



**JDO. DE LO SOCIAL N. 3
GIJON**

SENTENCIA: 00186/2022

SENTENCIA

En Gijón, a 2 de junio de 2022.

Dña. María Teresa Luarca Gómez, Magistrada-Jueza del Juzgado de lo Social número 3 de los de Gijón, ha visto los presentes autos, repartidos por la oficina del Decanato y tramitados en este Juzgado como **DSP** [REDACTED]/22, con las siguientes partes intervinientes:

Demandante: D. [REDACTED]
Letrado: D. Carlos Suárez Peinado.

Demandada: **HIJOS DE LUIS RODRÍGUEZ S.L.**
Letrada: Dña. [REDACTED]

MINISTERIO FISCAL.
No comparece.

FOGASA.
No comparece.

Objeto: Despido y vulneración de derechos fundamentales.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 22 de febrero de 2022, la parte demandante arriba reseñada presentó demanda denunciando la nulidad o improcedencia del despido del que había sido objeto y solicitando la declaración de nulidad/improcedencia del mismo con las consecuencias legales y económicas correspondientes y la condena a la demandada al abono de las cantidades reclamadas así como a la indemnización indicada en concepto de daños morales.

SEGUNDO.- Citadas las partes para la celebración de la vista, comparecieron demandante y demandada. Se propuso prueba documental y testifical, siendo admitida la misma con el resultado obrante en autos. Posteriormente, se concedió la palabra para conclusiones, quedando las actuaciones en la mesa



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: MARIA TEFESA LUARCA
GOMEZ
02/06/2022 12:04
Minerva



de S.S^a. pendientes de resolución una vez visto para Sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El demandante viene prestando sus servicios por cuenta de la demandada como Dependiente -Carnicero-, en virtud de contrato de interinidad a tiempo completo desde el 10 de octubre de 2021, a tiempo completo, jornada de 40 horas semanales, con el objeto de sustituir al trabajador con reserva de puesto de trabajo don CAP. Su salario mensual asciende a 1.260,55 euros (41,44 euros/día), viniendo percibiendo el mismo mediante transferencia bancaria. El actor no ostenta ni ha ostentado representación legal o sindical en la empresa. Rige la relación laboral el Convenio Colectivo del sector de minoristas de la alimentación del Principado de Asturias.

SEGUNDO.- Con anterioridad, el actor venía prestando servicios para la demandada desde el 10 de octubre de 2020, también como Dependiente, y vinculado mediante contrato eventual por circunstancias de la producción, a tiempo completo, jornada de 40 horas semanales, cuyo objeto era "atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en el aumento de llegada de mercancía al centro de trabajo, así como la reorganización y preparación de las secciones del mismo, como consecuencia y vinculadas a la ejecución del plan general de ofertas, aun tratándose de la actividad normal de la empresa...".

TERCERO.- En fecha 24 de enero de 2022, la empresa entregó al actor comunicación de despido, que firmó no conforme, con el contenido siguiente:

"Muy Sr. Mío:

Mediante la presente ponemos en su conocimiento que la Dirección de la Compañía ha acordado proceder a su despido disciplinario con efectos el día 24 de enero de 2022 por la comisión de una infracción de carácter muy grave:

Como usted sabe presta servicios como carnicero en la tienda que la Empresa HIJOS DE LUIS RODRÍGUEZ, S.A. (Supermercados Masymas) tiene en [REDACTED] Gijón. Pues bien, el día 20 de enero de 2022 la Dirección de la Empresa ha tenido conocimiento que desde el 14 de diciembre de 2021 tiene colgado en TikTok un video donde aparece usted vestido con el uniforme de trabajo de la compañía parodiando a clientes y



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



escribiendo "vamos a currar de buen rollo", "primera clienta a las 9:07", y a continuación cantando machaconamente una canción que dice "empezamos con los hijos de puta, hijos de puta..."

Como cualquier persona razonable supondrá tales hechos no se pueden tolerar, refiriéndose públicamente de modo insultante, degradante, humillante... a clientes de la Empresa. Como debe saber, todo cliente merece el máximo respeto y usted sea en jornada de trabajo o fuera de ella, pero vistiendo el uniforme de trabajo, representa y es la imagen de una Empresa que tiene como principio fundamental el cuidado y la atención del cliente, a quien le debe su existencia y mantenimiento, y en último término a quien usted debe su puesto de trabajo.

Con su actitud y gracietas (por llamarlo de algún modo) ha puesto de manifiesto que en modo alguno puede seguir trabajando para esta Empresa, a la que daña y ofende públicamente de modo consciente y constante, sin medir sus actos ni sus consecuencias.

Por ello, entendemos que su conducta ha de ser objeto de sanción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como en el Convenio Colectivo de Minoristas de Alimentación de Asturias. Así, esta norma sectorial considera que su conducta es constitutiva de una infracción de carácter muy grave que se encuentra tipificada en el artículo 54.3 (3. Fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los otros trabajadores/as o cualquier otra persona al servicio de la Empresa en relación de trabajo con ésta") y el artículo 54.8 ("8. Los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave al respeto y consideración al empresario, personas delegadas por éste, así como demás trabajadores/as, proveedores, clientes y público en general") a la que puede imponerse como sanción el despido disciplinario, de conformidad con el artículo 55 del Convenio Colectivo referido, y que como quedó expuesto

Sin otro particular,

Atentamente."

CUARTO.- El trabajador colgó en la red social Tik Tok un video de unos segundos en los que, con un polo verde distintivo de la empresa demandada, espera por los clientes que llegan a la inmediata hora de apertura de la tienda, refiriéndose a los mismos como "hijos de puta", en un estribillo que se reitera en distintas ocasiones, que es parte de las palabras de un



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



streamer, que parece ser que tiene videos en distintas redes sociales, a las que añadieron música.

QUINTO.- El actor presentó papeleta de conciliación ante la UMAC en fecha 9 de febrero de 2022, celebrándose acto conciliatorio entre las partes en fecha 22 de febrero de 2022, que terminó con el resultado de SIN AVENENCIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el demandante, se ejercitó una acción de despido con fundamento en el art. 55.5 ET en relación con el art. 20 CE, alegando vulneración de libertad de expresión, con base en los hechos siguientes: que el trabajador fue contratado en fraude de ley en virtud de contrato eventual y que, seguidamente, concertó contrato temporal para la sustitución de un trabajador con reserva de puesto de trabajo; que hizo una parodia en Tik Tok de breve duración, en relación con los clientes y su trabajo como Dependiente, que no puede calificarse de infracción motivadora de despido disciplinario al carecer de proporcionalidad la decisión extintiva con la conducta del trabajador, habiendo sido objeto de despido por el ejercicio de su libertad de expresión, debiendo de ser por ello indemnizado por daños morales en la cantidad de 6.250 euros.

La empresa se opuso a la pretensión ejercitada de contrario sosteniendo que la conducta del actor no puede enmarcarse ni en el ejercicio de la libertad artística ni de la libertad de expresión. Que se reconoce que está realizando una parodia pero que con su conducta se causa ofensa a los clientes y a la empresa.

SEGUNDO.- Indicios fundados de discriminación por vulneración de derechos fundamentales. Entre otras, la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 29 de junio de 2018, recoge la siguiente jurisprudencia, aplicable al caso que nos ocupa: "Sostiene el Tribunal Constitucional, que cuando se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por vulneración de derechos fundamentales, (véase SSTC 38/1981, 82/1997, 87/1998), corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". Así lo sostienen los arts. 181.2 LRJS y 96.1 LRJS. Al demandante le incumbe la acreditación de indicios que fundamenten su pretensión. Añade la Sala de lo Social del TSJ que: "La STC 33/2011, de 28 de abril, indica



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

que "la prueba indiciaria se articula en un doble plano. Como establecimos, entre tantas otras, en la *STC 17/2003*, de 30 de enero (FJ 4), «(...) el primero en la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (*STC 207/2001*, de 22 de octubre)." Este principio de prueba traslada la carga al demandado de probar la medida adoptada.

En este caso, existen indicios fundados de la existencia de vulneración de derechos fundamentales, sin que haya controversia alguna en la adveración de que el despido del actor deriva de la difusión de un vídeo que grabó en la red social Tik Tok.

TERCERO.- Antes de entrar a valorar el fondo del asunto, procede examinar la alegación actora relativa al fraude en su contrato eventual.

El RD 2720/1998, dispone en su art. 3.2 que: "El contrato eventual por circunstancias de la producción tendrá el siguiente régimen jurídico:

a) El contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo..."

El contrato se concertó en fecha 10 de octubre de 2020, para "atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en el aumento de llegada de mercancía al centro de trabajo, así como la reorganización y preparación de las secciones del mismo, como consecuencia y vinculadas a la ejecución del plan general de ofertas, aun tratándose de la actividad normal de la empresa..."

Esto es, era el aumento de llegada de mercancía al centro de trabajo, reorganización y preparación de secciones y vinculadas a la ejecución del plan general de ofertas.

La prueba de la temporalidad incumbe a la empresa, y al respecto, no ha aportado prueba alguna que justifique la contratación del actor, ni la mencionada planificación ni la previsión que puede motivar este contrato. Se ha limitado a la aportación de un documento confirmado por un testigo, Responsable de tiendas, que únicamente hace referencia a las ventas de la tienda donde el actor trabaja, resultando que salvo en octubre de 2020 que fueron sensiblemente superiores a



octubre de 2021, en noviembre y diciembre de 2020 en relación con los meses de 2022, prácticamente son iguales. Pero es que tales datos, no conducen a conocer cuál fue la planificación previa de la empresa para la contratación, que puede no coincidir con el resultado a posteriori y puede no guardar relación alguna con el aumento de llegada de mercancía y la ejecución del plan general de ofertas.

Dicha consideración supone la estimación de la pretensión actora de que el contrato fue concertado en fraude de ley, y de conformidad con los arts. 15.3 ET y 9 del RD 2720/98, debe considerarse celebrado por tiempo indefinido, al no haberse aportado prueba sobre su naturaleza temporal. La existencia de un contrato posterior de interinidad no convalida el carácter fraudulento de la contratación previa, por lo que debe de considerarse vinculado a la empresa con un contrato fijo.

CUARTO.- Calificación del despido. Las infracciones que se imputaron al trabajador fueron las siguientes: la primera, "fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los otros/as trabajadores/as o cualquier otra persona al servicio de la Empresa en relación de trabajo con ésta" no parece aplicable cuando la conducta que se sanciona no tiene lugar en el ámbito de la prestación de servicios, sino en un marco ajeno a dicha prestación y perteneciente a la vida privada del trabajador. El trabajador no está desempeñando sus funciones con fraude, deslealtad o abuso de confianza ni está actuando guiado por estas motivaciones en el trato con trabajadores u otras personas al servicio de la demandada.

Y la segunda se refiere a "los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave al respeto y consideración al empresario, personas delegadas por éste, así como demás trabajadores/as, proveedores, clientes y público en general."

A la vista del video y su contenido, se manifiesta como evidente y así lo reconoce la empresa, que la actuación del trabajador se movía dentro de la parodia, en el ámbito del animus jocandi y fuera de la actividad laboral, si bien conectada con la misma por el "polo" que viste el actor, que es el de los empleados de la demandada.

La jurisprudencia, entre otras, la *STC de 25-11-2019, n° 146/2019*, de 6 de enero de 2020, rec. 2436-2017, indica que la libertad objeto de análisis comprende junto a la mera expresión de juicios de valor también la crítica de la conducta de otro, aunque la misma sea desabrida o pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (*SSTC*



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



5/2000, de 17 de enero; 23/2010, de 27 de abril; 226/2016, de 22 de diciembre, y 89/2018, de 6 de septiembre). Así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (SSTEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*, y de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*).

No obstante, fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones "ultrajantes u ofensivas", sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que la libertad de expresión no comprende el "derecho al insulto", que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 203/15, de 5 de octubre, 89/2018, de 6 de septiembre). La libertad de expresión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I de la CE, en las leyes, y también, en los derechos ajenos, particularmente, el honor, la intimidad, la propia imagen, residenciados en el art. 18 CE.

La STC de 25 de noviembre de 2019, dispone: "Dado que se plantea en este caso la cuestión relativa a la protección del derecho a la libertad de expresión frente al ejercicio del poder disciplinario empresarial en el seno de una relación laboral, se hace preciso tener presente también que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, SSTC 88/1985, de 19 de julio, y 89/2018, de 12 de octubre).

En definitiva, es preciso que los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición preeminente de estos en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (por todas, STC 170/2013, de 7 de octubre)".

Pues bien, de la observación detenida del video, puede ocurrir que la empresa o compañeros del trabajador se hayan sentido ofendidos y, puede ser, según sostiene la demandada, que su contenido no aporte nada artístico o informativo, depende de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



la perspectiva que se adopte, pero efectivamente dicho extremo no afecta a este procedimiento.

Lo cierto es que su contenido supone una crítica jocosa a los clientes que se encuentran esperando a la apertura de la tienda por las mañanas y ya suponen para el trabajador el inicio de sus tareas desde primera hora. Realmente, la única persona que saldría afectada en una valoración objetiva, sería el empleado que parece disgustarse por tener actividad intensa ya desde el inicio de la jornada laboral. Las personas ofendidas directamente, serían dichos clientes, pero no se especifican de forma directa sino a través de una genérica sátira burlesca, y no concreta personas, apareciendo en todo momento, la única imagen del actor, ya como cliente, ya como empleado. En definitiva, el contenido del video no cabe considerar que constituya una conducta que se enmarque dentro de la infracción tipificada, sino dentro de la libertad de expresión del trabajador.

Las anteriores consideraciones conducen a la calificación de nulidad del despido disciplinario del que ha sido objeto el actor.

QUINTO.- Indemnización por daños morales. Se admite la pretensión de indemnización por daños morales en la cuantía fijada por la parte actora en la LISOS, por ser admitida por la jurisprudencia como orientativa, así como por tratarse de la cuantía fijada en la franja menor de la horquilla legal.

SEXTO.- A tenor de lo establecido en el artículo 191.3 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, contra la presente Resolución puede interponerse Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

Vistos los artículos citados, y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Que estimando la demanda presentada por el trabajador frente a la empleadora demandada, debo declarar y declaro **NULO** el despido del que fue objeto el demandante el **24 de enero de 2022**, condenando a la demandada a readmitir al trabajador en el mismo puesto de trabajo y en idénticos términos y condiciones vigentes al momento del despido con abono de los salarios dejados de percibir, así como a indemnizarle en la cantidad de 6.250 euros por daños morales.





Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de suplicación, para su resolución por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o de su representante, al hacerle la notificación de aquélla, de su propósito de entablarlo. También podrá anunciarse por comparecencia o por escrito de las partes o de su abogado o graduado social colegiado, o representante ante el Juzgado que dictó la resolución impugnada, dentro del indicado plazo.

El anuncio del recurso deberá ir precedido del depósito de 300 euros en la cuenta de consignación del Juzgado abierta en el Banco de Santander nº 3296 000065 [REDACTED], estando exentos de tal requisito los trabajadores, sus causahabientes, los beneficiarios de la Seguridad Social, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las Entidades de Derecho Público reguladas por su normativa específica y los Órganos Constitucionales. Si se realizara el depósito mediante transferencia bancaria desde entidad distinta al Banco Santander, el número de cuenta es el siguiente: 0049 3596 92 0050 [REDACTED] IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 [REDACTED]. En el campo observaciones o concepto de la transferencia, se consignarán, en un solo bloque, los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Incorpórese esta Sentencia al correspondiente Libro, expídase Certificación Literal de la misma para su constancia en los autos de referencia.

Así lo pronuncio, mando y firmo.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS