

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 1098/2023 de 16 Feb. 2023, Rec. 4894/2022

Ponente: Uría Fernández, Raul.

Nº de Sentencia: 1098/2023

Nº de Recurso: 4894/2022

Jurisdicción: SOCIAL

ECLI: *ES:TSJCAT:2023:1227*

32 min

El intercambio de emails con otra empresa durante la baja médica del trabajador no es un acto de competencia desleal

DESPIDO DISCIPLINARIO. Director de un hotel acusado de realizar actividades similares durante la baja médica por agorafobia. Improcedente. Le integraron en un grupo de correos para poner en marcha un futuro complejo hotelero, pero no desarrolló ninguna actividad profesional ni tampoco incompatible con su diagnóstico. No se revela en ningún momento su aptitud para trabajar. Tampoco supuso competencia desleal ya que toda persona puede intentar prosperar en su carrera profesional, incluso estando en IT.

El TSJ Cataluña estima el recurso de suplicación interpuesto, revoca sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Terrassa y declara improcedente el despido disciplinario.

TEXTO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08279 - 44 - 4 - 2021 - 8045149

MC

Recurso de Suplicación: 4894/2022

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. RAÚL URÍA FERNÁNDEZ

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 16 de febrero de 2023

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 1098/2023

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Santos frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Terrassa de fecha 21 de marzo de 2022 dictada en el procedimiento nº 666/2021 y siendo recurridos FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), MINISTERI FISCAL, PROMOCIONES ALZAMORA, S.L. y WE I VALENCIA SAN LUÍS HOTEL, S.L., ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Raúl Uría Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 2022 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimando la demanda formulada por Dº. Santos contra las empresas PROMOCIONES ALZAMORA S.L y W.E.I VALENCIA SAN LUIS HOTEL S.L, debo absolver y absuelvo a las mercantiles codemandadas de todos los pedimentos en su contra contenidos en la demanda; convalidando en consecuencia el despido disciplinario del trabajador efectuado con fecha de efectos 10 de septiembre del 2021.

Sin pronunciamiento respecto del FOGASA y el MINISTERIO FISCAL. "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" PRIMERO.- El demandante, cuyas circunstancias personales constan en demanda, suscribió un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo con la empresa REAL ESTATE MARKET ANALYTICS S.L en fecha 29.06.2017, con la categoría de DIRECTOR (HOTEL).

Por escrito de 27.04.2021, se comunicó al trabajador que con dicha fecha "la sociedad PROMOCIONES ALZAMORA S.L se subroga en todos los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social que usted mantenía hasta la fecha con la sociedad REAL ESTATE MARKET ANALYTICS S.L, todo ello de conformidad con lo establecido en el [artículo 44 del ET \(LA LEY 16117/2015\)](#)".

Por acuerdo de fusión de fecha 12.11.2021, publicado en el BOE el 19.11.2021, la empresa W.E.I VALENCIA SAN LUIS HOTEL S.L ha aprobado la fusión por absorción de la empresa PROMOCIONES ALZAMORA S.L.U (folio 50).

La retribución del trabajador ascendía a 65.000 euros anuales; no habiendo ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores (bloque documental uno demandadas; no controvertido).

SEGUNDO.-El trabajador, desde el inicio de su prestación de servicios para la empresa REAL ESTATE MARKET ANALYTICS S.L, desarrollo sus funciones de DIRECTOR en el Hotel THE SITE SANT CUGAT (B&B SANT CUGAT, posteriormente); siendo el correo corporativo correspondiente al referido puesto de DIRECTOR el de director@hotelthesite.com (no controvertido; correo electrónico, documento 10, folio 170).

TERCERO.-La parte actora ha estado en situación de incapacidad temporal desde el 13.04.2021, con los diagnósticos de COVID-19 y AGORAFOBIA NO ESPECIFICADA.

El primer parte de baja médica con el diagnóstico exclusivo de AGORAFOBIA fue de fecha 31.05.2021; siendo el último parte de confirmación del día 20.01.2022 (bloque documental 13, actor).

Por correo electrónico de fecha 3.09.2021, el actor remitió desde su correo particular a Carlos Ramón -Jefe de Operaciones de la parte demandada- un informe de confirmación de la baja médica; respondiéndole éste que "Perdona que te pregunte: has tenido una recaída del Covid? Cuídate" (documento 14, actor).

Desde el 14.09.2021 al 22.09.2021, el trabajador estuvo ingresado en la unidad de agudos del Hospital HESTIA PALAU por "acentuación de la sintomatología ansiosa que no mejoraba a nivel ambulatorio" (documento 12).

CUARTO.-Mediante carta de fecha 10 de septiembre de 2021, y efectos de ese mismo día, se comunica al trabajador que "la Dirección de esta empresa ha adoptado la decisión de rescindir su relación laboral con la misma, procediendo a su despido disciplinario, siendo las causas y circunstancias originadas de tal decisión las que pasamos a exponer a continuación. [...]

En el momento en que se produjo la entrada de B&B HOTELS en la gestión del hotel usted se encontraba de baja médica por COVID, según consta en la documentación y partes médicos [...] le fue expedida con diagnóstico "COVID + neumonía de recuperación", de la que no se nos ha aportado el parte médico de baja, pero de la que sí tenemos partes de confirmación que usted ha venido remitiéndonos hasta la fecha". [...]

En fechas recientes la empresa ha tenido constancia de que usted ha prestado servicios laborales para la empresa PATRON PROPERTY SERVICES S.L, en calidad de Director Comercial de la misma [...] El Administrador único y Director Gerente de la citada mercantil es Jesus Miguel quién, a su vez, es Administrador de REAL ESTATE MARKET ANALYTICS S.L, que, como ya hemos indicado anteriormente, es la empresa que vendió el Hotel The Site Sant Cugat a nuestra cadena y en la que usted prestaba servicios como Director hasta que fue subrogado por PROMOCIONES ALZAMORA S.L.

Como usted sabe, nuestra cadena acordó con REAL ESTATE MARKET ANALYTICS S.L, que los correos que se recibieran en la dirección de correo DIRECCION000 tras la compraventa se redirigirían de manera automática a una cuenta de correo de B&B HOTELS, como así ha sido y usted mismo confirmó a nuestro responsable de IT, todo ello para nuestro correcto control y gestión de la actividad del Hotel desde ese momento, más aún considerando que usted no estaba activo. Con motivo de los citados reenvíos de correos electrónicos, hemos tenido conocimiento directo de sus actividades laborales no permitidas, en este caso para la empresa PATRON PROPERTY SERVICES S.L" (carta de despido, que se da a efectos fácticos íntegramente por reproducida).

Se considera probado el contenido de los correos electrónicos referidos en la carta de despido (Fundamento de derecho TERCERO y CUARTO).

QUINTO.-*Con motivo de la compraventa por la empresa demandada PROMOCIONES ALZAMORA S.L del Hotel THE SITE SANT CUGAT, a la mercantil REAL ESTATE MARKET ANALYTICS S.L; el responsable del área de informática y tecnología Fulgencio llevó a cabo la labor de coordinación y gestión de la redirección de los correos electrónicos corporativos de la empresa saliente, con dominios hotelthesite.com y hotelthesite.es, a la empresa entrante; habiéndose acordado así entre dichas mercantiles.*

La ejecución de redirección de correos fue encargada a la empresa ASYSTEM 2010.

Entre las direcciones de correo electrónico que se solicitaron se encuentra la del puesto de Director del Hotel: DIRECCION000 a DIRECCION001. (documento 10; testifical).

SEXTO.-*En fecha 17.05.2021, Fulgencio remite a la parte actora en la DIRECCION000 un correo electrónico con el siguiente contenido:*

"Buenos días, simplemente comprobar que está funcionando la redirección de los correos antiguos de Hotelthesite.com Por favor, respóndeme al correo si lo recibes.

Un abrazo".

La parte actora, mediante correo electrónico de esa misma fecha le contesto:

"Hola Javier,

Recibido,

Saludos" (documento 10, folio 200).

SÉPTIMO.-*La empresa demandada W.E.I VALENCIA SAN LUIS HOTEL S.L tiene como objeto social "La inversión en hoteles y restauración mediante cualquier negocio jurídico, incluido específicamente la adquisición, construcción, rehabilitación y desarrollo inmobiliario" (documento 7).*

La empresa BYPILLOW (registrada como MD MANAGEMENT 2010 S.L), tiene como objeto social la "Promoción, construcción, arrendamiento, gestión y explotación de albergues, establecimientos hoteleros y turísticos de toda clase" (folio 159).

OCTAVO.-Que celebrado el preceptivo acto de conciliación, finalizó con el resultado de SIN AVENENCIA."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte codemandada PROMOCIONES ALZAMORA, S.L. y WE I VALENCIA SAN LUÍS HOTEL, S.L., impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso:

La sentencia de instancia, tras declarar probados los hechos antes consignados, consideró que el despido no era nulo por no responder a la situación de incapacidad temporal y tras dar validez a la prueba documental consistente en correos electrónicos declaró la procedencia del despido al apreciar la concurrencia de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por haber desarrollado el actor actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal que además suponían competencia desleal.

Frente a la sentencia recurre en suplicación el demandante, y con invocación del apartado a) del [artículo 193 de la LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), postula la declaración de nulidad de la sentencia de instancia, por supuesta vulneración de los artículos 181.1 y 2 de la CE, en relación con los [artículos 8 \(LA LEY 16/1950\)](#) y [47 de la Carta de derechos fundamentales y 6 y 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales \(LA LEY 16/1950\)](#), todo ello por considerar que se ha producido admisión indebida y valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Con idéntico amparo procesal se denuncia la nulidad de la sentencia por falta de motivación que según su criterio supone infracción del [artículo 97 de la LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#). Solicita a continuación la revisión de hechos probados con la exclusiva pretensión de que se añadan algunos, para luego por la vía del [art. 193.c\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) denunciar infracciones de normas sustantivas y jurisprudencia.

Las mercantiles codemandadas se opusieron al recurso, afirmando el acierto de la sentencia de instancia y solicitando su confirmación.

SEGUNDO.- Infracción de normas y garantías procesales que hayan causado efectiva indefensión: admisión de prueba ilícita.

Como se ha adelantado el recurso contiene dos motivos amparados en el [art. 193.a\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) y el primero de ellos cuestiona la admisión por el Magistrado de instancia de los documentos nº 5, 5 bis y 10 propuestos por la parte demandada, consistentes el primero y el último en unos denominados "certificados" a los que se anexan correos electrónicos y el nº 5 bis en unos correos electrónicos. El demandante ya se opuso en juicio a la admisión y ahora en el recurso señala que la sentencia no ha realizado "la oportuna valoración" de su impugnación, interesando que se declare una nulidad que retrotraiga las actuaciones al momento previo al inicio del acto de juicio.

El Tribunal Supremo en doctrina manifestada en sentencias tales como las de 13 marzo 1990 (RJ 1990, 2071), 30 mayo 1991 y 22 junio 1992 (RJ 1992, 4603), seguida por numerosos pronunciamientos de diversos Tribunales Superiores de Justicia, ha establecido las pautas para analizar la nulidad de actuaciones solicitada en recurso extraordinario y que son las siguientes:

- a) Ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que solo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (LA LEY 12683/2004) (RJ 2004, 2577) (recurso 63/2003) que "la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada".
- b) Ha de constar previa protesta en el juicio oral, salvo que no haya sido posible realizarla, en cuyo caso debe manifestarse el rechazo a la vulneración imputada en el oportuno recurso.
- c) Ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones.
- d) Ha de justificarse la infracción denunciada.
- e) Debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante.

f) La infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retroacción de actuaciones.

g) No debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

En este caso concreto debemos comenzar por recordar que esta Sala, de forma reiterada, ha validado el proceder judicial consistente en admitir los medios de prueba cuestionados por una posible ilicitud para luego valorar en sentencia de forma razonada si se les debe atribuir o no eficacia probatoria. En concreto en sentencia n ° 4707/2020, de 3 de noviembre, dictada en el recurso de suplicación n ° 3034/2020 (LA LEY 216023/2020), razonamos del siguiente modo:

"(..) [el artículo 90 de la LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), tras establecer que las partes podrán servirse en juicio de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley, incluyendo los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos, establece en su apartado 2º que "No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de los derechos fundamentales o libertades públicas" , previsión legal que es consecuencia de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional a partir de la [Sentencia n ° 114/1984, de 29 de noviembre \(LA LEY 9401-JF/0000\)](#).

Conviene observar que las previsiones del [artículo 90.2 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) y del [artículo 11.1 de la LOPJ \(LA LEY 1694/1985\)](#) no son totalmente coincidentes, puesto que éste último, al señalar que "no producirán efecto" las pruebas ilícitamente obtenidas, parece estar refiriéndose a pruebas ya admitidas a las que se niega eficacia probatoria, mientras que

el artículo 90 LRJS (LA LEY 19110/2011) se refiere a un momento procesal previo, como claramente se deriva de la indicación de que "no se admitirán" esas pruebas, lo que sitúa al juzgador en la difícil situación de valorar "in situ" en el acto de juicio, la licitud o ilicitud en la obtención, con los consiguientes riesgos para la efectividad del derecho fundamental de ambas partes a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE (LA LEY 2500/1978)).

La redacción del artículo 90.2 de la LRJS (LA LEY 19110/2011), prácticamente coincidente con el artículo 287 de la LEC (LA LEY 58/2000), arbitrando el desarrollo de una especie de cuestión incidental, con audiencia de las partes e incluso práctica de diligencias que puedan realizarse en ese mismo acto, plantea una primera duda, sobre si estamos ante una imposibilidad de admisión de prueba o ante una imposibilidad de valoración de la misma, lo que a su vez incide sobre la existencia o no de una preclusión sobre el momento en que debe adoptarse la decisión por el órgano judicial; teniendo en cuenta que la propia norma señala como momento procesal oportuno, tanto la proposición de prueba, como la práctica de la misma, contemplando también la posibilidad, aunque excepcional, de que se practiquen diligencias finales para determinar la eventual ilicitud en la obtención de la prueba, que necesariamente se practican con posterioridad a la finalización del acto de juicio (art. 88 LRJS (LA LEY 19110/2011)), podemos interpretar que la propia ley establece una regla de flexibilidad en cuanto al momento de adopción de la decisión, flexibilidad absolutamente imprescindible en función de la extrema complejidad que en ocasiones puede presentar la determinación de la admisibilidad y pertinencia de la prueba, atendiendo al modo en que ha sido obtenida.

Aunque la redacción del precepto denota la preferencia del legislador por facilitar la expulsión de ese tipo de pruebas lo antes posible, coincidiendo con su proposición, ello no siempre resulta posible, en atención a las dificultades señaladas, por lo que es

*perfectamente admisible y ajustado a derecho, oír las alegaciones de las partes sobre la supuesta ilicitud de la prueba, acordar su práctica y decidir en sentencia sobre la eficacia probatoria de la misma, evitando así los riesgos inherentes a una inadmisión precipitada; no debemos perder de vista que, por virtud del principio de concentración del [artículo 74 de la LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), lo habitual es que sea en el propio acto de juicio cuando el juzgador tenga conocimiento por primera vez de los medios de prueba de que intentan valerse las partes, y una cosa es decidir sobre la admisión de la prueba en términos de "pertinencia" o "utilidad" en sentido estricto, por su relación con el *thema decidendi*, cuestión que, una vez efectuada la fijación de los hechos sobre los que existe conformidad o disconformidad ([artículo 85.6 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#)), no debería plantear especial dificultad, y otra muy distinta decidir sobre la admisión o inadmisión por una supuesta obtención ilícita de la prueba por vulneración de derechos fundamentales, decisión que se torna especialmente compleja cuando, como es el caso, se trata de pruebas obtenidas a través del examen del ordenador del trabajador, con eventual vulneración del derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos de carácter personal, siendo imprescindible averiguar la naturaleza de la prueba, el respeto o infracción de la información previa al trabajador específicamente establecida por [la LO 3/2018, en su artículo 87 \(LA LEY 19303/2018\)](#), y una serie de circunstancias cuyo exacto conocimiento únicamente será posible una vez se proceda a la práctica de la prueba, e incluso algunos de ellos ni siquiera en ese momento, sino cuando el juzgador tenga acceso al análisis de la completa actividad probatoria desarrollada en el juicio.*

Tales consideraciones nos llevan a concluir que la admisión de la prueba consistente en la aportación de correos electrónicos y conversaciones mantenidas por la trabajadora con otros empleados del departamento, no puede considerarse como una

infracción de garantías procesales determinante de la nulidad de actuaciones, en la medida en que acudir a la inadmisión en el momento mismo de proposición de prueba, sin disponer de todos los elementos de juicio necesarios para valorar adecuadamente las cuestiones anteriormente señaladas, puede provocar situaciones de indefensión difícilmente subsanables para cualquiera de las partes; la denegación de la prueba en fase de proposición, impidiendo su práctica, puede comportar la vulneración del derecho de la parte proponente a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus intereses ([art. 24.2 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#)) y, además, provoca la preclusión de cualquier ulterior valoración sobre la licitud o ilicitud en la obtención, con el agravante de que frente a la denegación la única posibilidad que tiene la parte es la de formular protesta a los efectos de un recurso de suplicación por infracción procesal frente a la sentencia que en su día se dicte; por ello, salvo en los casos en que la ilicitud en la obtención de la prueba sea patente, lo que no ocurre en el que examinamos, albergando dudas el juzgador sobre la cuestión, consideramos que se ajusta a las normas más elementales de prudencia la actuación llevada a cabo por el mismo, admitiendo la prueba, con la posibilidad de protesta por parte de quien alega la ilicitud a efectos de recurso (como así efectuó la parte ahora recurrente) y proceder a la práctica de la misma, quedando abierta para el juzgador de instancia la posibilidad de valorar, en sentencia, si ha existido o no vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la misma, tal como ha efectuado el mismo en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, todo lo cual comporta que desestimemos la pretensión principal de nulidad de actuaciones, con retroacción al momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio oral."

La citada doctrina, que se contiene también en la sentencia de esta Sala de 1/02/2021 (rec. 4467/2020), supone excluir una nulidad de actuaciones basada en infracción de normas procedimiento por haber sido admitida una prueba

documental cuestionada mediante la alegación de que en su obtención se vulneraron derechos fundamentales. Tal y como se establece en esta última sentencia " *no nos encontramos en ninguno de los supuestos previstos para declarar la nulidad de actuaciones instada por la parte recurrente, ni se han infringido normas o garantías procesales, ni se ha causado indefensión, ni se han vulnerado derechos fundamentales de la demandante, sino que lo que se cuestiona es el valor probatorio de los referidos correos electrónicos y, en concreto, la forma en la que se accedió a los mismos, con lo que si se declarara la ilicitud de dicha prueba, lo que procedería sería no valorarla, no declarar la nulidad de la sentencia, conforme a los hechos que resultan de la misma y que se reflejan en el relato de hechos de la sentencia de instancia*".

Es decir que la consecuencia de que el Magistrado de instancia hubiera basado su convicción en elementos de prueba que la Sala considerara ilícitos sería que no fueran valorados, y la controversia se resolviera sin tenerlos en cuenta, pero ello exigiría que los hechos probados basados en esos elementos probatorios fueran cuestionados por la vía del [art. 193.b\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) lo que (como se dirá) no ha hecho en este caso el recurrente.

La nulidad de la sentencia, como indicamos al comienzo de este fundamento con la pertinente cita de doctrina casacional, es un remedio absolutamente excepcional que debe aplicarse con criterio restrictivo y que exige, ineludiblemente, que se haya producido una infracción generadora de efectiva indefensión. La admisión de los documentos, y su relevancia en el razonamiento de la sentencia de instancia, no genera ninguna indefensión efectiva en el recurrente por cuanto podía (aunque no lo haya hecho) solicitar que la Sala expulsara del relato de hechos probados todos los que se basaban en esos documentos para luego resolver la controversia partiendo de la inexistencia de los datos que de ellos resultaran. Si el recurrente contaba con una alternativa que le permitía colmar sus pretensiones de tutela no se produce indefensión ni por tanto nulidad.

TERCERO.- Infracción de normas y garantías procesales que hayan causado efectiva indefensión: falta de motivación.

Como segundo motivo de recurso denuncia el recurrente la infracción del [art. 97 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) considerando que la sentencia no se ha motivado

debidamente " *al limitarse a recoger prácticamente la literalidad de las alegaciones inferidas en la carta de despido*", añadiendo que le genera indefensión la circunstancia de que el juzgador no haya razonado ni argumentado los hechos probados ni los fundamentos jurídicos.

Conviene acudir a este respecto a los criterios que sobre el deber de motivación jurídica de las sentencias y demás resoluciones definitivas ha sentado tanto la jurisprudencia constitucional (SSTC 145/12 de 2/07 (LA LEY 106691/2012); [183/11 de 21/11 \(LA LEY 239501/2011\)](#); [66/10 \(LA LEY 187983/2010\)](#) de 18/10 (LA LEY 41044/2010)) como la ordinaria (SSTS/IV 18/11/10 [RJ 9170], 15/06/10 [RJ 7120], 4/03/08 [RJ 1902]), criterios que se sintetizan del modo siguiente:

1) El derecho fundamental derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el [Art. 24 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#), garantiza el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso.

Ello implica, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y, en segundo término, que la motivación esté fundada en Derecho, exigencia que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad.

2) El fundamento de la decisión judicial ha de basarse en la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia

3) El deber de motivación de las resoluciones judiciales no garantiza la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los jueces y tribunales, pues no existe un pretendido derecho al acierto judicial en la selección,

interpretación y aplicación de las normas, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales.

4) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales

5) No existe un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación judicial, ni es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión.

En atención a todo ello entendemos que en el caso que nos ocupa la sentencia no adolece del vicio interno que se le reprocha. La sentencia detalla, en cada hecho probado, qué concreto documento ha llevado al convencimiento del Magistrado de instancia sobre cada dato fáctico acreditado, permitiendo de ese modo a la parte actora combatirlo por la vía del [art. 193.b\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) (algo que no hace porque sólo se solicita la adición de texto y no la supresión o sustitución de los que contiene la sentencia) sin generarle efectiva indefensión alguna. En el hecho probado cuarto se hace indicación de que su contenido se basa en lo que se razonará en los fundamentos de derecho tercero y cuarto, y en ellos el juez a quo específicamente explica por qué razón rechazó la impugnación relativa a los correos electrónicos, en concreto por tratarse de una cuenta de correo corporativa que el trabajador usó voluntariamente durante la situación de incapacidad temporal.

El recurrente, como la Sala, es perfecto conocedor de la lógica de la sentencia de instancia. En ella se han considerado como medios de prueba idóneos y convincentes los documentos aportados por la empresa, en concreto los que se indica en cada hecho probado, y con base en el contenido de los mismos ha concluido en la existencia de transgresión de la buena fe contractual. No existe indefensión alguna ya que la parte actora podía, por la vía del [art. 193.b\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), cuestionar los hechos probados que la sentencia contiene (algo

que no hace) y luego por la vía del [art. 193.c\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) sostener que no existe base fáctica para la aplicación del [art. 54 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#).

Por lo expuesto no advertimos ningún defecto en la motivación determinante de nulidad y ello nos lleva a rechazar el motivo.

CUARTO.- Revisión de hechos probados:

Con correcta alusión al [art. 193.b\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) el recurrente solicita, no que se supriman ni que se corrija el texto de los hechos probados que contiene la sentencia, sino únicamente que se añadan algunos elementos fácticos. Por razones de claridad expositiva examinaremos separadamente cada pretensión.

1.Adición de texto al hecho probado tercero:

Se interesa un añadido de texto que ciertamente resulta de forma directa del documento que se invoca (el nº 6 de la empresa) y que potencialmente podría ser trascendente porque supone que la empresa obtuvo, con la respuesta del trabajador, la confirmación de que padecía COVID19, siendo que la demanda postulaba la nulidad por esta causa. Por tanto, el hecho probado queda así redactado:

TERCERO.- La parte actora ha estado en situación de incapacidad temporal desde el 13.04.2021, con los diagnósticos de COVID-19 y AGORAFOBIA NO ESPECIFICADA. El primer parte de baja médica con el diagnóstico exclusivo de AGORAFOBIA fue de fecha 31.05.2021; siendo el último parte de confirmación del día 20.01.2022 (bloque documental 13, actor).

Por correo electrónico de fecha 3.09.2021, el actor remitió desde su correo particular a Carlos Ramón -Jefe de Operaciones de la parte demandada- un informe de confirmación de la baja médica; respondiéndole éste que "Perdona que te pregunte: has tenido una recaída del Covid? Cuídate". En respuesta al anterior correo electrónico, el trabajador comunicó a Carlos Ramón "Perdona no entiendo la pregunta. Si sigo de baja por covid. Saludos", respondiendo el receptor "Era una pregunta por cortesía. Disculpa" (documento 14, actor).

Desde el 14.09.2021 al 22.09.2021, el trabajador estuvo ingresado en la unidad de agudos del Hospital HESTIA PALAU por "acentuación de la sintomatología ansiosa que no mejoraba a nivel ambulatorio" (documento 12).

2.Adición de texto al hecho probado séptimo:

Pretende en este punto el recurrente que se incorpore al relato fáctico de la sentencia cuál era el objeto social de la empresa para la cual, según la carta de despido, el trabajador prestó servicios durante la situación de IT. Se trata de un dato potencialmente relevante, y resulta de forma directa del documento nº 9.2 (folio 166) que cita el recurrente, así que aceptaremos el añadido quedando el hecho probado con el siguiente texto:

SÉPTIMO.- *La empresa demandada W.E.I VALENCIA SAN LUIS HOTEL S.L tiene como objeto social "La inversión en hoteles y restauración mediante cualquier negocio jurídico, incluido específicamente la adquisición, construcción, rehabilitación y desarrollo inmobiliario" (documento 7).*

La empresa BYPILLOW (registrada como MD MANAGEMENT 2010 S.L), tiene como objeto social la "Promoción, construcción, arrendamiento, gestión y explotación de albergues, establecimientos hoteleros y turísticos de toda clase" (folio 159).

La empresa PATRON PROPERTY SERVICES S.L tiene como objeto social "Constitución, toma de participación o gestión de otras empresas, tenencia, disfrute y enajenación de toda clase de valores mobiliarios por cuenta propia, gestión y dirección de las participaciones en otras empresas".

3.Adición de un hecho probado noveno:

En este punto se propone el siguiente texto:

"NOVENO.- *El trabajador, durante toda la relación laboral con la empresa demandada, nunca ha sido amonestado o advertido por escrito por parte de la demandada en relación con los hechos expuestos en la carta de despido y que han motivado el cese de la relación laboral.*

En particular, no ha sido advertido de las sospechas acerca de eventuales conductas desleales con el objeto social de la

demandada, en los términos que se exponen en la carta de despido."

La doctrina expuesta con anterioridad impide el acogimiento del motivo porque se pretende incorporar un hecho estrictamente negativo, de imposible acogida en una exposición fáctica, y además, la ausencia de amonestaciones previas o de advertencias de sospechas no se alegaron en la demanda ni constan aludidas en la sentencia de instancia, lo que implica que es cuestión nueva a efectos del recurso de suplicación.

4. Adición de un hecho probado décimo:

El texto literal del hecho probado cuya añadidura se solicita es el siguiente:

"DECIMO-. El trabajador aparece en copia de los correos electrónicos de 30, 31 de agosto y 1 de septiembre de 2021, denunciados por la empresa demandada en la carta de despido en aras de justificar su participación en actos de competencia desleal (correos electrónicos, documento 5, folios 128-149, demandada)"

Lo primero sobre lo que debemos llamar la atención es que el fundamento documental de lo solicitado se encuentra, precisamente, en uno de los documentos que según el actor fue obtenido con vulneración de su derecho a la intimidad y que por tanto no debería ser valorado. Un documento puede o no servir de base para formar convicción en función del modo en que se obtuvo, pero lo que no es dable es que no lo sea para unas cosas y sí para otras.

Al margen de lo anterior, los documentos aludidos sólo soportan parcialmente el texto cuya incorporación se interesa tal y como señala la mercantil en su escrito de impugnación. En efecto el texto que se propone alude a correos de los días 30 y 31 de agosto y 1 de septiembre. Sin embargo, alude a los folios 128 a 149, cuando a partir del folio 138 el correo electrónico es uno de 2 de septiembre, al que no se refiere el nuevo redactado. Además, no está en copia en todos ellos, sino que sólo aparece en tal condición en los dos de 30/08/2021 (folios 129 y 130), mientras que en los de 31/08/2021 y 1/09/2021 aparece como destinatario, en el caso del último de ellos de hecho es el único destinatario. En la medida en que el recurso cuestiona la naturaleza e importancia de la intervención del actor en esas conversaciones, el

dato puede tener cierta relevancia, de modo que accederemos a la adición, pero con el texto que resulta de los documentos según lo antes indicado:

"DÉCIMO-. El trabajador aparece en copia de los correos electrónicos de 30 de agosto y como destinatario de los correos de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2021 denunciados por la empresa demandada en la carta de despido en aras de justificar su participación en actos de competencia desleal (correos electrónicos, documento 5, folios 128-149, demandada)"

5. Adición de un hecho probado undécimo:

En este punto se pretende añadir el siguiente texto:

"UNDÉCIMO-. En fecha 7 de septiembre de 2021, siguiendo instrucciones de la parte demandada, el detective privado con licencia nacional número 1-095 emite informe como consecuencia de las investigaciones realizadas sobre el trabajador en fecha 2 de septiembre de 2021 con motivo de una reunión celebrada en esa fecha en el hotel. El informe de detective contiene las siguientes conclusiones: "De las investigaciones llevadas a cabo sobre el Sr. Santos resultan los siguientes hechos: Que el jueves, 2 de septiembre de 2021 se reunió con el Sr. Jesus Miguel en el bar "El Portitxol" de Castelldefels. Que compartieron una documentación. Que fueron al Hotel SB Plaça Europea de L'Hospitalet de Llobregat. Que estuvieron en el hotel 1h y 11 minutos". La documental en poder de Jesus Miguel la constituye el libro de autoescuela de la empresa LA GELTRÚ AUTOESCOLES para permiso A1-A2 (folios 287-247, actora)."

Se dice en el recurso que la solicitud revisora se basa en el documento nº 4 de la demandada, aunque en el propio texto propuesto incluye otra referencia a su propia prueba. En todo caso no podemos aceptar lo que se solicita por varios motivos.

El primero y más relevante es que el documento nº 4 en que se pretende fundamentar el nuevo hecho probado es un informe de detectives, y el mismo de acuerdo con reiterada doctrina casacional no es un medio hábil a los efectos del [art.](#)

[193.b\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#). La [sentencia del TS de 15/10/2014 \(RCUD. 1654/2013 \(LA LEY 158677/2014\)\)](#) lo razona del modo siguiente:

"Es por tanto, doctrina de esta Sala, la que asumimos y reiteramos, que los documentos que reflejan manifestaciones de terceros, entre ellos, los informes de detectives privados, no es dable configurarlos como prueba documental a los efectos de fundamentar la revisión fáctica en suplicación ([art. 193.c LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#)), -- ni tampoco el error de hecho en casación ordinaria ([art. 207.d LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#)) --, al no tratarse de un auténtico documento sino de meras manifestaciones testimoniales formuladas por escrito que por ello no pierden su verdadero carácter de prueba testifical o de una denominada prueba testifical impropia, que solo habría adquirido todo su valor procesal como tal prueba testifical de haber sido ratificada en juicio por sus firmantes, cuya valoración queda a la libre apreciación del juzgador de instancia, como se deduce, además, palmariamente de la redacción literal de los preceptos procesales reguladores; y ello, aunque la prueba testifical en algunos supuestos pueda ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas."

El segundo motivo para rechazar lo que se propone es que el relato de hecho probados no es el alojamiento técnicamente correcto para recoger lo que indican unos u otros documentos, sino que en él se debe recoger una determinada convicción sobre lo sucedido. Es decir que, en todo caso, y de haber sido un documento viable para fundamentar la pretensión, lo que se pudo solicitar era que se declarase probada la existencia de la reunión y sus circunstancias, pero no que el informe dice una cosa o la otra.

En cuanto al libro de autoescuela nula relevancia podría tener cualquier mención al mismo porque en ningún momento se imputa al trabajador en la carta de despido que manejase uno u otro libro, ni tampoco la sentencia atribuye a este dato ninguna

importancia. De hecho, la sentencia sólo alude al informe de detectives, y a la reunión, como muestra de la capacidad de trabajo, y no de la competencia desleal.

6. Adición de un hecho probado duodécimo:

En último lugar en este motivo se solicita por el trabajador recurrente la incorporación a la exposición fáctica del siguiente hecho probado:

"DUODÉCIMO-. La empresa no cuantifica económicamente ni moralmente el eventual perjuicio ocasionado por las conductas del trabajador y en particular, por la supuesta competencia desleal que ha ejercido frente a la demandada."

Basa su pretensión en la carta de despido.

Es inviable lo solicitado en primer lugar porque de nuevo se pretende la incorporación de un hecho formulado en negativo (algo que no ha sucedido) y en segundo lugar porque el dato es irrelevante. La sentencia alude a un perjuicio consistente en que la empresa " *se ve obligada a soportar los costes de la Seguridad Social, sin la correspondiente contraprestación de trabajo*" y para la calificación del despido basta con esa referencia notoria, meramente abstracta y sin cuantificar, sin que sea relevante si en autos consta o no cuánto importaron las cotizaciones a la seguridad social durante la incapacidad temporal.

QUINTO.- Censura jurídica. Infracción del [art. 54 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#).

En el primer motivo formulado al amparo del [art. 193.c\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) el recurrente muestra su disconformidad con la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia y afirma que no existió prestación de servicios para otra empresa, que no incurrió en competencia desleal y que la verdadera razón del despido fue padecer COVID persistente. Se razona en el recurso que en los correos electrónicos que la sentencia recurrida ha tenido en cuenta el demandante únicamente aparece en dos de ellos y en copia, sin intervención real alguna en las conversaciones, y el objeto de ambas empresas es distinto. Se añade que la sentencia alude al perjuicio pero no lo concreta ni cuantifica y no tiene en cuenta el informe de detectives de la propia empresa del que no resulta desempeño laboral y precisamente por ello la sentencia no recoge (a diferencia de la carta de despido)

que en esa reunión se intercambiase documentación como muestra de que era una reunión de trabajo.

La empresa, en su escrito impugnatorio, se opone a las expuestas alegaciones y sostiene el acierto de la sentencia de instancia en su juicio calificador de la decisión extintiva.

Para resolver este motivo de recurso hemos de partir del relato de hechos probados de la sentencia, con las adiciones que han prosperado según lo razonado en el fundamento anterior. Expondremos a continuación, en apretada síntesis, los hechos acreditados son los siguientes, no sin antes destacar que en la medida en que el actor no solicitó por la vía del [art. 193.b\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) la supresión o revisión del hecho probado cuarto, el íntegro contenido de los correos electrónicos aportados, y no sólo aquellos a los que el recurrente se refiere en el recurso, integran el relato de probanzas (en el hecho probado se indica que " *se considera probado el contenido de los correos electrónicos referidos en la carta de despido*"). Los datos fácticos son los que siguen:

- 1.El actor comenzó en 2017 a prestar servicios para MARKET ANALYTICS S.L. como director de un hotel ubicado en Sant Cugat del Vallés.
2. Para el ejercicio de sus funciones disponía de una cuenta de correo corporativa denominada DIRECCION000
- 3.En abril de 2021 *PROMOCIONES ALZAMORA S.L* se subrogó en la posición de empleadora.
4. Cuando *PROMOCIONES ALZAMORA S.L* compró a *REAL ESTATE MARKET ANALYTICS S.L* el hotel del que el demandante era director, un técnico de informática dispuso que los correos que se recibieran en las cuentas de correo terminadas en *hotelthesite.com* y *hotelthesite.es* se redireccionaran a la empresa entrante, ello en cumplimiento de lo que ambas empresas habían acordado. En el caso concreto del actor ello supuso que los correos recibidos en la cuenta *DIRECCION000* se reenviaran directamente a *DIRECCION001*.
5. El trabajador inició una IT el 13.04.2021, con los diagnósticos iniciales de COVID-19 y AGORAFOBIA NO ESPECIFICADA si bien desde el 31.05.2021 el único

diagnóstico era el de agorafobia. El último parte de confirmación acreditado es del día 20.01.2022.

6. Para comprobar que la redirección de correos electrónicos antes aludida funcionaba correctamente en mayo de 2021, por tanto aún durante la baja del actor, el informático le envió un correo de prueba al que el actor contestó.

7. PATRON PROPERTY SERVICES SL es una empresa cuyo objeto social declarado es la *"constitución, toma de participación o gestión de otras empresas, tenencia, disfrute y enajenación de toda clase de valores mobiliarios por cuenta propia, gestión y dirección de las participaciones en otras empresas"*. Su administrador es el Sr. Jesus Miguel (*este último dato de hecho consta, con innegable valor fáctico, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia*)

8. El citado administrador de PATRON PROPERTY envió los siguientes mensajes:

-Dos el día 30/08/2021 en el que solicitaba de otra persona que analizase la evolución del turismo. El demandante figuraba en ambos mensajes como destinatario de una copia del mensaje.

-Uno el día 31/08/2021, cuyo cuerpo se dirigía a una persona llamada Salome a quien solicitaba que intentase hacer dos diapositivas para una presentación y que tuviese los *" números del plan de negocio finalizados al máximo para poder finalizarlos juntos jueves por la mañana"*. En ese mensaje el demandante aparecía como destinatario, junto con la otra persona. Al mensaje se adjuntaba un fichero con un documento que contenía datos relativos a un hotel en Platja d'Aro y en una de cuyas páginas aparecía el actor con la indicación de que era el director comercial, junto con el Sr. Jesus Miguel como gerente y Salome como administrativa y analista.

9. El 01/09/2021 el Sr. Jesus Miguel envió un correo cuyo asunto era *" propuesta de reunión con By Pillow"* en el que le decía a una persona que le interesaba tener *" una reunión inicial"* con sus contactos en By Pillow, informándole de que estaba valorando *" de forma muy inicial la posibilidad de desarrollar un negocio de hostel de playa low cost"*.

10. El 01/09/2021 el demandante le envió al Sr. Jesus Miguel un correo electrónico, desde su cuenta corporativa, indicándole que había puesto *" la foto de Cristobal con*

mi nombre", a lo que el Sr. Jesus Miguel respondió ese mismo día " *cierto, pásame una foto por favor*".

11. El jueves 2/09/2021 se envió un correo en el que el destinatario era el Sr. Jesus Miguel, pero con envío de copia al demandante, al que se adjuntaba un documento con " *los datos actualizados en la presentación*". En ese documento se había corregido la foto que aparecía junto a la referencia al demandante como director comercial.

12. El 6/09/2021 desde una cuenta de correo de la mercantil BYLLOW (cuyo objeto social es *la Promoción, construcción, arrendamiento, gestión y explotación de albergues, establecimientos hoteleros y turísticos de toda clase*) se envió un mensaje al Sr. Jesus Miguel pasándole sus datos de contacto. El Sr. Jesus Miguel reenvió ese mensaje, sin añadir ningún texto, al demandante, siendo éste el destinatario único del mismo.

Antes de proseguir, y a la vista de las manifestaciones contenidas en el recurso debemos hacer dos consideraciones previas.

La primera consiste en destacar que la sentencia no menciona siquiera la existencia de la reunión mencionada por el recurrente al pretender la adición de hechos probados. El Magistrado de instancia no incorpora al relato de hechos probados nada que resulte del informe de detectives, omitiendo también en los fundamentos cualquier referencia a las reuniones o su contenido. Por tanto, la conducta que debemos examinar en esta alzada es, exclusivamente, la que reflejan los correos electrónicos, ya que los contactos personales resultantes del informe de detectives quedaron fuera del contenido fáctico de la sentencia recurrida.

La segunda nos lleva a señalar que en ningún momento del recurso se denuncia la infracción del [art. 55 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#), ni de los [arts. 10 \(LA LEY 2500/1978\)](#) y [15 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#), ni se menciona -salvo en el suplico- la calificación de nulidad del despido, ni tampoco se ofrece ningún razonamiento en el que dando cumplimiento a las previsiones del [art. 196 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) el recurrente explique por qué motivo discrepa de lo que razona la sentencia en su fundamento de derecho segundo, exclusiva y específicamente destinado a rechazar la concurrencia de causa discriminatoria. Sólo

construyendo *ex officio* el recurso la Sala podría contradecir la conclusión de la instancia denegatoria de la nulidad, lo que legalmente nos está vedado y por tanto no haremos. Siendo ello así limitaremos nuestro pronunciamiento a resolver sobre lo que se alega en el recurso, que tiene que ver con la improcedencia del despido.

Sentado todo lo anterior, partiendo del relato de hechos probados, y por tanto de lo que resulta de los correos electrónicos a los que el mismo se remite íntegramente, disentimos de la conclusión de la sentencia recurrida. En ella se ratifica la procedencia, con carácter principal, por las actividades desarrolladas durante la IT. Razona el juez a quo que "la parte actora realizó tareas propias de su profesión habitual estando en situación de incapacidad temporal, lo que constituye una conducta fraudulenta y transgresora de la buena fe contractual", y que "si podía trabajar y llevar a cabo las mismas tareas que realizaba en la empresa, debió interesar su reincorporación". Sólo como "argumento complementario" alude el Magistrado a la competencia desleal, basándola en que el trabajador estaba "llevando a cabo las mismas o similares tareas que en la empresa demandada".

Como hemos adelantado, el relato de hechos probados no incluye menciones a las reuniones que recoge el informe de detectives, así que la única conducta que podemos valorar en esta alzada es la que resulta de los correos electrónicos. De ellos lo que se desprende es que *el recurrente fue incluido en conversaciones relativas a la posible puesta en marcha de un establecimiento hostelero en Platja d'Aro, del que sería director comercial si se llevaba a término. No se trataba de mensajes alusivos a un establecimiento en funcionamiento, ni que implicasen que estaba desarrollando actividad como director comercial, sino exclusivamente que se estaban buscando inversores para que el proyecto saliera adelante.*

En relación con las actividades durante la situación de baja médica esta Sala ha señalado en la sentencia de [9/03/2018 \(rec. 6987/2017\) \(LA LEY 43337/2018\)](#) lo siguiente:

"La realización de trabajos incompatibles con la situación de IT se ha apreciado como transgresión grave de la buena fe contractual, entre otras en : STS de 23 enero 1990 RJ 1990 \198 y de(STS 12 de julio de 1990 (RJ 1990, 6102). Tal doctrina es seguida por esta Sala , entre otras, en SSTJ Catalunya núm. 8178/2010 de 16

diciembre, JUR 2011\88312; núm. 3256/2010 de 5 mayo, JUR 2010\314655;núm. 513/2010 de 26 enero JUR 2010\158885, y en la reciente STSJ Catalunya núm. 4086/2011 de 8 junio (LA LEY 129755/2011) JUR 2011\291355, cuando se afirma:

"El Tribunal Supremo entiende que no toda actividad realizada en situación de incapacidad temporal es sancionable con el despido, sino sólo aquella que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS 12 de julio de 1990), habiendo señalado asimismo que la realización de actividades laborales por cuenta propia o ajena durante la situación de IT, constituye una clara transgresión de la buena fe contractual, pues el incapacitado temporalmente debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud en el sentido de abstención de toda actividad laboral, de tal modo que en el supuesto de resultar compatible la enfermedad con la realización de algún trabajo , éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización, pues sobre la misma pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir (STS de 12 de julio de 1990), ya que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a la que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutivo del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido (STS de 23 de julio de 1990)"

Por otro lado, en la STSJ Catalunya núm. 3337/2011 de 13 mayo (LA LEY 99491/2011) JUR 2011\248513 apreciamos que el hecho de estar realizando una

actividad que le exponía a una recaída prologando la situación de IT, contraviniendo su deber de recuperación normal de su salud en perjuicio de la empresa demandada, y del sistema de la Seguridad Social, es motivo de despido, doctrina que se repite en las sentencias de esta Sala de fechas 17/7/98 , 4/10/99 y 19/4/02 , en las que se considera, que fuese cual fuese la patología que originó la incapacidad temporal , si la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho, el despido acordado por tal causa ha de ser considerado procedente, por cuanto si era capaz de llevar a cabo la actividad referenciada, aunque hubiera sido sin cobrar cantidad alguna, también podía desempeñar su trabajo habitual, que realiza mediante la ejecución de un contrato de trabajo en que el trabajador se obliga a trabajar a cambio de contraprestaciones por parte de la empresa, tales como el salario, las cotizaciones de Seguridad Social, etc."

De acuerdo con esa doctrina, sólo si las actividades desarrolladas durante la IT evidencian el fraude (porque muestran aptitud para el trabajo habitual) o perjudican la curación (porque interfieren negativamente en el proceso curativo) pueden ser consideradas una transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato. En el caso de autos no consideramos que la limitada participación del actor en los correos electrónicos perjudicase desde el punto de vista médico la agorafobia que justificaba su baja médica, ni tampoco que esa intervención revele aptitud para el trabajo. Discrepamos de la sentencia de instancia cuando afirma, por dos veces, que durante la IT el trabajador desarrolló "las mismas tareas" que desarrolla en la empresa demandada. Es notorio cuáles son las funciones del gerente de un hotel, pero constan también en el art. 17.C.d) del ALEH (Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo) y comprenden la dirección, planificación, organización y control del sector de su responsabilidad y las funciones de control y coordinación de los trabajos y de las personas a su cargo, la implantación de sistemas de calidad total en la empresa, realizar inventarios y controles de materiales, mercancías, etc., cuidar de que la producción reúna las condiciones exigidas, tanto higiénicas como de montaje, elaborar las estadísticas e informes de su centro para la dirección de la empresa y otros departamentos, elaborar las programaciones diarias para su distribución e implicarse activamente en los planes de seguridad y salud laboral. Ese desempeño profesional no equivale a recibir unos correos electrónicos, contestando a un con apenas unas líneas ni, tampoco, es

asimilable a formar parte, de manera más o menos intensa, de negociaciones preliminares para acabar poniendo en marcha un hotel.

La agorafobia, como es notorio, tiene que ver con reacciones de miedo o ansiedad en relación con determinados espacios o situaciones, y en esos términos generales nos parece compatible con el uso de un correo electrónico aunque sea de la forma que consta acreditada. Recordemos que no se declaran probadas las salidas del domicilio, pero, aunque así fuera, sólo serían dos, y a falta de más datos médicos no es presumible que la dolencia se presentara en tal grado que impidiera cualquier actividad fuera del domicilio. Ni existe prueba de que el trabajador infringiera las prescripciones médicas sobre su recuperación, ni tampoco recibir correos, y enviar uno, incluso con la participación que ello supone en un proyecto, revela que tuviera capacidad para desplazarse al hotel, mantenerse en él una jornada de trabajo completa y realizar allí todas las tareas que le correspondían, con la evidente dedicación mental que implican.

En cuanto a la competencia desleal, tampoco advertimos que concurra en este caso. No consta acreditada la existencia de ningún pacto específico al respecto, y *la mera participación en conversaciones que podrían llevar al trabajador a cambiar de empresa no supone un acto de competencia desleal.* Por tal debe entenderse la que consiste en "realizar labores de la misma naturaleza o rama de producción de las que se está ejecutando en virtud de contrato de trabajo, sin consentimiento del empresario, y siempre que le cause un perjuicio real o potencial" (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1.990 (RJ 1990, 1135) y 22 de marzo de 1.991 (RJ 1991, 1889)). El actor no llegó a desarrollar actividades que concurriesen en el mercado con su empleadora, *únicamente aparecía como director comercial en una presentación relativa a un proyecto que podía, o no, materializarse. Toda persona tiene derecho a progresar en su carrera profesional y, por tanto, a contemplar y explorar las opciones que se le puedan presentar incluso en su mismo sector de actividad. Puede incluso hacerlo durante la situación de IT si, como es el caso, el diagnóstico que la motiva no es incompatible con lo que esa exploración de alternativas profesionales implica.*

Puede que la empleadora albergara sospechas sobre la realidad de la dolencia a la vista de los correos electrónicos, y se incrementaran con el informe de detectives,

pero el contenido de este último no pasó al relato de hechos probados, y nada hay en autos que de forma contundente excluya la existencia de la agorafobia y sus consecuencias incapacitantes. Del mismo modo *puede que le contrariara que, justamente durante la IT, el trabajador aprovechase para explorar su salida de la empresa con colocación en otro establecimiento hotelero, pero no hay en ello acto de competencia desleal sino mera prospección de alternativas laborales futuras.* Por ello a nuestro criterio no concurren en este concreto supuesto las exigencias del [art. 54 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#) sobre la transgresión de la buena fe contractual y procede, por ello, la estimación del recurso. Ello supone exclusivamente la declaración de improcedencia por cuanto, como adelantamos, nada se razona en el recurso sobre la nulidad que la sentencia expresamente negó, y tampoco en todo caso había elementos para apreciarla. *La mera constatación de una situación de IT por agorafobia (el diagnóstico de infección por COVID19 mutó en pocas semanas) que se había prolongado durante cinco meses no puede sin más asimilarse a la existencia de una discapacidad* a los efectos que se pretendía en la demanda, por no concurrir los requisitos exigibles para ello. Nos corresponde comprobar el carácter "duradero" de la dolencia basándose en los elementos objetivos de que disponemos " *en particular en documentos y certificados relativos a esa persona, resultado de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales*" (STJUE 11/04/2013, Caso Ring y Skouboe Werge, C-335/11 (LA LEY 23506/2013) y C-337/11; STJUE 18/12/2017, Caso FAO, C-354/13; [STJUE 01/12/2016, Caso Daoudi, C-395/15 \(LA LEY 169927/2016\)](#)). En la demanda la nulidad se vinculaba con decisiones empresariales relativas a un ERTE del que nada se recoge en la sentencia de instancia. Adicionalmente, aunque se considerase existente un indicio de vulneración del derecho a la salud e integridad física, los hechos acreditados explican de forma objetiva y razonablemente ajena a cualquier móvil discriminatorio la decisión extintiva empresarial.

La sentencia no da noticia de la fecha de alta médica, así que quedará sin determinar la fecha concreta de inicio de devengo de salarios de tramitación, para el caso de optarse por la readmisión. En el escrito de ampliación de demanda se reconoció que la anterior empleadora (PROMOCIONES ALZAMORA S.L.) se había extinguido, siendo absorbida por fusión por W.E.I. VALENCIA SAN LUIS HOTEL, S.L.U., que consecuentemente será quien deba pasar por las consecuencias del despido.

Vistos los preceptos citados y por las razones expuestas

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación formulado por D. Santos frente a la sentencia dictada por el Juzgado Social n ° 2 de Terrassa, de 21 de marzo de 2022, en el procedimiento nº 666/2021, que revocamos y, en su lugar, con estimación parcial de la demanda, declaramos la improcedencia del despido articulado respecto del demandante en fecha 10/09/2021 condenando a W.E.I. VALENCIA SAN LUIS HOTEL, S.L.U. a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a razón de 178,08 euros diarios desde la fecha del alta médica correspondiente al proceso que había iniciado el 31/05/2021 hasta el día de efectiva readmisión o, a elección del empresario, a abonar una indemnización en cuantía de 24.976,03 euros. Sin costas.

Deberá la empresa efectuar la opción mediante escrito que habrá de presentar **ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dentro del plazo de cinco días** desde la notificación de la sentencia, con apercibimiento de que en caso de no hacerlo se entenderá hecha la misma a favor de la readmisión.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el [Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#).

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 229 del Texto Procesal Laboral \(LA LEY 19110/2011\)](#), todo el que sin tener la condición de trabajador o

causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el [artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#), depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#), con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma.

Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.