos e instituciones del sector. Y

Cualesquiera otras que le puedan ser encomendadas y se encuentren relacionadas con su puesto de trabajo.

TERCERO.- *El 20 de septiembre de 2016 D. Roberto , superior jerárquico del actor, le solicitó a través de correo electrónico la elaboración de un informe "lo más amplio y detallado posible" sobre la celebración del festival Mad Cool en Madrid, incluyendo "la valoración del mismo, sondeo de vecinos, impacto económico, impacto social, barrio, distrito, ciudad, otras comunidades o regiones". (Documento número 13 del ramo de prueba de la demandada, que se da por reproducido).*

El actor contestó a dicha solicitud mediante correo electrónico de fecha 22 de septiembre de 2016, con el contenido que se refleja en el folio número 90 de los autos, que se da por reproducido, señalando en el mismo que "el trabajo solicitado está destinado a un equipo de analistas o a una empresa de consultoría" y que "no disponemos del equipo humano necesario ni de los medios e información necesarios para acometer esa tarea", pero que "no obstante, y dentro de las posibilidades que me permiten mis conocimientos y medios de los que dispongo, procuraré recopilar la información existente y documentar el informe solicitado".

El informe fue confeccionado por el actor y remitido al Sr. Roberto ese mismo día con el contenido que se refleja en el Documento número 12 del ramo de prueba de la demandada, que se da por reproducido.

CUARTO.- *El 3 de octubre de 2016 el actor remitió una encuesta de satisfacción a la Empresa EDT EVENTOS (cliente de la demandada), para que fuera cumplimentada por la misma y comprobar así su grado de satisfacción en relación a la celebración del evento "Asamblea del Real Madrid" inicialmente encomendado a la demandada. La encuesta nunca pudo cumplimentarse porque el evento en cuestión había sido cancelado tiempo atrás. (Bloques de documentos números 15 y 16 del ramo de prueba de la demandada).*

QUINTO.- *El 19 de abril de 2016 la Empresa hizo llegar a todos sus trabajadores, incluido el actor, a través de correo electrónico, el documento denominado "Manual de usuario de tecnologías de la información", con el contenido que se refleja en los documentos números 19 y 20 del ramo de prueba de MADRID ARTE Y CULTURA, que se da por reproducido. En las páginas 14, 15 y 16 de dicho documento se recogen las pautas de utilización del correo electrónico y del acceso a Internet y uso de la Web y redes sociales por parte de los trabajadores de la mercantil, señalando de forma expresa que "No está permitido el uso de Internet para cualquier actividad que sea lucrativa o tenga carácter comercial individual, así como para propósitos fraudulentos, publicitarios o para agraviar o propagar mensajes no relacionados con la actividad laboral". (Folio número 121 vuelto de los autos).*

Además de ello, el 27 de abril de 2016 la Empresa celebró una jornada informativa para todos los trabajadores sobre el contenido y normas de conducta descritas en el Manual, asistiendo el Sr. Iván a dicha jornada. (Folio número 126 de las actuaciones).

SEXTO.- *El 29 de julio de 2016 D^ª Clemencia de la pena, Directora de Recursos Humanos de la Empresa, y D^ª Eugenia , Directora del área donde trabajaba el actor, encargaron un informe de auditoría sobre el consumo de Internet y contenidos webs consultados por el actor durante su jornada laboral. (Folio número 131 de los autos).*

El motivo de dicha solicitud fue que D^ª Eugenia detectó que el actor dedicaba un excesivo tiempo de su jornada a la navegación por Internet, no siendo tal actividad necesaria para la realización de sus funciones, que consistían en la remisión de encuestas de satisfacción a los clientes una vez celebrado el evento y en la realización de todos aquellos actos posteriores al mismo dirigidos a comprobar el grado de satisfacción obtenido, la fidelización del cliente para eventos futuros, y las posibilidades de mejora del servicio existentes. (Declaración testifical de D^ª Eugenia en el acto del Juicio).

La solicitud de investigación informática se remitió a través de correo electrónico a D. Apolonio , Director de tecnología de la demandada, que contestó a la misma mediante correo electrónico de fecha 2 de agosto de 2016 (folio número 130), señalando en el mismo que " Eliseo se va de vacaciones el día 15 próximo y no vuelve hasta el 15 de septiembre. Es importante porque él haría la auditoría y no sé qué prisa os corre".

SÉPTIMO.- *El resultado de la investigación realizada se refleja en el informe aportado como Documento número 23 del ramo de prueba de la demandada, que se da por reproducido. En él se analiza el consumo de banda ancha y acceso a Internet por parte del trabajador dentro de su jornada laboral (desde las 08,00 hasta las 15,00 horas, no siendo este dato controvertido), en el periodo comprendido entre el 3 y el 26 de octubre de 2016; de su contenido interesad destacar aquí lo siguiente:*

1.- El consumo total de Internet por parte del trabajador en el periodo objeto de investigación alcanza los 7,5 GB, lo que equivale a un consumo medio diario de aproximadamente 400 MB, llevándose a cabo dicho consumo siempre durante su jornada de trabajo.

La media de consumo diario de banda ancha del resto de los trabajadores de la Empresa es de 140 MB. (Documento número 25 del ramo de prueba de la Empresa).

2.- Las páginas web visitadas con mayor frecuencia por el actor son las catalogadas bajo la denominación "Arts & entertainment" (dedicadas al ocio y entretenimiento) y "News & Media" (que agrupa páginas de periódicos y medios de comunicación digital); en esta segunda categoría de sitios web el trabajador invirtió más de 22 horas en el periodo objeto de investigación.

3.- Entre las páginas web más visitadas por el actor están las enumeradas en el folio número 138 de los autos, destacando nautaliaviajes.com, Facebook, Twitter, Amazon, vertele.com, bebitus.com, decine21.com, o diariomadridista.okdiario.com.

(Documento número 23 del ramo de prueba de la Empresa, ratificado por D. Apolonio en el acto del Juicio)

OCTAVO.- *La Empresa tiene aprobado un Protocolo de actuación frente al acoso laboral con el contenido que se refleja en el documento número 27 del ramo de prueba de MADRID DESTINO, que se da por reproducido.*

NOVENO.- *El 28 de septiembre de 2016 el demandante y otros dos trabajadores solicitaron a través del Comité de Empresa de la mercantil que se activara el protocolo de actuación frente al acoso laboral, al sentirse víctimas de una situación de hostigamiento, persecución y marginación por parte de su superior jerárquico, D. Roberto . (Documento número 28 del ramo de prueba de la demandada).*

DÉCIMO.- *El departamento de Recursos Humanos y prevención de riesgos laborales puso en marcha el protocolo indicado y practicó las diligencias de investigación que se reflejan a los folios números 295 a 333 de los autos, incluyendo la solicitud a los denunciante de información detallada y cronológica de los hechos y su toma de declaración.*

El 21 de diciembre de 2016 el procedimiento de investigación interna fue suspendido ante la imposibilidad de continuar con el mismo, al encontrarse de baja médica o haber causado baja dentro de la Compañía la mayor parte de los afectados. (Folio número 334 de los autos).

UNDÉCIMO.- El 2 de noviembre de 2016 el demandante causó baja médica por contingencias comunes a consecuencia de un trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo (folios números 13 y 19 de los autos), permaneciendo en esa situación de Incapacidad Temporal en la actualidad (Documentos números 12, 14 y 15 del ramo de prueba del demandante).

DUODÉCIMO.- El 28 de noviembre de 2016 la Empresa entregó al trabajador carta de despido disciplinario, con efectos desde esa misma fecha, señalando como **causas del mismo "el fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas" y la "notoria falta de rendimiento"** por su parte, manifestados en los hechos descritos en la propia carta y considerando los mismos constitutivos de faltas muy graves tipificadas en los artículos 46.3 del Convenio Colectivo de la Empresa , y 54.d) y e) del ET . *Carta cuyo contenido damos aquí por reproducido. (Documento número 1 del ramo de prueba del trabajador).*

DÉCIMO-TERCERO.- *En la misma fecha la mercantil comunicó a la Representación Legal de los Trabajadores la decisión de despido del trabajador, adjuntando copia de la carta. (Documentos números 5 y 6 del ramo de prueba de la demandada).*

DECIMO-CUARTO.- *El 3 de enero de 2017 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC, con el resultado de celebrado SIN AVENENCIA (folio número 25 de los autos).*

DECIMO-QUINTO.- *El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores."*

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

"DESESTIMANDO la demanda formulada por D. Iván , contra la Empresa MADRID ARTE Y CULTURA, S.A, debo declarar y DECLARO PROCEDENTE EL DESPIDO DISCIPLINARIO articulado sobre dicho trabajador con fecha 28 de noviembre de 2016, ABSOLVIENDO a la Empresa de todas las pretensiones ejercitadas en su contra."

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

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 08/11/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que declara procedente el despido del demandante y convalida la decisión extintiva del empleador, la representación letrada del mismo interpone recurso de suplicación formulando tres motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

En el primer motivo, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS (LA LEY 19110/2011) , interesa:

1.-La revisión del hecho probado sexto proponiendo la siguiente redacción:

"A petición de D^a Clemencia de la Pena, como directora de Recursos Humanos de la empresa y D^a Eugenia , directora del área donde trabaja el actor, se encargó un informe de auditoría sobre el consumo de Internet y contenidos webs consultados por el demandante durante su jornada laboral.

El motivo de dicha solicitud es fruto de la discriminación continuada sufrida por D. Iván en la empresa, alegando los solicitantes del informe de auditoría interna un uso excesivo de la navegación a través de Internet. El uso de Internet resulta imprescindible para el desarrollo de sus tareas, entre las que se encuentran las siguientes: búsqueda de potenciales contactos en sectores objetivos y elaboración de bases de datos, el estudio de posicionamiento de nuestros espacios y servicios en el mercado y para la recopilación de datos de eventos y elaboración de estadísticas.

El inicio de este informe de auditoría, dudoso en cuanto a su validez técnica comenzó el día 3 de octubre, es decir, con posterioridad y de forma reactiva a la comunicación a la empresa del acoso laboral sufrido por el trabajador.

El uso que realizó el demandante se engloba dentro de un hábito social generalizado de tolerancia, con ciertos usos de carácter moderado, de los medios y los recursos informáticos, que no puede tener como resultado final una sanción tan sumamente grave y excesiva como el despido del trabajador, al margen de ser evidente que para dotar de contenido a su trabajo el trabajador debe hacer uso de Internet, como herramienta idónea.

Con todo ello la empresa trató de dar únicamente una aparente justificación que en ningún caso puede prosperar, al despido del actor ."

La revisión se desestima al introducir valoraciones que son impropias del relato de hechos probados.

2.-La revisión del hecho probado séptimo proponiendo la siguiente redacción:

" El resultado de la investigación realizada con posterioridad a la puesta en conocimiento de la empresa del acoso sufrido por el actor, arrojando unos resultados inciertos e inexactos, como el mismo empleado encargado de su realización reconoce en su declaración como perito en la vista oral.

El perito reconoce asimismo carecer de la titulación que cabe esperar para que dicha auditoría informática tenga credibilidad, al no poseer título de ingeniero informático, sin siquiera mostrar ningún tipo de cualificación profesional ni informar de la metodología empleada para la elaboración y realización del informa interno. Además, como empleado de la mercantil frente a la que litiga con el trabajador no goza de la imparcialidad deseable para ser objetivo y que la prueba sea valorada o admitida en su integridad.

En la misma declaración ofrecida por D. Apolonio en el acto de juicio, admite que alguno de los datos reflejados, como el tiempo de conexión, pueden ser inexactos hasta el punto que son multiplicados por cada ventana con conexión a Internet activa de modo simultáneo, lo que hace se sumen los tiempos de cada ventana, pese a que el tiempo real sea único .

Por las razones expuestas la prueba pericial, documento 23 del ramo de prueba de la demandada, no puede tenerse por válida ni eficaz, por sus manifiestas inexactitudes en cuanto a los resultados obtenidos, e incertidumbres en cuanto a sus garantías metodológicas.

Tampoco existe certeza sobre la idoneidad y homogeneidad de los otros trabajadores de los que se dice que se obtienen los datos de su uso de internet para contrastarlos con los del trabajador despedido, siendo además un elemento que genera incertidumbre y dudas de verosimilitud y buena fe el hecho de que tales datos se tomen desde el día siguiente al del acto de conciliación, 3 de enero de 2017." .

La revisión se desestima al contener valoraciones impropias del relato fáctico.

3.-La revisión del hecho probado undécimo proponiendo la siguiente redacción:

"El 2 de noviembre de 2016 el demandante causó baja médica por contingencias comunes a consecuencia de un trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo a causa de problemática en el entorno laboral requiriendo la ingesta de medicación, recomendando al actor un traslado de puesto de trabajo que evite la cronificación del trastorno, (folios números 13 y 19 de los autos), permaneciendo en esa situación de incapacidad temporal en la actualidad (documentos números 12, 14 y 15 del ramo de prueba del demandante).

El actor fue despedido estando en una situación incapacitante para su salud mental (baja médica indefinida) provocada por el acoso y el hostigamiento laboral sufrido durante su trabajo.

La baja médica inicial de 2 de noviembre de 2016, se produce por motivos de salud mental, y así se constata en su desarrollo cuando, ya con fecha 10 de mayo de 2017, el Departamento de Psiquiatría del SACYL -Salud de Castilla y León- en Palencia, refiere de modo expreso que se trata de un proceso derivado por problemática en el entorno laboral, y que lo conveniente es un cambio de puesto de trabajo para evitar la cronificación del trastorno (documento quince de la demanda, folio 359 de las actuaciones).".

La revisión se desestima porque las adiciones que se pretenden introducir son valoraciones impropias del relato fáctico debiendo estarse al parte médico de baja en cuando al motivo de esta.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS (LA LEY 19110/2011) , alega infracción de los artículos 46.2 y 48.1.b) del Convenio Colectivo de aplicación, artículos 4.2 , 17 , 55.5 y 56 del ET , en relación con el Convenio colectivo y sus artículos 46 y 47 , artículos 14 (LA LEY 2500/1978) , 15 (LA LEY 2500/1978) , 18.1 (LA LEY 2500/1978) y 43.1 de la CE (LA LEY 2500/1978) , artículo 2.2 y concordantes de la Directiva 2000/78/CEE (LA LEY 10544/2000) , artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Artículo 16.1 del Convenio 158 OIT. En síntesis expone que la disminución del rendimiento no ha sido probada y, en su caso, constituiría una falta grave, habiéndose prescindido de las garantías que exige su comunicación, debiendo declararse el despido improcedente porque no ha incurrido en ninguna de las causas de despido disciplinario; que el despido es nulo por discriminación, atentado a la igualdad, a su intimidad, al derecho a la integridad física y moral, al derecho al honor, a la propia imagen y a la protección a la salud.

En el tercer motivo, bajo el mismo amparo procesal, alega infracción de la jurisprudencia que cita.

Los motivos se analizan conjuntamente al estar en conexión.

Del relato fáctico se desprenden los siguientes hechos esenciales:

1.-El demandante ha prestado servicios desde el 1/03/2012 con la categoría de jefe de servicio (hecho probado primero).

2.-Mediante comunicación escrita de 10/06/2014, la empresa le comunicó las funciones que tendría que desarrollar en lo sucesivo que serían:

-Búsqueda de potenciales congresos en la Base de Datos de ICCA.

-Búsqueda de potenciales contactos en sectores objetivo y elaboración de bases de datos.

-Estudio de posicionamiento de nuestros espacios y servicios en el mercado.

-Estudio al cliente y seguimiento de encuestas de calidad.

- Estadística de encuestas.
- Recopilación de datos de eventos y elaboración de estadísticas.
- Solicitud de material fotográfico de los eventos realizados.
- Coordinación y respuesta a las solicitudes de información de organismos e instituciones del sector y
- Cualesquiera otras que le puedan ser encomendadas y se encuentren relacionadas con supuesto de trabajo (hecho probado segundo).

3.-El 19/04/2016, **la empresa hizo llegar a sus trabajadores, incluido el actor, a través de correo electrónico, el documento denominado " Manual de usuario de tecnologías de la información"**, en el que se recogen las pautas de utilización del correo electrónico y del acceso a Internet y uso de la Web y redes sociales por parte de los trabajadores de la empresa señalando que *" No está permitido el uso de Internet para cualquier actividad que sea lucrativa o tenga carácter comercial individual, así como para propósitos fraudulentos, publicitarios o para agraviar o propagar mensajes no relacionados con la actividad laboral "* (hecho probado quinto).

4.-El 29/07/2016, la Directora de Recursos Humanos de la empresa y la Directora del área donde trabaja el actor, encargaron un informe de auditoría sobre el consumo de Internet y contenidos webs consultados por el actor durante su jornada laboral. El motivo de la solicitud fue que la Directora del área donde trabajaba el actor detecto que el actor dedicaba un excesivo tiempo de su jornada a la navegación por Internet, no siendo tal actividad necesaria para la realización de sus funciones, que consistían en la remisión de encuestas de satisfacción a los clientes una vez celebrado el evento y en la realización de todos aquellos actos posteriores al mismo dirigidos a comprobar el grado de satisfacción obtenido, la fidelización del cliente para eventos futuros y las posibilidad de mejora del servicio existentes.

La solicitud de investigación se remitió por correo electrónico al Director de tecnología de la empresa (hecho probado sexto).

En el resultado de la investigación se analiza el consumo de banda ancha y acceso a Internet por parte del demandante dentro de su jornada laboral, en el período comprendido entre el 3 y 26 octubre de 2016, destacando que:

-El consumo total de Internet por parte del trabajador, durante su jornada de trabajo, en el período investigado alcanza los 7,5 G, lo que equivale a un consumo medio diario de aproximadamente 400 MB. La media de consumo diario de banda ancha del resto de los trabajadores de la empresa es de 140 MB.

-Las páginas web visitadas con mayor frecuencia por el demandante son las catalogadas bajo la denominación de *" Art & Entertainment "* (dedicadas al ocio y entretenimiento) y *" News & Media"* (que agrupa páginas de periódicos y medios de comunicación digital; en esta segunda categoría de sitios web el trabajador invirtió 22 horas en el período

investigado. Entre las páginas web más visitas destacan nautaliaviajes.com, Facebook, Twitter, Amazon, vertele.com, bebitus.com, decine21.com o diariomadridista.okdiario.com (hecho probado séptimo).

5.-El 20/09/2016, Roberto, superior del actor, le solicitó a través de correo electrónico la elaboración de un informe " *lo más amplio y detallado posible* " sobre la celebración del festival Mad Cool en Madrid, incluyendo " *la valoración del mismo, sondeo de vecinos, impacto económico, impacto social, barrio, distrito, ciudad, otras comunidades o regiones* " (hecho probado tercero). El actor contesta a la solicitud indicando " *el trabajo solicitado está destinado a un equipo de analistas o a una empresa de consultoría* " y que " *no disponemos del equipo humano necesario ni de los medios e información necesarios para acometer esa tarea* " pero que " *no obstante, y dentro de las posibilidades que me permiten mis conocimientos y medios de los que dispongo, procuraré recopilar la información existente y documentar el informe solicitado* " (hecho probado tercero).

6.-El 28/09/2016, el demandante y otros dos trabajadores solicitaron al Comité de Empresa que se activara el protocolo de actuación frente al acoso laboral, al sentirse víctimas de una situación de hostigamiento, persecución y marginación por parte de su superior jerárquico, Roberto (hecho probado noveno).

El 3/10/2016, el actor remitió una encuesta de satisfacción a la empresa EDT EVENTOS, cliente de la demandada, para que fuera cumplimentada por la misma y comprobar así su grado de satisfacción en relación a la celebración del evento " *Asamblea del Real Madrid* ", inicialmente encomendado a la demandada, que no se pudo cumplimentar porque el evento había sido cancelado tiempo atrás (hecho probado cuarto).

El 2/11/2016, el demandante causó baja médica a consecuencia de un trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo, continuando en esa situación (hecho probado undécimo).

7.-El 28/11/2016, le entrega carta de despido (hecho probado duodécimo)

8.-El Departamento de Recursos Humanos y Prevención de Riesgos Laborales puso en marcha el protocolo y practicó diligencias de investigación. El 21/12/2016, el procedimiento de investigación interna fue suspendido al encontrarse de baja médica o haber causado baja dentro de la empresa la mayor parte de los afectados (hecho probado décimo).

La STC 21/1992, de 14 de febrero (LA LEY 1871-TC/1992) , en su fundamento cuarto, señala que " *hemos dicho reiteradamente el principio de igualdad ante la Ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquél a quien se aplica la Ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido (últimamente, por ejemplo A.T.C. 27/1991 (LA LEY 2316/1991))*". A su vez el A.T.C. 27/1991, de 28 de enero de 1991 , señala que: " *En la relación laboral, como relación entre particulares, no entre los ciudadanos y el poder, la eficacia del principio de igualdad hace ilegítimas las causas de discriminación específicamente prohibidas* (artículo 14 CE (LA LEY 2500/1978)

y artículo 17 ET) pero, en cuanto ha de conjugarse con el principio de libertad no prohíbe, por si mismo, otras diferencias de trato, como ya se ha afirmado, entre otras, en las SSTC 34/1984 (LA LEY 8651-JF/0000) , 177/1988 (LA LEY 1105-TC/1989) y 108/1984 (LA LEY 352-TC/1985))"

En STC nº 3/2006, de 16 de enero (LA LEY 498/2006) , se señala que 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 (artículo 24.1 CE (LA LEY 2500/1978) y artículo 4.2.g) ET).

El trabajador aporta indicios suficiente de la posible vulneración de la garantía de indemnidad al haber sido despedida mediando un breve período de tiempo entre que efectúa, junto con otros dos compañeros, la reclamación por acoso, que tiene lugar el 28/09/2016, y el despido efectuado el 28/11/2016, habiendo causado baja médica por IT en fecha 2/11/2016 por causa de " *trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo* " , asociado, según se refleja en el parte médica, a un problemática en el entorno laboral. Sin embargo, la empresa prueba que la decisión extintiva obedece a motivos razonables, con independencia de su valoración a efectos de la convalidación extintiva o declarar la improcedencia de la misma, y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental, pues el 29/07/2016 había encargado al Director de tecnología un informe sobre consumo de Internet y contenidos webs consultados por el actor durante su jornada laboral, que no se llevó a cabo hasta octubre de 2016, por lo que se desestima la pretensión que el despido se declare nulo.

En la carta de despido se indica que el informe solicitado el 20/09/2016, se considera que no se cumplimentó satisfactoriamente al remitirse " *un informe escaso y altamente impreciso en el que, además, se detectó que un elevado porcentaje del contenido estaba directamente plagado de internet* "; que el 3/10/2016 remitió una encuesta de satisfacción al cliente "EDT EVENTOS" cuyo evento " *Asamblea del Real Madrid* " se había cancelado previamente cancelado; también se le imputa incumplimiento reiterado de la prohibición empresarial de no utilizar los medios informáticos empresariales para su uso privado conectándose por Internet para acceder a servicios y contenidos absolutamente ajenos a la actividad profesional que viene desarrollando para la empresa, accediendo a páginas web de contenido no profesional.

Los dos primeros incumplimientos carecen de trascendencia para convalidar la decisión extintiva ya que la remisión de un informe que no se considera satisfactorio no implica incumplimiento de su obligación laboral, estando ante una valoración subjetiva del trabajo realizado; el envío de la encuesta de satisfacción a un cliente sobre un evento que no se había producido puede tratarse de un simple descuido en un contexto de envío masivo de encuestas, sin que conste reiteración en ese comportamiento.

Se considera que la infracción de mayor relevancia es el consumo excesivo de Internet por parte del trabajador durante su jornada. El informe elaborado por un empleado de la empresa, el Director de tecnología, revela el consumo muy superior a la media diaria del resto de los trabajadores de la demandada pero la comparación debe efectuarse con personas de la misma categoría desarrollando funciones similares, por lo que este hecho carece de trascendencia, al ser Internet una herramienta imprescindible para el desarrollo de su trabajo, salvo que se acredite que el exceso de consumo, respecto de la media, no tiene que ver con la actividad desarrollada; se da por acreditado el acceso a Internet a través de páginas web de contenido ajenos a las funciones propias de un jefe de servicio, en un breve lapso de tiempo, entre el 3 y 26 de octubre de 2016, cuando sus funciones se concentraban en la fase " *post venta* " de los eventos y consistían en verificar el grado de satisfacción del cliente tras la celebración del evento, fundamentalmente remitiendo encuestas de satisfacción, la fidelización del mismo para eventos futuros, la corrección de posibles fallos y la exploración de las posibilidades de mejora del servicio, sin que las páginas web que visitaba con mayor frecuencia guardasen relación con sus funciones de jefe de servicio, al estar relacionadas con el ocio y entretenimiento, viajes (paradores, autaliaviajes), compras (Amazon, bebitus), redes sociales (Face book, Twintter), o prensa deportiva y cine (decine 21.com o diariomadrisdista.okdiario.com), interactuando de forma continua y constante con los principales contenidos web que visitaba. Este comportamiento hay que poner en relación, como señala la juzgadora de instancia, con la entrega por la empresa, en abril de 2016, de un manual de usuario de tecnologías de la información en el que se indicaba que no estaba permitido el uso de Internet para cualquier actividad que sea lucrativa o tenga carácter comercial individual, así como para propósitos fraudulentos, publicitarios o para agraviar o propagar mensajes no relacionados con la actividad laboral, y el incumplimiento producido tiene la trascendencia suficiente para convalidar la decisión extintiva, como ha entendido la juzgadora de instancia, lo que lleva a desestimar los motivos y el recurso.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Iván contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid , en autos nº 82/2017, seguidos a instancia de D. Iván contra MADRID ARTE Y CULTURA SA y MINISTERIO FISCAL, en reclamación por DESPIDO, confirmando la misma.

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

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

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

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al [artículo 229 de la LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0974-17 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo ORDENANTE , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo BENEFICIARIO , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA " , se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000097417) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

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

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.