



Roj: **STSJ ICAN 16/2016 - ECLI: ES:TSJICAN:2016:16**

Id Cendoj: **35016340012016100016**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2016**

Nº de Recurso: **1167/2015**

Nº de Resolución: **19/2016**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MARINA MAS CARRILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 06

Fax.: 928 32 50 36

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0001167/2015

NIG: 3501644420140005604

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000019/2016

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000552/2014-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado:

Recurrente Eva FERNANDO JAVIER HERNANDEZ MENDEZ

Recurrido FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A.

### **SENTENCIA**

En las Palmas de Gran Canaria, a 22 de enero de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias en Las Palmas, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Humberto Guadalupe Hernández (Presidente), D<sup>a</sup>. María Jesús García Hernández y D<sup>a</sup> Marina Mas Carrillo, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación interpuesto por Eva , representado por el Letrado Fernando Javier Hernández Monje, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de lo Social Las Palmas de Gran Canaria de fecha 14.5.15 dictada en Autos nº 552/14 sobre despido promovidos por Eva contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA.

Es Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Marina Mas Carrillo quien expresa el criterio de la Sala.



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- La parte actora ha venido prestando servicios por cuenta y dependencia de la entidad demandada con una antigüedad de 5/03/2007, con categoría profesional de limpiadora y salario diario de 41,66 euros.

SEGUNDO.- El 1 de junio de 2013, la demandante causó baja médica e inició situación de incapacidad temporal derivada de accidente no laboral con el diagnóstico de traumatismo miembro superior derecho.

TERCERO.- Con fecha 10 de junio de 2014, la entidad demandada remite a la demandante carta de despido con efectos desde dicha fecha con el siguiente tenor literal:

"Muy señora nuestra:

Por medio de la presente, esta empresa le comunica que ha decidido proceder a su despido disciplinario con efectos a la fecha de notificación de la presente. Los hechos que fundamenta el presente despido son los siguientes:

El pasado día 01/06/2013 presenta en la empresa un parte médico de baja laboral por enfermedad común, según sus propias manifestaciones por haber tenido un accidente de circulación. A día de hoy continúa usted de baja habiendo sido privada de subsidio por incapacidad temporal desde marzo puesto que, no se ha presentado a los reconocimientos médicos de la Mutua Fremap.

Lejos de seguir ningún tipo de prescripción médica, al menos los días 6 de marzo, 20 de marzo, 20 de abril, 15 de mayo y 19 de mayo de los corrientes, ha desarrollado una actividad absolutamente normal y entendemos que incompatible con las dolencias que padece.

El 6 de marzo aparece en un video tocando una guitarra en una fiesta con un brazo vendado.

El 20 de abril, semana santa, acude a un hotel.

El 15 de mayo acude a unos apartamentos.

El 19 de mayo aparece realizando labores de bricolaje como son el lijado y barnizado de todas las puertas de su casa.

La empresa ha tenido conocimiento de estos hechos por su facebook y el de su pareja, los cuales son públicos y no se encuentran restringidos sus accesos.

De todo ello, ha de concluirse que encontrándose en situación de incapacidad temporal los días referidos, la actividad por ud. Desarrollada constituye una clara transfresión de la buena fe contractual pues por una parte al llevar una actividad normal podría considerarse que está perfectamente apta para el trabajo y por otra parte si no lo está evidencia que con dicha actividad está contraviniendo el tratamiento médico que se le había indicado y en consecuencia está dilatando la curación de su dolencia.

Tales hechos constituyen justa causa de despido puesto que su conducta es claramente constitutiva de trasgresión de la buena fe contractual, que por grave y culpable, es causa de despido, conforme al artículo 54, párrafo 2º letra d) del estatuto de los Trabajadores .

Lamentamos tener que adoptar esta decisión contra la que puede Ud. Interponer las acciones legales de que se crea asistida.

Atentamente"

CUARTO.- La entidad demandada pudo ver las fotografías a las que hace referencia en su carta de despido en la página de facebook de la demandante como en las de su pareja, cuyo acceso no estaba limitado, sin necesidad de utilizar claves.

QUINTO.- La demandante aparece en páginas de facebook, tocando la guitarra el 6 de marzo de 2014, y lijando puertas el 19 de mayo de 2014.

SEXTO.-La demandante no es ni ha sido durante el año anterior representante legal o sindical de los trabajadores.

SÉPTIMO.- Se celebró la correspondiente conciliación previa, sin avenencia."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Eva contra Fomento de Construcciones y Contratas, SA declaro la PROCEDENCIA del despido, producido con efectos de 10/06/2014 convalidando la extinción de la



relación laboral, sin derecho a indemnización o salarios de tramitación, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones en su contra formuladas, las cuales son expresamente desestimadas."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado por la representación procesal de la demandada.

CUARTO.- El 13 de noviembre de 2015 se recibieron las actuaciones en esta Sala, señalándose para la deliberación del recurso el día siguiente 14 de enero de 2016.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia objeto del presente recurso de suplicación, desestima la demanda en la instancia declarando la procedencia del despido cursado con efectos de 10 de junio de 2014.

La empresa demandada despidió a la trabajadora por transgresión de la buena fe contractual al imputarle que, estando en situación de incapacidad temporal, había desarrollado una "actividad normal", lo que por una parte suponía que estaba apta para el trabajo, y por otra, que si no lo estaba, su actividad contravenía el tratamiento médico que se le había indicado y, en consecuencia, dilataba la curación de su dolencia. Como prueba de esta actividad de la demandante, la empresa señalaba en la carta haber tenido conocimiento de la misma por unas fotos colgadas en una red social, en la página de "Facebook" de la trabajadora y de su marido, indicando que eran de acceso público y no restringido.

La sentencia entiende acreditadas dos de las conductas imputadas, tocar la guitarra en público el 6 de marzo de 2014, y lijar puertas el 19 de mayo de 2014, desestimando que la prueba obtenida en la red social sea ilícita por contraria al derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora, y, previa exposición de la jurisprudencia dictada en la materia, entiende que tal prueba evidencia la aptitud de la actora para el desempeño de los cometidos propios de su profesión de limpiadora, lo que constituye la falta muy grave imputada.

SEGUNDO.- El recurso que interpone la parte actora se apoya en los tres posibles motivos del artículo 193 LRJS.

Primero, por infracción del art. 193.a) LRJS interesa la retroacción de las actuaciones al momento de dictarse sentencia al haberse admitido y valorado la prueba documental consistente en las fotografías, obtenidas en un página de Facebook de la demandante sin autorización de la titular, y en consecuencia vulnerando su derecho fundamental a la intimidad ( art. 18.3 CE ). Añade al motivo que al suponer esta búsqueda en la red social una labor de investigación, pues ha supuesto examinar páginas de personas relacionadas con la trabajadora hasta llegar a aquella donde estaban colgadas, se invade ilegítimamente su intimidad. Añade que las fotos carecen de valor probatorio pues no fueron ratificadas por la persona que las hizo en juicio, resultando la hora y el lugar de su realización de los comentarios que la persona que las subió a la red, pero no de las mismas fotos.

El artículo 90.1 de la Ley de Jurisdicción Social establece que las partes podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores que el empresario tiene la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance y dimensión del derecho fundamental a la intimidad, tal y como la recoge el TSJ<sup>a</sup> de Madrid en sentencia de 5 de julio de 2013 (rec 823/13) :

" El derecho a la intimidad se ha definido por la doctrina constitucional recogida en las sentencias 292/2000, de 30 de noviembre , 119/2001, de 29 de mayo , 89/2006, de 27 de marzo , 70/2009, de 23 de marzo , y 159/2009, de 29 de junio , y las que en ellas se citan, como " un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana", cuya delimitación ha de hacerse en "función del libre desarrollo de la personalidad". Esta garantía se traduce en " un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público", de modo que "lo que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio".

La función del derecho a la intimidad , afirma el máximo intérprete de la Constitución, "es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad ", garantizando el



"secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal ", confiriendo al individuo el poder jurídico de imponer a terceros " el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido ", salvo que la intromisión esté fundada "en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno."

El propio Tribunal ha dicho que el artículo 18.1 de la Constitución impone "la defensa y garantía del ámbito de privacidad " de la persona ( sentencia 22/1984 ), y que la idea que anima el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada es la de " abarcar todas las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida ", reconociendo que " no siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad " ( sentencia 110/1984, de 26 de noviembre ).

Además, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la intimidad ha adquirido también una dimensión positiva "en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada " ( sentencia 119/2001, de 29 de mayo ), siendo el elemento teleológico de ese derecho "la protección de la vida privada como garantía de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo" ( sentencia 202/1999, de 8 de noviembre )."

Conforme a la doctrina expuesta debe señalarse que las fotografías utilizadas por la empresa para proceder al despido de la trabajadora, reproducen momentos que pertenecen a su privacidad, actividad doméstica y momentos de ocio, pero que han sido compartidos por ella con terceros a los que ha permitido su fotografía en el momento de realización de la actividad. El visionado de las fotos evidencia que la trabajadora sabía que estaba siendo fotografiada, y tal hecho no puede discutirse. Este tercero al que se consintió la reproducción de la imagen propia, procedió a la exposición pública de las fotos en una red social de libre entrada a todo el que quiera tomar conocimiento de lo en ella expuesto. Si el acceso a la página de la trabajadora en esta red, "Facebook", es libre, y el espacio en esta página donde el tercero "colgó" las fotos, dice la sentencia en los hechos probados, no requiere uso de claves ni tiene restricción alguna, siendo estas circunstancias necesariamente conocidas por la demandante como usuaria de "Facebook", no existe la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar denunciada, pues hay una autorización de la titular del derecho para que cualquiera, incluida su empleadora pueda tomar conocimiento de la parte de su intimidad que expone, por la publicidad que supone el medio.

En cuanto a si la investigación que supone la búsqueda en Facebook de las fotos excede de las facultades de control del empresario conforme al art. 20 del ET , incurriendo en la misma infracción, recordar que el art. 20.3 del ET se establece para el seguimiento de la actividad laboral, pero cabe extender el control en él permitido a los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por enfermedad, ya que, permanece en tal situación la obligación de respeto de la buena fe contractual. Si la empresa sospecha de un comportamiento irregular, cabe hacer un seguimiento de la situación al amparo de la previsión del art. 20.3 ET , y así se ha venido encontrado ajustado a derecho la contratación de un servicio de vigilancia por detective privado, pensado como medio necesario y proporcionado en caso de baja médica, donde no hay supervisión directa de la empresa. Siendo doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que "el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho" ( SSTC 57/1994 y 143/1994 , por todas), en aquella situación en que la trabajadora se encuentra de baja médica, esto es, fuera del ámbito de control directo del empresario, es legítimo y necesario el seguimiento de su estado y actividad a través de un medio idóneo como es el acceso a una red social, publicitada por la propia trabajadora, y el juicio de constitucionalidad señalado se cumple.

TERCERO.- Conforme al apartado b) del artículo 193 LRJS se solicita la revisión fáctica de la sentencia, para que el hecho probado quinto que dice:

"La demandante aparece en páginas de facebook, tocando la guitarra el 6 de marzo de 2014, y lijando puertas el 19 de mayo de 2014."

Diga:

"La demandante aparece en páginas de facebook, tocando la guitarra y lijando puertas".

Alega que la prueba documental aportada no está autenticada por la persona autora de las fotografías, sin que acrediten las mismas salvo por los comentarios de la persona que las realizó, las fechas que incorporan que pueden ser anteriores en el tiempo.



La Jurisprudencia relativa a los requisitos que han de darse para la procedencia de la reforma de los hechos probados en el recurso de casación ( SSTS 23/04/12, Rec. 52/11 y 26/09/11, Rec. 217/10 ), cuya doctrina resulta aplicable al de suplicación, dado su carácter extraordinario y casi casacional ( STC 105/08 , 218/06 , 230/00 ), subordina su prosperabilidad al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Indicar el hecho expresado u omitido que el recurrente estime equivocado, siendo posible atacar la convicción judicial alcanzada mediante presunciones, si bien para ello resulta obligado impugnar no solo el hecho indiciario de la presunción judicial sino también el razonamiento de inferencia o enlace lógico entre el mismo y el hecho presunto ( STS 16/04/04 , RJ 2004\3694 y 23/12/10, Rec. 4.380/09 )

Debe tratarse de hechos probados en cuanto tales no teniendo tal consideración las simples valoraciones o apreciaciones jurídicas contenidas en el factum predeterminantes del fallo, las cuales han de tenerse por no puestas ( STS 30/06/08 , RJ 138/07), ni tampoco las normas jurídicas, condición de la que participan los convenios colectivos, cuyo contenido no debe formar parte del relato fáctico ( SSTS 22/12/11, Rec. 216/10 )

b) Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera evidente, manifiesta y clara, sin que sean admisibles a tal fin, las meras hipótesis, disquisiciones o razonamientos jurídicos.

c) Al estar concebido el procedimiento laboral como un proceso de instancia única, la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud únicamente al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica, de ahí que la revisión de sus conclusiones únicamente resulte viable cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de medios de prueba hábiles a tal fin que obren en autos, no siendo posible que el Tribunal ad quem pueda realizar un nueva valoración de la prueba, por lo que, debe rechazarse la existencia de error de hecho, 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.

Como consecuencia de ello, ante la existencia de dictámenes periciales contradictorios, ha de aceptarse normalmente el que haya servido de base a la resolución que se recurre, pues el órgano de instancia podía optar conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que estimara más conveniente y le ofreciera mayor credibilidad, sin que contra la apreciación conjunta de la prueba quepa la consideración aislada de alguno de sus elementos y solo pudiendo rectificarse aquel criterio por vía de recurso si el dictamen que se opone tiene mayor fuerza de convicción o rigor científico que el que ha servido de base a la resolución recurrida.

d) El contenido del documento a través del que se pretende evidenciar el error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia no puede ser contradicho por otros medios de prueba y ha de ser literosuficiente o poner de manifiesto el error de forma directa, clara y concluyente.

Además, ha de ser identificado de forma precisa concretando la parte del mismo que evidencie el error de hecho que se pretende revisar, requisito este último que se menciona de manera expresa en el Art. 196.3 LRJS al exigir que en el escrito de formalización del recurso habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados el concreto documento o pericia en que se base el motivo

e) Fijar de modo preciso el sentido o forma en el que el error debe ser rectificado requiriendo expresamente el apartado 3 del Art. 196 LRJS que se indique la formulación alternativa que se pretende.

f) Que la rectificación, adición o supresión sean trascendentes al fallo es decir que tengan influencia en la variación del signo del pronunciamiento de la sentencia recurrida.

g) La mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho

En el caso de autos la Juzgadora de instancia ha valorado las fotografías señaladas con libertad de criterio y de acuerdo a las reglas de la sana crítica sin que se evidencie de su examen un error manifiesto. El documento incorpora unas fechas de subida de las fotos a la red que no constan en la propia foto, la Juez ha entendido que son correlativas a la fecha de su introducción en la web, sin que otros medios de prueba idóneos desacrediten tal valoración que es ajustada a la lógica de la situación. Además en una foto se la ve tocando la guitarra con el brazo escayolado, lo que sitúa necesariamente el hecho durante la incapacidad temporal de la trabajadora.

No ha lugar a la rectificación del hecho probado.

CUARTO.- Por el apartado c) del art. 193 de la LRJS se examina la infracción de normas sustantivas y de jurisprudencia por infracción de los art. 54 , 55 y 56 del ET , y 5 y 20.2 del mismo texto legal .





Como recoge la sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2015 (rec 91/15), recogiendo otra del TS de 19 de julio de 2010 (Rec 2643/2009):

"cabe concluir en interpretación y aplicación del art. 54.1 y 2.b) ET , sobre la determinación de los presupuestos del " incumplimiento grave y culpable del trabajador" fundado en la " La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo", como motivo de despido disciplinario, que:

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."

El fundamento de la falta imputada es que la realización de actividades lúdicas o no, incompatibles con la situación de incapacidad laboral de la actora, constituyen una situación de deslealtad, así como una grave violación del deber de buena fe contractual, consustancial al contrato de trabajo, ya que al dificultar el rápido restablecimiento del trabajador y el consiguiente retorno a su puesto de trabajo, provocan un claro perjuicio para la empresa y un fraude a la sociedad en su conjunto que soporta los gastos de la Seguridad Social ( STSJ<sup>a</sup> de Canarias (Tnfe.) 28.1.10 (rec 563/2009 ), ponente Eduardo Ramos Leal).

Si este es el criterio a seguir, lo cierto es que no se aprecia el fraude en la primera de las actividades declaradas probadas. La actora un día de su baja médica ha estado tocado la guitarra. No dice el hecho probado cuánto tiempo supuso la actividad. Tocar la guitarra exige esencialmente un movimiento de los dedos y no del brazo, y no hay un hecho probado que acredite que tal movimiento sea contraproducente, incompatible o que retrase la curación del traumatismo en miembro superior derecho que sufre la trabajadora (hecho probado segundo). No



resulta tampoco de los hechos probados que la trabajadora tocara la guitarra toda la noche. En consecuencia, no cabe calificar este comportamiento de desleal por incompatible con la situación subsidiada de IT.

En cuanto al lijado de puertas en fecha 19.5.14 se hace la misma valoración. No resulta de los hechos probados el tiempo que duró el lijado de puertas, como tampoco cuál era la sintomatología y limitaciones que sufría la actora en aquella fecha ni el tratamiento pautado para curación del traumatismo, siendo el diagnóstico del hecho probado segundo insuficiente para calificar la actividad realizada de incompatible con la situación de IT, o de contraproducente de cara a su recuperación.

Se estima el motivo y con ello el recurso, revocando la sentencia de instancia y declarando el despido improcedente con las consecuencias que ello conlleva conforme al art. 56 del ET y 110 de la LRJS .

QUINTO.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (L 36/11), no procede condena en costas, toda vez que la estimación, total o parcial, del recurso de suplicación implica que no haya parte vencida en el mismo, a efectos de imponer el pago de las costas generadas en el mismo a alguno de los litigantes ( SSTS 14/02/07, RJ 2177 ; 29/01/09 ,1051).

SEXTO.- A tenor del Art. 218 LRJS (L 36/11) frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general aplicación.

## FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por Eva contra la sentencia dictada el día 14 de mayo de 2014 por el Juzgado de lo Social Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria , en autos nº 552/14, revocando la misma en el sentido estimar la demanda interpuesta por Eva frente a la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA declarando improcedente el despido de que ha sido objeto el día 10 de junio de 2014, condenando a la empresa demandada a su readmisión en las mismas condiciones que regían con anterioridad, con abono de los salarios de tramitación devengados hasta el día de la efectiva reincorporación a razón de 41,66 euros, a menos que dentro del plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia opte por indemnizarle en la cantidad de 12.425 euros, salvo error de cálculo.

Sin condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y al Ministerio Fiscal.

## ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO SANTANDER c/c nº 3537/0000/66/116715, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES 55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Remítase testimonio a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

DILIGENCIA - En Las Palmas a .