

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Social, Sentencia 644/2022 de 29 Sep. 2022, Rec. 555/2022

Ponente: Martínez Toral, Carlos José Cosme.

Nº de Sentencia: 644/2022

Nº de Recurso: 555/2022

Jurisdicción: SOCIAL

Diario La Ley, Nº 10204, Sección Jurisprudencia, 10 de Enero de 2023, **LA LEY**

ECLI: *ES:TSJCL:2022:3757*

Despedida por subir a Tik Tok videos bailando mientras estaba de baja por lumbalgia

DESPIDO DISCIPLINARIO. Realización de actividades en situación de incapacidad temporal. La trabajadora compartió videos a través de la plataforma Tik-Tok realizando movimientos incompatibles con sus dolencias de lumbalgia causantes de su baja médica. Prueba informática acompañada de la correspondiente acta notarial que confirma la realidad y fecha de los mismos.

El TSJ Castilla y León desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos, confirmando la procedencia del despido.

TEXTO

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00644/2022

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 555/2022

Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA Nº : 644/2022

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Jesús Carlos Galán Parada

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a veintinueve de Septiembre de dos mil veintidós.

En el recurso de Suplicación número **555/2022** interpuesto por **DOÑA Piedad** , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, en autos número 802/2021 seguidos a instancia de la recurrente, contra **SEMARCK AC GROUP S.A.** y el **FONDO DE GARANTIA SALARIAL**, en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Don **Carlos Martínez Toral** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 14 de Marzo de 2022 cuya parte dispositiva dice: "FALLO.- Desestimo la demanda de despido interpuesta por DOÑA Piedad frente a la empresa **SEMARK AC GROUP S.A.** Declaro la procedencia del despido realizado por la parte demandada en fecha 14 de septiembre de 2021, declarando extinguida la relación laboral a la fecha del despido, con absolución de la empresa."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: **PRIMERO.-** DOÑA Piedad con DNI NUM000 ha venido prestando servicios laborales para la empresa SEMARK AC GROUP SA, en el centro de trabajo de Burgos, Supermercado Lupa , con antigüedad desde el día 13 de noviembre de 2006, con la categoría profesional de Cajera, percibiendo un salario mensual de 1267,50 euros, incluidas las partes

proporcionales de las pagas extraordinarias, en virtud de un contrato de trabajo indefinido a jornada completa. **SEGUNDO.-** La parte demandante no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante legal de los trabajadores. **TERCERO.-** La trabajadora estuvo en situación de IT con el diagnóstico "lumbalgia", desde el 30 de enero de 2021 hasta el 29 de enero de 2022, tras el agotamiento del plazo máximo de duración de 365 días **CUARTO.-** La trabajadora durante el tiempo que estuvo de baja laboral, subió diferentes videos a la red social de Tik Tok, bajo el perfil de libre acceso "Rebecamelcast", realizando movimientos incompatibles con sus dolencias de lumbalgia **QUINTO.-** Mediante carta de fecha y efectos del día 14 de septiembre de 2021 la empresa entregó comunicación escrita a la parte actora de la extinción de su contrato de trabajo, con el siguiente tenor literal: Desde el pasado 30 de enero Ud. se encuentra en situación de incapacidad temporal, (IT) por lumbalgia. La causa de su baja, la conocemos porque Ud. ha venido entregando distintos partes de baja en los que figura el diagnóstico. En el último parte recibido, la fecha de revisión dice que es el 16 de septiembre.- El pasado 30 de agosto, la jefa de zona informó al departamento de Recursos Humanos: de que Ud. estaba subiendo videos a la aplicación TIKTOK.- Como Ud. sabrá la plataforma en las que sube videos musicales, se define en internet como: TikTok, es un servicio de redes sociales para compartir videos propiedad. La plataforma de redes sociales se utiliza para hacer una variedad de videos de formato corto, desde géneros como danza, comedia y educación, que tienen una duración de tres segundos a un minuto (tres minutos para algunos usuarios) - Por esta situación advertida por la jefa de zona, la empresa inició una investigación consistente en acceder a la plataforma TIKTOK, y acceder a su perfil (rebecamelcas"), que está abierto y por tanto, accesible a cualquier persona que lo desee.- En ese sentido, se ha podido constatar que, desde la fecha de baja, y hasta el 10 de septiembre, Ud. ha realizado multitud de publicaciones a modo de videos con el citado perfil y en las que se le ve en ocasiones acompañada de una menor y de otras personas. En las mismos, baila, se mueve y actúa de un modo, que es incompatible con la lesión diagnosticada en enero de 2021. Lo que estaba diagnosticado como un proceso corto en cuanto a su curación, se ha convertido en una exposición viral de videos, que demuestran el fraude al sistema de prestaciones, y una falta de respeto a la empresa y a sus compañeros.- La relación de videos que se mencionan en esta carta, son una muestra entre todos los que Ud. ha venido publicando y acreditan que su estado de salud es compatible con su puesto de cajera, a pesar de estar de baja por una lumbalgia, - Los videos son los que se publican en las siguientes tablas, contiene una descripción de los hechos y en el primero, se identifica la fecha de los mismos para una correcta lectura En la carta

de despido se adjuntan las direcciones de enlace para acceder a los videos de tik tok. La carta de despido imputa al demandante incumplimientos contractuales del [artículo 54.c del ET \(LA LEY 16117/2015\)](#) en los artículos 37.2 y 37.3 del VIII Convenio Colectivo de Medianas Superficies de Distribución de Alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León **SEXTO.-** La liquidación por todos los conceptos, ascendió a la cantidad de 2155,33 Euros, que se abonó a la actora en su cuenta el 25 de septiembre. **SEPTIMO.-** Celebrado el acto de conciliación el resultado fue, de "sin avenencia".

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación D^a Piedad siendo impugnado por Semark AC Group S.A.. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia, que ha declarado procedente el despido efectuado, se recurre en Suplicación por la representación de la actora, con tres primeros motivos de recurso, con amparo en el [Art. 193 b\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), pretendiendo varias revisiones de hechos. Al respecto y con carácter previo, debemos señalar que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores

Sentado lo anterior, se solicita, con el motivo primero, la adición de un nuevo hecho primero bis que recoja las funciones de la actora. Dicha revisión se da por reproducida y se acepta en sus términos.

Con el motivo segundo, se pretende otra revisión del ordinal tercero, sobre la baja que recoge. Dicha revisión no se acepta por intrascendente.

Finalmente, con el motivo tercero, se pretende otra revisión del ordinal cuarto, en sus términos, la cual no se acepta al implicar valoraciones y conclusiones improcedentes

SEGUNDO: Como los siguientes dos motivos de derecho, con amparo en el [Art. 193 c\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), se denuncia infracción del [Art. 54 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#), entendiéndose no se ha acreditado la realidad de los hechos imputados, ni tampoco su repercusión sobre el estado de la actora, en relación con la teoría gradualista en supuestos de despido como el presente.

En cuanto a ello, la sentencia de instancia da como acreditada la realidad de los hechos imputados, es decir, realizar movimientos incompatibles con la situación de baja por IT de la actora, con lumbalgia, a través de la plataforma Tik-Tok y durante dicha baja, al estar la prueba informática acompañada de la correspondiente acta notarial que confirma la realidad y fecha de los mismos. Sin que, por otra parte, la actora haya desvirtuado, en forma alguna, dichas conclusiones.

Dicha situación, por sí misma y sin otras connotaciones, supone una transgresión cierta de la necesaria buena fe contractual, que recoge el [Art. 54.2.d\) ET \(LA LEY 16117/2015\)](#), pues la misma implica el no perjudicar la trabajadora su estado de salud alargando de forma innecesaria

su situación de baja, con los perjuicios que ello puede ocasionar a la empleadora, al no poder contar con sus servicios.

En su consecuencia, conforme a lo expuesto, en relación con el [Art. 97.2 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), procede, desestimando el recurso interpuesto, la confirmación de la sentencia recurrida. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por **DOÑA Piedad**, frente a la sentencia de que dimana el presente rollo, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos de fecha 14 de Marzo de 2022, en autos número 802/2021, seguidos a instancia de la recurrente, contra **SEMARCK AC GROUP S.A.** y el **FONDO DE GARANTIA SALARIAL**, en reclamación sobre Despido, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el [artículo 97 de la L.R.J.S. \(LA LEY 19110/2011\)](#) y [248.4 de la L.O.P.J. \(LA LEY 1694/1985\)](#) y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los [artículos 220 \(LA LEY 19110/2011\)](#) y [221 de la L.R.J.S. \(LA LEY 19110/2011\)](#), con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el [artículo 229.1.b de la L.R.J.S. \(LA LEY 19110/2011\)](#), asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Entidad Bancaria Santander, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en cualquiera de sus sucursales, incluyendo en el concepto los dígitos 1062.0000.65.0555.22

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del [artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#).

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