



Roj: **STSJ CLM 2304/2023 - ECLI:ES:TSJCLM:2023:2304**

Id Cendoj: **02003340022023100704**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **17/10/2023**

Nº de Recurso: **585/2023**

Nº de Resolución: **1418/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

ALBACETE

SENTENCIA: 01418/2023

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

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

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

NIG: 19130 44 4 2022 0000284

Equipo/usuario: 6

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000585 /2023

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000132 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Germán

ABOGADO/A: OLGA JIMENEZ GARCIA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, FOGASA FOGASA , RETROTRANS SL

ABOGADO/A: , LETRADO DE FOGASA , LORENA MARIA JIMÉNEZ MONTES

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

Magistrado/a Ponente: D./D^a. **RAMON GALLO LLANOS**

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JOSE MONTIEL GONZALEZ

D. RAMON GALLO LLANOS

D^a. MARIA ISABEL SERRANO NIETO

D^a. ETHEL HONRUBIA GOMEZ



En Albacete, a diecisiete de Octubre de dos mil veintitrés.

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

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

- SENTENCIA Nº 1418/23 -

En el **RECURSO DE SUPLICACION número 585/23**, sobre DESPIDO , formalizado por la representación de Germán , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Guadalajara, en los autos número 132/22, siendo recurrido/s RETROTRANS; y en el que ha actuado como Magistrado/a-Ponente D./Dª. Ramón Gallo Llanos, deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 7/2/23 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número 2 de Guadalajara, en los autos número 132/22, cuya parte dispositiva establece:

«Desestimo íntegramente la demanda origen de las presentes actuaciones judiciales.

En su virtud:

*Declaro que, en fecha, 12.I.2022, D. Germán fue despedido procedentemente por la mercantil **Retrotrans S.L.**; empresa a la que absuelvo de todas las pretensiones instadas en su contra y en el actual proceso por el trabajador.»*

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

« PRIMERO. 1. El actor ha prestado efectivos servicios laborales para la mercantil demandada del 4.III.2019 al 12.I.2022, en virtud de una relación jurídica indefinida, suscrita a jornada completa, y desarrollado las funciones propias de su categoría profesional de conductor mecánico.

2. Resulta de aplicación a las partes, desde el punto de vista convencional, el Convenio colectivo de transportes de mercancías por carretera para Guadalajara y su provincia, y el II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera, ambos en sus versiones vigentes.

SEGUNDO. 1. *El 5.I.2022, la demandada notificó al actor la apertura de un Expediente contradictorio y previo a su posible despido disciplinario; y en el que el trabajador hizo sus propias alegaciones el 1 2.I.2022.*

2. El mismo 12.I.2022, en virtud de carta, la demandada despidió al actor disciplinariamente y con efectos del mismo día.

3. *Los hechos que al actor se le imputaron en la mentada carta son los mismos que le fueron informados en el Escrito de apertura del previo expediente contradictorio.*

Dado que el Expediente consta anexado a la demanda y la carta de despido fue aportada a estos autos posteriormente por el actor, sus contenidos los doy aquí por íntegramente reproducidos.

4. *En esta última fecha, y de acuerdo con el certificado de empresa y sus nóminas correspondientes al año 2021 (documentos por el mismo aportados a estas actuaciones después de presentada la demanda rectora), el salario que el actor venía percibiendo anualmente de manos de la demandada ascendía, por todos los conceptos computables al efecto, a la suma bruta anual de 16.910,52 euros (equivalentes a 46,33 euros/día).*

Con todo, doy por íntegramente reproducidos aquí:

-Los cuadrantes horarios del actor correspondientes al año 2021, documentos por el mismo aportados a estas actuaciones después de presentada su demanda rectora.

-El manual del transportista de los servicios de transporte de Amazon, documento aportado por la demandada a estas actuaciones con anterioridad al juicio.

-Las descargas de la tarjeta de conductor del actor y el tacógrafo del vehículo por el mismo conducido y correspondientes al año 2021, documento que integra el Anexo I del Informe pericial aportado por la demandada a estas actuaciones con anterioridad al juicio.



-Y en particular, las descargas de la tarjeta de conductor del actor y el tacógrafo del vehículo por el mismo conducido y correspondientes a los días 30.I, 2 y 3.XII.2021, documento aportado por la demandada a estas actuaciones con anterioridad al juicio.

TERCERO. 1. El 3.II.2022, el actor interpuso papeleta de conciliación por despido ante el SMAC y con la que había sido su empleadora.

2. Y el 21.II.2022, aunque sin resultado útil (sin avenencia), tuvo lugar el oportuno intento conciliatorio entre las partes.

CUARTO. Resta indicar lo siguiente:

1. El 21.XII.2021, el actor remitió a D. Octavio, responsable empresarial, un mensaje de wuasap del siguiente tenor literal:

Parte de alta de Fremap, me incorporaría mañana, según Fremap, como me queda el período de vacaciones del 22/12/2021 al 5/1/2022 ambos inclusive, me incorporaré el día 7/1/2022 porque el 6 de enero es festivo, informo a la empresa que una vez vuelva de dichas vacaciones, prestaré mis servicios de 8 horas días, 40 semanales, tal y como pone en el contrato que la empresa se leyó al dedillo. Un saludo.

2. El 24.IX.2021, el actor publicó 2 vídeos en **TikTok** (cuyo perfil en dicha red social es público y de acceso libre por cualquier usuario de la misma) tomados en el exterior (vídeo 1) y en el interior (vídeo 2) de las instalaciones de la mercantil Amazon en Illescas. La 1ª grabación fue realizada junto al camión que, propiedad de su empleadora, manejaba el actor, pero que, en ese momento, estaba estacionado; la 2ª, desde el interior de la cabina de dicho camión, parado en ese momento.

El 29.IX.2021, el actor publicó 1 vídeo en **TikTok** tomado en el interior de las instalaciones de la mercantil Amazon en Illescas. La grabación fue realizada desde el interior de la cabina del camión que, propiedad de su empleadora, manejaba el actor, pero que, en ese momento, estaba parado.

No consta que, por tales grabaciones, Amazon haya trasladado ninguna queja a la demandada.

3. Los días 2, 13 y 30.IX, 13,14, 22 y 30.X, 3, 5, 17, 19 y 26.y 9.XII.2021, el actor publicó vídeos en **TikTok** tomados desde el interior del camión que, propiedad de su empleadora, manejaba el actor, y con el que, en esos momentos, circulaba.

El 5.X.2021, el actor publicó 1 vídeo en **TikTok** donde se muestra la carga (frigoríficos) del camión que, propiedad de su empleadora, manejaba el actor, y que, en esos momentos, estaba estacionado.

4. El 30.2021, el actor realizó diversos viajes a las instalaciones de Amazon en Illescas; los tiempos de espera para la carga o descarga de su camión por parte de personal de Amazon, el actor los marcó manualmente en el tacógrafo donde tenía inserta su tarjeta como otros trabajos: un total de 3 horas.

Lo mismo hizo el 2.XII.2021: un total de 1,50 horas.

Y lo mismo hizo el 3.XII.2021: un total de 6,50 horas.»

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -1.- Se recurre por Germán la sentencia que dictó el día 7 de febrero de 2023 el Juzgado de lo Social número 2 de los de GUADALAJARA en sus autos 132/2022 en la que se desestimó la demanda de impugnación de despido disciplinario con vulneración de los derechos fundamentales por él deducida frente a la empresa RETROTRANS SL calificando el cese impugnado como procedente. La empresa demandada ha impugnado el recurso, y el Fiscal considera que no se ha producido vulneración alguna de derechos fundamentales.

2.-. El recurso se estructura formalmente en dos motivos, de los que el primero con cita del apartado b) del art. 193 de la LRJS se dedica a la revisión fáctica, y el segundo, en el que la cita se refiere al apartado c) del mismo artículo tiene por objeto el examen del derecho aplicado.

SEGUNDO.- 1.- En el motivo destinado a la revisión fáctica se pretende:



a.- que, con sustento en la documental obrante al acontecimiento 113 del expediente electrónico, el cuarto de los apartados del segundo de los HHPP quede redactado con arreglo al siguiente tenor:

"En esta última fecha, y de acuerdo con los cuadrantes horarios aportados y dados por reproducidos el salario que el actor venía percibiendo anualmente de manos de la demandada ascendía, por todos los conceptos computables al efecto, a la suma bruta anual de 26.515,80 euros (equivalentes a 72,65 euros/día) consistente en:

- Salario según nóminas: 16.825,20 €
- Plus nocturnidad: 264,96 €
- Horas extraordinarias: 9.425,64 €

Según dichos cuadrantes, las horas ejecutadas por el trabajador, incluyendo el tiempo efectivo de trabajo, tiempo de disponibilidad y tiempo de espera, son las siguientes:

- Enero/21 (Documento nº 31): 170 horas (Vacaciones del 1 al 4)
- Febrero/21 (Documento nº 32): 238 horas
- Marzo/21 (Documento nº 33): 278 horas
- Abril/21 (Documento nº 34): 245 horas
- Mayo/21 (Documento nº 35): 212 horas
- Junio/21 (Documento nº 36): 246 horas
- Julio/21 (Documento nº 37): 195 horas
- Agosto/21 (Documento nº 38): 213 horas (Vacaciones del 1 al 8)
- Septiembre/21 (Documento nº 41): 256 horas
- Octubre/21 (Documento nº 42): 210 horas
- Noviembre/21 (Documento nº 43): 254 horas
- Diciembre/21 (Documento nº 44): 70 horas (Baja por Incapacidad Temporal del 14 al 21 - Vacaciones del 15 al 31)".

El trabajador ejecutaba sus tareas, de forma habitual dentro de la franja horaria afectada por el plus de nocturnidad: de 22.00 horas a 6.00 horas del día inmediatamente siguiente".

b.- que con el mismo sustento sea adicionado al referido apartado lo siguiente:

" Conclusiones del Dictamen Pericial de la parte demandante: Según los registros del tacógrafo y de las tarjetas del conductor desde Ene-21 hasta Dic-21 de los días trabajados, teniendo en cuenta las horas de trabajo efectivo (Conducción, Trabajo y Disponibilidad) se han contabilizado 466 h adicionales frente a una jornada laboral de 8h diarias. Las horas de disponibilidad se consideran como tiempo de presencia según el Reglamento (CE) 561/2006 , manual básico de tiempos de conducción y descanso, así como en el Real Decreto 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo. No hay registro de horas de disponibilidad desde Ene-21 hasta Jun-21 en los datos almacenados en el tacógrafo, lo que indica, que el cómputo de horas global entre estas fechas no es representativo.";

c.- que con fundamento en el dictamen pericial aportado por la parte se añade al final del párrafo primero del hecho cuarto el siguiente tenor:

" El actor remitió a D. Octavio , responsable empresarial, los siguientes mensajes de whatsapp:

*- pág. 65 Docum. 113 (fecha: 23/8/21 hora: 22:17) - Germán : **Organización por favor si hace falta más gente que entre y si sobran o sobro pues a la calle , he llegado a tiempo por ir corriendo , las 10 de la noche y goteando de sudor y me quedan aún 14h de trabajo por delante , hace 3 meses dije de tener una reunión por varios motivos no se ha echo , está volviendo la empresa en lo que ha organización se refiere a las andadas , cuando yo entre un lunes entraba un chofer y el miércoles salía , ahora tenemos un grupo de choferes bastante aceptable yo seré el peor seguramente por quejarme más que los demás pero los demás están muy quemados lo garantizo YO, y hasta el mejor sale por la puerta de delante o de atrás , **si hace falta más gente que entre y si hay que perder viajes se pierden pero no podemos sacar las cuentas de 6 camiones currando 4 y dos vehículos parados de lunes a viernes y los que estamos a 14h sacando la facturación de esos camiones parados estamos 4 gatos y la mitad de días vamos como pollos sin cabeza pudiendo ir bien y eso es por la mala organización , creo que no somos malos y al menos yo cuido el camión como mi coche pero al final hasta el más limpio lo hacen ser guarro y dejar de mirar porque uno se cansa.*****



- pág.78 Docum.113 (fecha: 23/9/21 hora: 19:08) - **Germán : Oye Octavio , este horario a poder ser no me lo metas más a mí porque no tengo vida personal ninguna y la novia está cabreada solo voy a la casa a dormir, y me levanto dos horas antes para hacerme comida y cena aparte de sacar 4 viajes diarios que está muy bien.**

- pág.94 Docum.113 (fecha: 10/11/21 hora:17:56) - Octavio : Perico no me mal interpretes pero llevas varios días con tus 0 prisas porque eso se nota y varios días escribiendo de manera cortante al igual que los días de asuntos propios que tienes derecho y lo se pero las formas que tienes ultimamente no son las coreectas y estoy callao y aguantando varias tonterias de esas por no abrir una gerra que no me apetece pero si te digo que **si no estas agusto y debes dinde esta la puerta Perico yo no obligo a nadie a nada soy total mente libres pero medir las fotmas q la empresa no es tonta y tambien se sabe las leyes y me o tomado mi tiempo para leerme tu contrato al dedillo siesq por favor tengamos la fiesta en paz por el bien .** De todos

- pág.103 y 104 Docum.113 (Se pide previsión al trabajador para ir al médico, por el cambio de horario el trabajador llevaba toda la semana entrando a las 10.00, con lo que, en principio, puede atender la cita médica de las 9.00, la Empresa, a las 21.00 horas del día anterior, le avisa de que le vuelven a cambiar el horario para el día siguiente (día de la cita del médico):

2/12/21 20:39 - Octavio : Perico mañana a ls 09:30 en la nave ok

2/12/21 20:44 - Octavio : Perdon a las 09

2/12/21 20:44 - Octavio : Cargas en villacañas para first cargo y luego amazon madb ok???

2/12/21 20:44 - Octavio : Ok??

2/12/21 20:44 - Octavio : Confirmame cuando puedas

2/12/21 20:47 - **Germán : No puedo de las 10:00 en adelante tengo que ir al hospital a las 9:00h**

2/12/21 20:48 - Octavio : Perico no me has avisado de esto

2/12/21 20:48 - Octavio : Para organizarme

2/12/21 20:54 - **Germán : Yo con estos horarios tengo de organización en mi casa 0 , llevo toda la mitad de semana empezando de 10 en adelante porque hora de salida de mad8 es a las 20:00h más llegar a la nave, se da bien el viaje y yo acompaño , no tengo tiempo para hacer las cosas si no son antes de arrancar el camión**

2/12/21 20:56 - Octavio : **Me refiero que si tu me lo dices puedo organizar las cosas para que tu puedas ir al medico** o lo que tu necesitaras Perico no me estoy metiendo en eso. Solo pido comunicacion contigo pero bueno ya me apaño

2/12/21 20:56 - Octavio : **Cuando acabes me llamas y listo**

2/12/21 20:57 - Octavio : **No me keda otra**

3/12/21 9:45 - **Germán : Disponible, que hago Octavio ? "**

d.- con el mismo sustento que se adicionado en el párrafo cuarto del mismo hecho cuarto el siguiente tenor:

" La empresa tenía el control del tacógrafo y de la tarjeta del conductor durante toda la relación laboral, según se acredita a través de los siguientes mensajes de whatsapp:

- Página 8: 22/2/21 10:40 - **Germán : A las 11:15 me quedo sin disco y hay aquí 3 camiones para entrar y tengo que dar la vuelta**

- Página 22: 22/4/21 20:38 - Octavio : **Hola sergio final mente arrancamos a ls 05 de la mañana no metais la targeta ni un solo minuto antes ok?? Teneis vuelta e ireis muy justos ok??**

- Página 26: 3/5/21 17:25 - **Germán : Oye Octavio para antes del 16 de mayo tiene que pasar mi camión la revisión del Tacógrafo**

- Página 35: 24/5/21 16:04 - **Efrain : Perico te dejo la inspeccion del tacografo en tu casillero para que lo metas con los papeles del camión**

- Página 60: 10/8/21 2:41 - **Germán : Me ha parado Tráfico en el 117 viniendo para Zaragoza. Me ha pinchado el Tacógrafo y pedido el certificado de actividades, todo correcto.**

- Página 72: 09/09/21 20:12 - **Germán : Hasta las 00:00 no me dejan entrar a descargar, luego te llamo si me quedo sin disco Octavio**

- Página 91: 4/11/21 11:01 - **Efrain : Buenos dias Perico , cuando llegues acuerdate de dejarme tu tarjeta del tacografo para descargarla en mi ordenador";**



e.- por último, y que con fundamento en el mismo dictamen pericial sea añadido un nuevo hecho que bajo el ordinal quinto obedezca a la redacción siguiente:

" *El representante de la Empresa, D. Octavio , hacía uso de la red social Tik tok desde, al menos, el 11 de abril de 2.021, siendo conocedor de los videos subidos por el demandante durante toda la relación laboral y no únicamente desde las fechas indicadas en la carta de despido:*

- Página 18: 11/4/21 22:25 - Octavio : DIRECCION000 /

- Página 25: 29/4/21 7:19 - Octavio : DIRECCION001 /

- Página 81: 5/10/21 0:59 - Octavio : DIRECCION002 /".

2.- Para resolver este motivo hemos de comenzar por recordar que el art. 193 de la LRJS establece que el recurso de suplicación tendrá por objeto: "b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas", disponiéndose en el art. 196.3 del mismo que en el escrito de interposición del recurso "habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca e indicando la formulación alternativa que se pretende." Por otro lado, es doctrina del TS, a la hora de analizar el motivo del recurso de casación previsto en el apartado d) del art. 207 de la LRJS , extrapolable al recurso de suplicación, dado que ambos recursos participan de la misma naturaleza extraordinaria,- si bien las menciones a la documental en el recurso de suplicación han de extenderse a la pericial no contradicha- la que expone la STS de 6-2-2019 en la que se señala:

"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) 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 inmediación 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".

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. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. *Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).*

2. *Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.*

3. *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 discrepa.*

4. *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].*

5. *Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte" encuentra fundamento para las modificaciones propuestas*



6. 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.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. 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.

9. 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."

3.- Expuesto lo anterior, hemos de señalar respecto de las dos primeras revisiones que se proponen y que se fundan en el informe pericial aportado por el actor respecto de las lecturas del tacógrafo que las mismas que desde el momento en que el Juzgador de instancia ha contrastado las conclusiones de dicho dictamen en relación con las que obran en la pericial con idéntico objeto practicada a instancias de la empresa, dando mayor crédito a estas, que las mismas se encuentran abocadas al fracaso, pues lo que se pretende lejos de corregir un patente error judicial en la apreciación de la prueba es suplantar la convicción judicial por la parcial interpretación que de la misma efectúa el recurrente.

4.- Con relación a las que se fundan en los mensajes de Whats App debemos recordar que en relación a tales mensajes, el Tribunal Supremo ya ha considerado (por ejemplo, en auto de 20 de octubre de 2016, rec. 674/2016) que " una cosa es que los mensajes de WhatsApp puedan analizarse y valorarse en instancia ante el Magistrado que practica la prueba con todas las garantías, y otra es que ello sirva para modificar los hechos probados, lo que no sirve, ya que dichos medios de comunicación no hacen más que reflejar las comunicaciones que la partes intercambian entre sí, que pueden valorarse en instancia, pero no es documental fehaciente", y ello aun cuando estén respaldados por una pericial como es el caso, lo que aboca al fracaso de dichas revisiones, y, al respecto hemos de añadir, que los mismos han sido objeto de valoración expresa en la fundamentación jurídica de la sentencia.

5.- Finalmente, rechazaremos la última de las revisiones propuestas, por cuanto que no se expresa el contenido de los vídeos que el actor reprodujo en la APP tik tok en los anteriores accesos del responsable de la empresa.

TERCERO.- 1.- De cara a abordar los motivos que se dedican a la censura jurídica hemos de exponer los hechos objeto de enjuiciamiento y la solución que se propició en la instancia:

-El actor ha prestado efectivos servicios laborales para la mercantil demandada del 4.III.2019 al 12.I.2022, en virtud de contrato de trabajo indefinida, suscrita a jornada completa, y desarrollado las funciones propias de su categoría profesional de conductor mecánico, rigiéndose la relación por el Convenio colectivo de transportes de mercancías por carretera para Guadalajara y su provincia, y el II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera;

- El 21.XII.2021, el actor remitió a D. Octavio , responsable empresarial, un mensaje de whats app del siguiente tenor literal:

"Parte de alta de Fremap, me incorporaría mañana, según Fremap, como me queda el período de vacaciones del 22/12/2021 al 5/1/2022 ambos inclusive, me incorporaré el día 7/1/2022 porque el 6 de enero es festivo, informo a la empresa que una vez vuelva de dichas vacaciones, prestaré mis servicios de 8 horas días, 40 semanales, tal y como pone en el contrato que la empresa se leyó al dedillo. Un saludo."

-. El 5.I.2022, la demandada notificó al actor la apertura de un Expediente contradictorio y previo a su posible despido disciplinario; y en el que el trabajador hizo sus propias alegaciones el 12.I.2022, ese mismo día, en virtud de carta, la demandada despidió al actor disciplinariamente y con efectos del mismo día, endicha carta se imputaban hechos al actor que se consideraban como transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2 d) E.T y 48 del Acuerdo general del transporte de mercancías) consistentes en subir a la red social tik tok videos tomados por el mismo mientras estaba conduciendo el vehículo de la empresa.

- de acuerdo con el certificado de empresa y sus nóminas correspondientes al año 2021 el salario que el actor venía percibiendo anualmente de manos de la demandada ascendía, por todos los conceptos computables al efecto, a la suma bruta anual de 16.910,52 euros (equivalentes a 46,33 euros/día).

–Los días 2, 13 y 30.IX, 13,14, 22 y 30.X, 3, 5, 17, 19 y 26.y 9.XII.2021, e actor publicó vídeos en **TikTok** tomados desde el interior del camión que, propiedad de su empleadora, manejaba el actor, y con el que, en esos momentos, circulaba, el 5.X.2021, el actor publicó 1 vídeo en **TikTok** donde se muestra la carga (frigoríficos) del camión que, propiedad de su empleadora, manejaba el actor, y que, en esos momentos, estaba estacionado.

- El 30.2021, el actor realizó diversos viajes a las instalaciones de Amazon en Illescas; los tiempos de espera para la carga o descarga de su camión por parte de personal de Amazon, el actor los marcó manualmente en el tacógrafo donde tenía inserta su tarjeta como otros trabajos: un total de 3 horas,lo mismo hizo el 2.XII.2021: un total de 1,50 horas, así como el 3.XII.2021: un total de 6,50 horas.,

2.- En la demanda rectora de la presente litis el actor considera que el despido es reactivo al mensaje de Whats app de 21-12-2.021 y que el mismo vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, tratándose los hechos imputados de hechos tolerados por el empresario toda vez que el actor había subido vídeos similares a tik tok, aplicación esta abierta al público en general, también postula un salario superior, en virtud de las lecturas del tacógrafo según pericial y cuadrantes que aporta, lo que no se considera probado por el Juzgador de instancia, que aún considera acreditados indicios de vulneración de la garantía de indemnidad, considera que el despido debe ser calificado como procedente al ser los hechos imputados al actor perpetrados en los sesenta días previos al cese y acreditados por la empresa constitutivos de la causa de despido prevista en el apartado d) del art. 54.2 del E.T.

3.- Disconforme con dicha argumentación en el primero de los motivos que se dedican a la censura jurídica se denuncian las siguientes infracciones para justificar que el despido debió calificarse como nulo:

1º.- de los artículo 17.2 párrafo 2 y artículo 55.5 y 6 RDL 2/2015, artículo 108.2 y 3 LRJS, artículo 24.1 CE y, por último, Artículo 5.c Convenio nº 158 OIT en la consideración de que el despido es reactivo al mensaje de fecha 22-12-2.021;

2º.- de los artículos 8 y 10 RD 1561/1995, sobre Jornadas especiales de trabajo y Reglamento CE 561/2006, con referencia a la Directiva CE 2002/15 en la consideración de que el salario a efectos de despido ha sido calculado de forma errónea por el Juzgador de instancia;

3º.- Infracción del artículo 60.2 RDL 2/2015 y artículo 48 Acuerdo General para las Empresas de Transporte por Carretera en la consideración de que deben entenderse prescritas aquellas infracciones perpetradas por el actor antes de 5-11-2.021;

4º.- Infracción del art. 54.2 E.T en la consideración de que los hechos que se imputan al actor en la carta de despido se han venido desempeñando por éste durante toda la relación laboral siendo tolerados por la empresa;

5º.- Infracción de la jurisprudencia sobre la garantía de indemnidad citando al efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de Noviembre de 2.022 (Resolución nº 917/2022), así como diversas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia;

6º.- Infracción de la Jurisprudencia por cuanto entiende que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la calificación y valoración económica y retributiva de los tiempos de espera, carga y descarga y en general, de disponibilidad, además de la doctrina de la habitualidad en la ejecución de las horas extraordinarias citando al efecto la STJUE TJUE de 21 de Febrero de 2.018 y las Ss del Tribunal Supremo de 10-12-2.019 y 17-2.022.

4.- Razones de método nos han de llevar analizar en primer lugar aquellas infracciones dedicadas a atacar la calificación del cese, para seguidamente analizar las destinadas a efectos de determinar el salario regulador.

5.- Sobre la garantía de indemnidad y las reclamaciones internas en el seno de la empresa se pronuncia la STS de 15-11-2.022- rcud 2645/2021- en los siguientes términos:

"- El art. 24.1 de la Constitución establece:

"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

2.- Los arts. 5.c) y 12.1.a) del Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo disponen:

"Art. 5. Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

(c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes



Art. 12.1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho:

(a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o

(b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o

(c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones."

3.- La Recomendación 130 de la OIT sobre el examen de reclamaciones estatuye:

"2. Todo trabajador que juzgue tener motivos para presentar una reclamación, y que actúe individualmente o junto con otros trabajadores, debería tener derecho:

(a) a presentar dicha reclamación sin que pueda resultar para el interesado o los interesados ningún perjuicio por el hecho de haberla presentado;

(b) a que se examine su reclamación de conformidad con un procedimiento adecuado."

4.- El art. 17.2, párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores acuerda:

"Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación."

Esta norma solo se aplica a las reclamaciones relativas al derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación. No es aplicable a esta litis.

5.- Reiterada doctrina constitucional sostiene que "la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que, asimismo, tal derecho puede verse también lesionado cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. En suma, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva (STC 16/2006, de 19 de enero - o de los actos preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004, de 19 de abril)- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza" (por todas, sentencias del TC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2 ; 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3 ; 6/2011, de 14 de febrero, FJ 2 y 183/2015, de 10 septiembre, FJ 3).

En el ámbito laboral, la garantía de indemnidad consiste "en la imposibilidad de adoptar medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos [...] de suerte que una actuación empresarial que cause un perjuicio y esté motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido (en el sentido amplio anteriormente indicado) debe ser calificada como radicalmente nula, por contraria a ese derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar las acciones derivadas de su contrato de trabajo" (sentencia del TC 183/2015, de 10 septiembre, FJ 3).

6.- La sentencia del TC 55/2004, de 19 abril, FJ 2, explica que "el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial."

Esa sentencia examinó un supuesto en el que el trabajador había solicitado asesoramiento de un Abogado, quien dirigió una carta a la empresa en la que reclamaba un derecho, manifestaba su intención de llegar a una solución negociada del conflicto e indicaba que, en caso contrario, se plantearía judicialmente. La empresa despidió al empleado.



El TC argumenta que no se trata de actos preparatorios o previos "necesarios" para el acceso a la jurisdicción. Sin embargo, el Alto Tribunal sostiene que los beneficios que se derivan de la evitación de los procesos permiten "extender la garantía de la indemnidad a esa actividad previa no imperativa, pero conveniente y aconsejable, cuando del contexto, que se integra por los actos anteriores, coetáneos y posteriores, se deduzca sin dificultad que aquélla está directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [...] y consta [...] que se ejercitó posteriormente la correspondiente acción judicial para reclamar en la jurisdicción competente los derechos sobre la patente".

7.- La sentencia del TC 326/2005, de 12 diciembre, FJ 3, que declaró la vulneración del derecho de libertad sindical, sostuvo que "la remisión de escritos al empresario en solicitud de mayores medios materiales no puede considerarse el ejercicio de una acción judicial o una reclamación administrativa o un acto preparatorio de una acción judicial, que son los supuestos a los que nuestra doctrina ha extendido la garantía de indemnidad derivada del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, SSTC 5/2003, de 20 de enero, F. 7; 55/2004, de 19 de abril, F. 2; y 171/2005, de 20 de junio, F. 3)."

8.- La sentencia del TS de 19 de abril de 2013, recurso 2255/2012, aunque apreció la falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, argumentó que "una actuación de reivindicación interna en la empresa puede ser objeto de la protección de la garantía de indemnidad del derecho a la tutela judicial efectiva cuando resulta ser preparatoria o previa a la reclamación jurisdiccional pero no, como ocurre en la sentencia recurrida, cuando no consta este elemento del propósito o proyecto del trabajador de hacer valer en la jurisdicción derechos concretos supuesta o realmente lesionados...."

... las reclamaciones internas en el seno de la empresa no activan la garantía de indemnidad. Pero si un trabajador efectúa una reclamación interna e inmediatamente después es despedido, sin que la empresa acredite la existencia de incumplimientos que justifiquen la extinción contractual, debemos concluir que la imposibilidad de formular la reclamación judicial con anterioridad al despido es imputable únicamente al empresario, por lo que, en ese concreto contexto temporal, opera como un indicio de la vulneración de la garantía de indemnidad que obliga al empleador a acreditar que el despido ha sido ajeno a la violación del derecho fundamental recogido en el art. 24 de la Constitución. Al no haberlo hecho, debemos concluir que el despido enjuiciado vulneró la garantía de indemnidad del demandante, por lo que debe declararse nulo."

6.- En el caso que nos ocupa, efectivamente, tal y como por otro lado reconoce el Juzgador de instancia el actor ha acreditado que el despido se produce en momento prácticamente inmediato a la reclamación que efectúa en fecha 21-12-2022, por lo tanto, debemos examinar si aquellos hechos objeto de sanción por la empresa, acaecidos dentro del plazo de prescripción corta del art. 60 E.T son constitutivos o no de despido disciplinario.

7.- Respecto de la causa de despido prevista en el apartado d) del art. 54.2 E:T- así como infracción muy grave susceptible de ser sancionada con despido disciplinario en el art. 44. 5) del II Acuerdo General del Transporte de Mercancías por Carretera- conviene traer a colación la doctrina que con claridad expone la STS de 19-7-2010 (rcud. 2643/2009), al señalar:

"A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual;

B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe;

C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda



tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados;

D) Igualmente carece de trascendencia y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo.

E) Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas;

F) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la "gravedad" con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado".

8.- Expuesto lo anterior, y circunscribiéndonos a los sesenta días previos al cese ha quedado acreditado que el actor subió a la red social tik tok, tomados desde el interior del camión que, propiedad de su empleadora, manejaba el actor, y con el que, en esos momentos circulaba, lo cual sin duda amen de suponer una conducta negligente, es susceptible de causar un perjuicio a la empresa, y debemos coincidir al efecto con el Juzgador de instancia a la hora de señalar que se trata de grabaciones carentes de sentido y utilidad, sin una finalidad, por tanto, digna de protección judicial, y cuya realización, necesariamente, le obligaba, siquiera por unos instantes, que pueden ser preciosos para la seguridad vial, los objetos y la vida de los demás usuarios de la carretera, además de la suya propia, a desviar su inexcusable atención circulatoria, lo que hace que el cese deba ser calificado como procedente.

9.- A ello hemos de añadir que no ha resultado acreditado que el actor viniese subiendo contenidos similares a la aplicación "Tik tok" como se sostiene en el recurso, lo que hace que no estemos ante actos tolerados por el empresario.

10.- Respecto a las infracciones que se dicen cometidas en orden a la fijación del salario regulador por el Juzgador de instancia a efectos despido, hemos de señalar que las mismas carecen de sustento fáctico toda vez que la pericial y los cuadrantes en los que se fundan han sido objeto de valoración por el Juzgador de instancia, que ha dado total crédito a la pericial que del tacógrafo ha efectuado la demandada, lo que hace que no podamos entrar a conocer de las mismas.

CUARTO.- 1.- Por todo lo razonado procede desestimar el recurso con la consiguiente confirmación de la resolución de instancia, sin que proceda efectuar imposición de costas con arreglo a los arts. 235.1 de la LRJS y 2 d) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por Germán contra la sentencia que dictó el día 7 de febrero de 2023 el Juzgado de lo Social número 2 de los de GUADALAJARA en sus autos 132/2022 y, en consecuencia, COINFIRMAMOS la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación. Durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la **Cuenta Corriente número ES55 0049 3569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, tiene abierta en la Oficina del BANCO SANTANDER sita en esta ciudad, C/ Marqués de Molins nº 13,



indicando: 1) Nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y, si es posible, el NIF/CIF; 2) Beneficiario: SALA DE LO SOCIAL; y 3) Concepto (la cuenta del expediente): 0044 0000 66 0585 23; pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de la citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ