



Roj: **STSJ CAT 10614/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:10614**

Id Cendoj: **08019340012023106589**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2023**

Nº de Recurso: **3424/2023**

Nº de Resolución: **6544/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIPE SOLER FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2021 - 8026501

MC

Recurso de Suplicación: 3424/2023

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. RAÚL URÍA FERNÁNDEZ

En Barcelona a 17 de noviembre 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

S E N T E N C I A núm. 6544/2023

En los recursos de suplicación interpuestos por D. Faustino y HORGRUPAN, S.L.U., HORNO MADRIPAN, S.L. y PANGRUSA, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Barcelona de fecha 30 de enero de 2023 dictada en el procedimiento Demandas nº 517/2021 y siendo recurrido FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA) y MINISTERI FISCAL, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Felipe Soler Ferrer.

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 30 de enero de 2023 que contenía el siguiente Fallo:

" Se *ESTIMA PARCIALMENTE* la demanda interpuesta por D. Faustino contra HORGRUPAN S.L., HORNO MADRIPAN S.L., PANGRUSA S.L. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y se *DECLARA* el carácter improcedente del despido efectuado el 27/05/2021, condenando a las demandadas solidariamente a estar y pasar por esta declaración, y a que a su opción, que deberán ejercitar en el término de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución y por mediación de este Juzgado, readmitan a la parte actora en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido, o den por extinguido el contrato de trabajo, con abono en este último caso



de la indemnización de 30.798,70 €; entendiéndose que de no efectuar dicha opción procede la readmisión, y en el caso de que proceda la readmisión deberán abonar asimismo los salarios dejados de percibir desde que se adoptó el despido y hasta la efectiva readmisión a razón de 138,27 €/día.

Se ABSUELVE a Fogasa, sin perjuicio de su responsabilidad legal subsidiaria en caso de impago."

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

" **PRIMERO.-** El demandante, D. Faustino, ha venido prestando servicios por cuenta de Horgrupan S.L.U. desde el 15/09/14, con contrato indefinido, ostentando la categoría profesional de jefe de ventas (grupo profesional 9). (No controvertido)

SEGUNDO.- El demandante recibió en fecha 27/05/2021 una carta de despido disciplinario cuyo contenido obra en folios 21 y 22 del expediente y se da por reproducido a efectos expositivos.

TERCERO.- Al tiempo del despido el demandante percibía un salario base de 13.656,48 euros brutos anuales, una retribución voluntaria de 18.929,40 euros brutos anuales, y tres pagas extraordinarias por importe total de 3.414,12 euros anuales. (No controvertido)

Las comisiones variables percibidas en el periodo comprendido entre mayo de 2020 y mayo de 2021 ascienden a 14.467,00 euros. (Hecho reconocido en contestación a la demanda)

CUARTO.- El contrato de trabajo suscrito en 2014 preveía una retribución variable mensual en concepto de comisión por ventas del 1% para los primeros 100.000 euros; del 0,5% para las ventas de 100.001 a 200.000 euros, y del 0,3% para las ventas a partir de 2001 euros. También se preveía una bonificación anual de 3.000 euros si la facturación alcanzaba 1.800.000 euros; 5.000 euros si alcanzaba los 3.000.000 euros; y 7.000 euros si alcanzaba los 4.200.000 euros.

El contrato de trabajo también indicaba en relación al uso de medios móviles e informáticos-uso de internet: "Ambas partes convienen que la utilización de los sistemas informáticos de comunicación (internet), será única y exclusivamente para fines profesionales, autorizando expresamente a la empresa para que pueda verificar, en cualquier momento, el contenido de los ficheros de su PC, Tablet y e-mail personal adjudicado por la misma. Así los teléfonos móviles y Tablet facilitados por la empresa solo podrán ser utilizados por el trabajador para fines profesionales relacionados con la entidad". (Folios 106 a 114)

QUINTO .- En el año 2017 La empresa modificó el sistema de comisiones mediante una comunicación que indicaba que "los objetivos establecidos para este año invalidan cualquier acuerdo anterior y son aceptados por las partes". El contenido del documento obra en folio 189 y se da por reproducido a efectos expositivos.

El 15/09/17 el demandante suscribió un documento declarando haber recibido hasta el mes de agosto de aquel año en concepto de comisiones la cifra de 6.295,81 euros. El documento también señala: "Estoy de acuerdo que a partir del 1 de septiembre dichas cantidades me sean ingresadas en la nómina mensual como comisión variable o concepto similar. Así mismo, se modifica el pago de comisiones del rango 1 a 100.000€ de ventas, pasando del 0,75 al 1%." (Folio 190)

SEXTO.- En el año 2018 la empresa estableció un nuevo sistema de comisiones fijando un objetivo individual de facturación de 949.166 y una retribución variable de 7.119,00 euros.

El demandante alcanzó unas ventas equivalentes al 135% del objetivo y percibió 9.655 euros en concepto de comisión por ventas, distribuido en 12 pagos mensuales variables atendiendo al porcentaje alcanzado cada mes. (Folios 192 a 204)

SÉPTIMO.- En el año 2019 la empresa actualizó el objetivo y la retribución variable fijando un objetivo individual de facturación de 2.223,029 euros y una retribución de 19.230,00 euros.

El actor alcanzó unas ventas equivalentes al 129% del objetivo y percibió 24.552,00 euros en concepto de comisión por ventas, distribuido en 12 pagos mensuales variables atendiendo al porcentaje alcanzado cada mes. (Folios 205 a 217)

OCTAVO.- En el año 2020 la empresa actualizó el objetivo y la retribución variable fijando un objetivo individual de facturación de 2.688,056 euros y una retribución de 19.230,00 euros. Dada la situación generada por el COVID 19, en mayo se llevó a cabo una revisión de objetivos reduciendo la misma a 2.531.895 euros.

El actor alcanzó unas ventas equivalentes al 66% del objetivo y percibió 12.692,00 euros en concepto de comisión por ventas, distribuido en 12 pagos mensuales variables atendiendo al porcentaje alcanzado cada mes. (Folios 217 a 238)



NOVENO.- En el año 2021 la empresa mantuvo el objetivo y la retribución variable fijando un objetivo individual de facturación de 2.531.895 euros y una retribución de 19.230,00 euros.

El actor fue despedido en el mes de mayo, habiendo percibido hasta entonces la suma de 1.639,00 euros en concepto de comisiones por ventas. (Folios 239 a 243)

DÉCIMO.- El documento resumen de comisiones percibidas por el actor en 2021 indica que existe un saldo a regularizar de 2.871 euros correspondiente a las comisiones a abonar durante los meses de marzo, abril y mayo de 2021. (Folio 240)

DÉCIMO PRIMERO.- El demandante estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 21/01/21 hasta el 25/05/21. (Folio 42)

DÉCIMO SEGUNDO.- La facturación del demandante durante el mes de octubre de 2019 y los meses de enero de 2020 a marzo de 2021 fue la siguiente:

- * Noviembre 2019: 203.766,31 euros.
- * Diciembre 2019: 199.560,14 euros.
- * Enero 2020: 206.897,28 euros.
- * Febrero 2020: 194.015,18 euros.
- * Marzo 2020: 190.503,80 euros.
- * Abril 2020: 112.156,10 euros.
- * Mayo 2020: 102.467,12 euros.
- * Junio 2020: 153.233,53 euros - Julio 2020: 206.139,52 euros.
- * Agosto 2020: 161.131,85 euros
- * Septiembre 2020: 152.015,65 euros.
- * Octubre 2020: 165.305,00 euros.
- * Noviembre 2020: 147.048,00 euros.
- * Diciembre 2020: 154.262,00 euros.
- * Enero 2021: 139.209,00 euros.
- * Febrero 2021: 118.808,00 euros.
- * Marzo 2021: 150.500,00 euros.
- * Abril 2021: 170.342,00 euros.
- * Mayo 2021: 145.627,00 euros (Folios 310, 359)

DÉCIMO TERCERO.- La facturación mensual que las empresas codemandadas han efectuado a través de comerciales distintos al actor en el periodo 01/10/19 a 31/03/21 respecto de los clientes Artesanía Congelada S.L., Consupan S.L., Unión Detallistas Españoles S. Coop., Atrian Bakers S.L. y Disfood Selección S.L. consta en folio 93 de las actuaciones y se da por reproducido a efectos expositivos.

DÉCIMO CUARTO.- La facturación anual global de las empresas codemandadas en las zonas de Cataluña, Aragón y Levante en el año 2020 asciende a 2.117.191,46 euros. (folio 94)

DÉCIMO QUINTO.- El demandante presentó papeletas de conciliación frente a la empresa en reclamación de diversos conceptos retributivos en fechas 13/10/20, 28/12/20 y 31/03/21.

También presentó demandas de actos preparatorios ante los Juzgados de lo Social el 05/02/21 y el 12/02/21. (Folios 390 a 422)

DÉCIMO SEXTO.- La empresa facilitó al demandante una tarjeta SIM con número NUM000 para llevar a cabo llamadas y conexiones a Internet relacionadas con el trabajo. Asimismo, disponía de correo electrónico de empresa. (No controvertido)

DÉCIMO SÉPTIMO.- La empresa Horgrupan recibió factura de Vodafone por valor de 1.012,61 euros correspondiente al mes de enero de 2021, en la que constan tres llamadas realizadas los días 22/01 y 26/01 por el número de móvil asignado al demandante.



La factura del mes de febrero de 2021, por valor de 1.022,20 euros, señala 12 dicta SMS el día 23/02 y 147 conexiones a internet.

La factura del mes de marzo de 2021, por valor de 1024,93 euros, indica la realización de siete llamadas y 272 conexiones a Internet.

La factura del mes de abril, por valor de 1.233,38 euros, indica la realización de cinco llamadas y 157 conexiones a Internet, 56 de ellas haciendo uso de roaming entre los días 3 y 4 de abril. (Folios 143 a 150)

DÉCIMO OCTAVO.- En fecha 08/04/21 el demandante remitió a la empresa Horgrupan un mail con el siguiente contenido: "Buenos días Estefanía . En lo sucesivo te agradecería que me pusieseis en copia en los comunicados que les hagais llegar a los compras de los mismos semanalmente de "palets" y mensualmente de importe para evitar que sean ellos los que me informen de los mismos. Como sabes mi incapacidad laboral transitoria es debido a un problema grave del aparato digestivo, lo que me obliga a llevar una dieta y medicación muy exhaustiva, con horarios estrictos, para intentar erradicar las hemorragias intestinales y diarreas diarias". (Folio 152)

DÉCIMO NOVENO.- El día 02/06/21 el médico de familia expidió informe clínico señalando: "Paciente que debido a sus patologías crónicas se le recomienda que camine, realice actividades que favorezcan la relajación... (desplazamientos) para de esa manera mejore el control glucémico y evito brotes de colitis ulcerosa". (Folio 442)

VIGÉSIMO.- El demandante disponía de tarjetas de visita de las tres empresas demandadas en las que consta su nombre y su condición de jefe de ventas. (Folio 372)

VIGÉSIMO PRIMERO.- Horgrupan tiene su domicilio social en Avda. de los Cantillos, 3, de Velilla de San Antonio (Madrid). Su socio único y administrador único es D. Prudencio . (Folios 373 a 375)

Horno Madripan tiene su domicilio social en C/ Cuarzo, 18, de Arganda del Rey (Madrid). Su socio único y administrador único es D. Prudencio . (Folios 376 a 380)

Pangrusa tiene su domicilio social en C/ Finanzauto, 21, de Arganda del Rey (Madrid). Su socio único y administrador único es D. Prudencio .

(Folios 381 a 385)

El objeto social de las tres sociedades es el mismo.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El actor presentó papeleta de conciliación en fecha 14/06/21, y el acto de conciliación se celebró con resultado de sin efecto. (Folio 25)"

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunciaron recurso de suplicación la parte actora, Faustino , y las partes codemandadas, HORGRUPAN, S.L.U., HORNO MADRIPAN, S.L. y PANGRUSA, S.L., que formalizaron e impugnaron de contrario dentro de plazo, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda rectora del procedimiento, declarando la improcedencia del despido disciplinario del trabajador demandante, con los efectos inherentes a dicha declaración, de los que hace responsables solidariamente a las empresas codemandadas, por entender que forman un grupo de empresas patológico, fijando un salario regulador del despido de 138,27 € brutos/día.

Disconformes con dicha resolución judicial se alzan en suplicación tanto la parte actora como la representación letrada conjunta de las empresas codemandadas (HORGRUPAN SLU, HORNO MADRIPAN SL y PANGRUSA SL). En el recurso de la parte actora, impugnado de contrario, se impugna el salario regulador del despido, así como su calificación, que entiendo ha de ser de nulidad. Por su lado, el recurso de las empresas, también impugnado de contrario, sostiene que el despido se ha de calificar como procedente.

SEGUNDO.- Por obvias razones de método se han de analizar los motivos de revisión fáctica que, planteados en los recursos al amparo del apdo. b) del art. 193 LRJS, puedan tener incidencia sobre la calificación del despido.

No sin antes recordar que la suplicación no constituye una segunda instancia ni una apelación que permita una revisión "ex novo" de las pruebas practicadas en el juicio sino, además y principalmente, que cualquier modificación o alteración en el relato de hechos declarados como acreditados por el juzgador "a quo" no sólo ha de resultar trascendente a efectos de la solución del litigio sino que, en todo caso, ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación conjunta que respecto de los "elementos de convicción" -concepto más amplio que el de medios de prueba aportados a



los autos- el art. 97.2 LRJS le otorga, no puede verse contradicha ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada.

Dicho lo cual, la parte actora propone la revisión del hecho probado cuarto, a fin de añadir al mismo que "(...) Se utilizaban de forma indistinta el teléfono móvil y la dirección de correo electrónico profesionales y particulares del actor tanto por las empresas demandadas como de los clientes durante su situación de incapacidad temporal". Se apoya dicha pretensión, en primer lugar, en las declaraciones de clientes obrantes en autos, que con independencia de que no fueran impugnadas de contrario carecen de eficacia revisora en suplicación, pues pese a su forma documental, en tales documentos sólo se recogen las manifestaciones de clientes de las demandadas, por lo que en realidad son declaraciones testificales, sin que el hecho de que tales declaraciones sean recogidas documentalmente les haga perder su carácter testifical, y sabido es que la prueba de testigos no es apta para revisar hechos probados en suplicación. También se cita en apoyo de la revisión unos WhatsApp, pero reiteradamente tiene dicho esta Sala que carecen de eficacia revisora en suplicación, pues las comunicaciones entre las partes remitidas por vía telemática, como los WhatsApp, no constituyen una prueba documental que permita concluir de forma clara y absolutamente incontrovertida los asertos que contienen. Este tipo de documental carece de los requisitos necesarios para dar prueba fehaciente, a efectos del recurso de suplicación, de un determinado hecho, desvirtuando las conclusiones alcanzadas por el juzgador de instancia, previa valoración conjunta de la prueba aportada y practicada. Estos medios de comunicación no hacen otra cosa que reflejar las comunicaciones que las partes intercambian entre sí. Como tales, pueden ser objeto de valoración en la fase de instancia, en donde el juzgador puede contrastar su contenido y considerarlo acreditado mediante la valoración de otras pruebas, especialmente, la testifical o los interrogatorios de parte, pero insistimos en que no pueden considerarse documental fehaciente a los efectos del artículo 193.b) LRJS. En tal sentido la STS de fecha 06/04/2022, rcud. 1370/2020 señala que "...La doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste que, junto con otras de esta misma Sala, ha reiterado la ineficacia a efectos de fundamentar la revisión de hechos probados en un recurso de suplicación de una prueba consistente en reproducción de sonido o imagen. En efecto, esta Sala se ha pronunciado sobre tal cuestión en SSTS de 16 de junio de 2011 (Rcud. 3983/2010); de 26 de noviembre de 2012 (Rcud. 786/2012), aquí aportada de contraste; de 20 de julio de 2016 (Rec. 22/2016) y de 15 de enero de 2020 (Rec. 166/2018), así como en el ATS de 27 de julio de 2016 (Rcud. 3627/2014) ...". Y esta propia Sala de Cataluña recientemente lo ha reiterado, por ejemplo, en nuestra sentencia de fecha 20 de julio de 2022 (recurso1943/2022) y en relación a los mensajes de WhatsApp, que no se consideran documentos a esos efectos, aunque figuren transcritos en papel, por lo que carecen de eficacia revisora en suplicación, también otras Sentencias de esta Sala de fechas 9.12.2021 (recurso 5241/21), 2.3.2022 (recurso 6993/2021) y 4.3.2022 (recurso 6141/2021). También se citan unos emails que, según la parte actora, acreditarían que el trabajador despedido recibía emails (folios 465 a 475) de carácter profesional a su dirección de correo electrónico personal, incluso por parte de la empresa (folio 468), también durante su situación de incapacidad temporal (folios 460, 465, 466 y 467), con cita en particular de emails (folios 451, 452, 453, 454) remitidos por la empresa al actor durante la baja médica sobre cuestiones de carácter laboral. Bien sabido es que el TS, a partir de su sentencia de 23/07/2020 RCUUD 239/2018, ha considerado el correo electrónico como documento eficaz a efectos de revisión probatoria en suplicación. El actor estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 21/01/2021 hasta el 25/05/2021 (HP 11°); dicho lo cual, los folios 465 a 475 de autos recogen "pantallazos" de mails, ya valorados por el juzgador de instancia, sin que de ellos pueda deducirse que las comunicaciones recibidas o enviadas se hayan llevado a cabo con medios particulares. Sí se acreditan en cambio en dicho periodo de IT cuatro comunicaciones por correo electrónico remitidas por la empresa al correo profesional del actor sobre cuestiones laborales (folios 451, 452, 453 y 454). Por tanto, de los medios probatorios que se han citado y analizado no se evidencian los hechos que la parte actora pretende adicionar al hecho probado cuarto. La constancia de estas cuatro comunicaciones resulta en cualquier caso irrelevante para la suerte del recurso, pues la imputación empresarial se centra en el uso indebido del teléfono móvil de empresa para fines particulares. Por último, el documento que se cita en el motivo, obrante a folio 540 de autos, en modo alguno patentiza que el actor estando de baja médica recibiera llamadas telefónicas de clientes.

En virtud de todo lo expuesto, no puede prosperar la revisión fáctica en los términos propuestos en el recurso.

También podría tener incidencia en la calificación del despido, de fecha 27/05/2021, la adición que se propugna para el hecho probado 15º del siguiente texto: " Las empresas le modificaron al actor la ruta que debía seguir semanalmente y propusieron la firma de unas nuevas condiciones retributivas como anexo datado de la fecha del contrato de trabajo de 15 de septiembre de 2014". Revisión que se acoge favorablemente a la vista de la documental invocada, si bien hemos de advertir que carece de trascendencia para la suerte final del recurso, pues la empresa acredita razones objetivas (folios 135 y 136), no desvirtuadas de contrario, para el cambio de rutas, al tiempo que en anexo a su contrato de trabajo el actor ya se comprometió a realizar cuantos desplazamientos fueran necesarios para el correcto desempeño de la actividad profesional (folio 111).



TERCERO.- Por su parte, las empresas recurrentes solicitan la revisión del hecho probado 17º de la sentencia recurrida, para que se precise que la empresa HORGRUPAN " *tiene contratada una tarifa plana*" y se adicione al mismo "in fine" el siguiente texto: "(...) *generando un gasto adicional a la empresa cuando al haber llegado al límite de uso de datos con la tarifa plana, se inicia la contratación para hablar y navegar por internet en el extranjero con la tarifa RED*", pretensión modificatoria que se acepta por la Sala a la vista de la documental invocada (folios 143 a 150).

CUARTO.- Ya en sede de examen del derecho aplicado en la resolución discutida, al correcto amparo del apdo. c) del art. 193 LRJS, las partes recurrentes sostienen, lógicamente, posturas opuestas sobre la calificación del despido disciplinario de actor.

La censura jurídica planteada en los recursos se ha de examinar a la luz de los hechos declarados probados en la resolución de instancia, con las revisiones aceptadas en esta fase de suplicación. Por lo que la Sala no puede entrar a valorar la cuestión planteada al margen de dichas objetivaciones fácticas, de modo que no pueden analizarse manifestaciones, alegaciones o consideraciones que puedan verterse en los recursos ajenas a dicho relato histórico o que cuestionen por esta vía la valoración probatoria realizada en la instancia.

Dicho lo cual, comenzado por el recurso del actor, alega en un primer motivo, atinente a la calificación de nulidad del despido que postula, la infracción del art. 55, apartados 5 y 6, del ET y de los arts. 108.2 y 181.2 LRJS, así como de la doctrina judicial contenida en sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia.

Comenzaremos por señalar que el art. 193.c) LRJS señala como posible objeto del recurso de suplicación "examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia" y por esta vía se trata de conseguir la revisión de la sentencia basada en una presunta mala aplicación e interpretación tanto de la normativa jurídica como de la jurisprudencia utilizada para resolver la cuestión litigiosa de fondo, el denominado error " *in iudicando*". Así las cosas, la jurisprudencia también puede ser conculcada dando lugar a este motivo, pero por tal ha de entenderse únicamente la doctrina legal emanada del Tribunal Supremo conforme a lo dispuesto en el artículo 1 párr. 6º del CC. Por no crear propia y verdadera jurisprudencia no puede basarse este motivo en la infracción de doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Dicho lo cual, argumenta, en resumen, la parte actora, que el despido sería una represalia de la empresa por las reclamaciones formuladas por el demandante sobre sus condiciones retributivas, por lo que existirían sólidos indicios de vulneración de la garantía de indemnidad, sin que, a su juicio, se hayan desvirtuado por la empresa mediante la aportación de una justificación, objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida extintiva adoptada y de su proporcionalidad.

Debemos recordar que, con ocasión de la alegación de la vulneración de la garantía de indemnidad, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de recordar que en los denominados "despidos pluricausales", esto es, aquellos en los que confluyen de una parte una causa o fondo discriminatorio y, de otra, eventuales motivos concomitantes de justificación del despido, es válido para excluir que el mismo sea contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de la calificación que merezca -procedente o improcedente- permita excluir cualquier propósito discriminatorio

Trasladando esta doctrina constitucional al caso que nos ocupa, es cierto que existen indicios para sospechar fundadamente que el cese del actor pudo responder a una represalia empresarial por el reiterado ejercicio de sus derechos frente a la empresa. Indicios relativos a reclamaciones del actor sobre sus condiciones retributivas en fechas anteriores y relativamente próximas a la fecha de la extinción contractual (HP 15º). Pero no es menos cierto que, como destaca la sentencia de instancia en su FJ 3º, existen unos contraindicios que cuestionan seriamente que el cese responda a esas reclamaciones del trabajador o a su situación de incapacidad temporal, pues la empresa ha probado el uso por el actor de dispositivos telemáticos puestos a su disposición para uso profesional exclusivo en actividades privadas, realizado además durante la situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, acreditando también la empresa el desplazamiento del actor al extranjero durante la baja médica, pese a que el trabajador había informado a su empleadora de que la baja respondía a una enfermedad grave del aparato digestivo que le obligaba a llevar una dieta y medicación muy exhaustiva, con horarios estrictos, para intentar erradicar las hemorragias intestinales y diarreas diarias, lo que, para la empresa, constituía una dolosa y grave transgresión de la buena fe contractual. Esos contraindicios, en modo alguno endebles o no concluyentes, son suficientes para desvirtuar los indicios de actuación discriminatoria contra el recurrente, y ello, aunque los hechos imputados en la carta de despido, que el juzgador estima acreditados (v. FJ 3º "in fine"), pudieran ser insuficientes para justificar la calificación de procedencia del cese disciplinario decidido por la empresa.

Debiendo por tanto rechazarse la pretendida declaración de nulidad del despido y de sus consecuencias (readmisión, salarios de trámite e indemnización de daños morales), quedando únicamente, respecto del



recurso del actor, examinar su impugnación del salario regulador del despido, para el caso de que se mantenga en esta fase procesal la declaración de improcedencia del cese.

QUINTO.- Por su parte las empresas recurrentes estiman infringidos, por no aplicación al caso, los arts. 108 y 122.1 LRJS, 5, 20. 54.2.d), 55.4 y 58 ET, en relación con la doctrina contenida en la STS 06/11/2011 (rec. 4053/2010) y en la doctrina judicial de diversos Tribunales Superiores de Justicia. Sobre esta última reiteramos que no puede basarse el motivo del apdo. c) del art. 193 LRJS en la infracción de doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, si bien, todo hay que decirlo, todas ellas encuentran lógico fundamento en la doctrina del Tribunal Supremo en la materia.

Dos son las conductas imputadas en la carta: 1) la realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal; y 2) el uso del teléfono móvil e internet facilitados por la empresa para usos ajenos a la actividad profesional.

En cuanto a la primera, se remite la Sala a la acertada argumentación jurídica de la sentencia recurrida, que tras exponer la doctrina jurisprudencial en la materia descarta que un viaje de dos días a Andorra sea objetivamente incompatible con el estado de salud del trabajador o con el tratamiento médico prescrito, pues no se evidencia que este viaje de ocio fuera susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidenciara la aptitud laboral de este, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa.

Respecto de la segunda, cabe decir que en el contrato de trabajo las partes convinieron expresamente que la utilización de los sistemas informáticos de comunicación (internet) será única y exclusivamente para fines profesionales, autorizándose expresamente a la empresa para que pueda verificar, en cualquier momento, el contenido de los ficheros del PC del trabajador, Tablet y e-mail personal adjudicado por la misma, así como que los teléfonos móviles y Tablet facilitados por la empresa solo podrán ser utilizados por el trabajador para fines profesionales relacionados con la entidad (HP 4º), habiendo la empresa facilitado al actor una tarjeta SIM con número NUM000 para llevar a cabo llamadas y conexiones a internet relacionadas con el trabajo (HP 16º).

Ya hemos dicho que el actor estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 21/01/2021 hasta el 25/05/2021 (HP 11º). A partir de la baja médica, según el HP 17º, constan en el mes de enero de 2021 tres llamadas desde el móvil de empresa realizadas los días 22 y 26 de enero, siendo el importe de la factura de enero de 2021 de 1.012,61 euros. Mientras que la del mes de febrero de 2021 asciende a 1.022,20 euros, constando 12 llamadas telefónicas desde el móvil de empresa, así como el uso del servicio SMS y 147 conexiones a internet. La factura del mes de marzo de 2021, por valor de 1.024,93 euros, indica la realización de 7 llamadas y 272 conexiones a internet. La del mes de abril de 2021, por valor de 1.233,38 euros, indica la realización de 5 llamadas y 157 conexiones a internet, 56 de ellas haciendo uso de "roaming" entre los días 3 y 4 de abril, lo que generó a la empresa un gasto adicional, de unos 210 euros, al haberse sobrepasado el límite del uso de datos con la tarifa plana e iniciarse la contratación para hablar y navegar en el extranjero con la tarifa RED.

La sentencia de instancia resta gravedad a estos hechos y considera que no son suficientes para justificar la máxima sanción disciplinaria, máxime cuando el perjuicio económico causado a la empresa es exiguo.

El TS no ha dudado, desde su primera doctrina emanada tras la vigencia de la CE, en considerar la buena fe como un elemento importado del Derecho Privado al Derecho del Trabajo (STS 22 marzo 1984). En esta importación, sin embargo, ha adoptado el concepto objetivo de la buena fe, propio de las relaciones obligacionales (art.1258 CC), sin perjuicio de insistir en el elemento subjetivo de la conducta contraria a la buena fe misma (animus nocendi), según el cual: "El cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones dimanantes del contrato laboral proscriben toda actuación del trabajador intencionadamente dirigida a inferir un daño material o moral al empleador" (STSJ Canarias -Tenerife- de 21 octubre 2004). La exigencia de un elemento subjetivo (animus nocendi) no supone apartarse del concepto objetivo de buena fe, conforme al que la buena fe es una conducta -y no una creencia-. A nivel legislativo, en el marco de la relación individual de trabajo, la buena fe objetiva se configura como un deber laboral básico del trabajador/a, pues el art.5.a) ET le impone cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y la diligencia. El ET la cita en sus arts. 5a), 20.2, 40.2, 41.4, 44.9, 47.1, 51.2, 54.2d) y 89.1.

Por otro lado, el art. 20.2 ET configura la buena fe como un parámetro de comportamiento de trabajador/a y empresario/a, quienes, en cualquier caso "se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe".

Por otro lado, la buena fe ha tendido a absorber multitud de causas de despido, jugando el papel de cajón de sastre, poco acorde con la seguridad jurídica y la tipicidad que deben inspirar el poder disciplinario privado del empresario. A modo de ilustración de la "voracidad" de la buena fe, se ha considerado transgresión de la buena fe conductas tan dispares como el uso particular de bienes de empresa (STS 26 febrero 1991 (RJ 1991/875);



conurrencia desleal (STS 22 febrero 1990; STSJ Madrid 26 septiembre 2006, entre otras); realización de trabajos en situación de IT (STS 10 mayo 1983; STS 7 marzo 1985, entre otras; uso del teléfono móvil para fines particulares (TSJ C. Valenciana 14 enero 1994,. AS 1994\350, entre otras) y un interminable etcétera.

Partiendo de lo expuesto, una concepción constitucional de la buena fe reclama un enfoque contractual equilibrado de la misma en el marco de un Derecho tuitivo de la parte débil, como es el Derecho del Trabajo (art. 9.2 CE) y una indeclinable exigencia de gravedad y culpabilidad en las conductas que la transgredan, de forma que la teoría gradualista, esto es, la proporcionalidad, evite que la "transgresión de la buena fe" sirva para imponer la mayor sanción posible en el seno del contrato (el despido), al amparo de la indeterminación del concepto jurídico, con una discrecionalidad desmesurada y constitutiva de arbitrariedad.

Los derechos fundamentales y los principios constitucionales, en conclusión, habrán de guiar al intérprete para determinar si cierta conducta es transgresora de la buena fe contractual, y si dicha transgresión reviste las notas de gravedad y culpabilidad, precisas para hacerla meritoria del despido; o en otras palabras, si dicha sanción máxima es idónea, necesaria y proporcionada para salvaguardar el derecho del empresario a velar por la buena marcha de la empresa, en defensa de la productividad, a través del ejercicio del poder disciplinario (art.38 CE y art.20 ET).

De acuerdo con la teoría gradualista, el despido disciplinario que contempla el art. 54 ET únicamente procede cuando el trabajador haya incurrido en conductas de especial gravedad y trascendencia, pues no toda falta laboral o incumplimiento del mismo puede generar la sanción más grave que prevé el ordenamiento laboral que debe quedar reservada a aquellos comportamientos que evidencien una especial dosis de gravedad, en aplicación de la denominada teoría gradualista que obliga a guardar una adecuada proporcionalidad entre la sanción y la conducta sancionada, debiendo atenderse para su imposición a la entidad de la falta, así como a las circunstancias personales y profesionales de su autor, por el claro matiz subjetivista que la caracteriza (STS 16 de febrero de 1983 [RJ 1983\660], SSTS de 13 [RJ 1986, 6336] y 24-11-1986 [RJ 1986, 6500] , 17-11-1988 [RJ 1988, 8598] y 28-2-1990 [RJ 1990, 1248]).

También se ha dicho con respecto a la transgresión de la buena fe contractual que 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. 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. 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. 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.

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.

En el caso que nos ocupa, a diferencia de lo resuelto en la sentencia recurrida, consideramos que concurre una actuación grave y culpable por parte del trabajador demandante, constitutiva de transgresión de la buena fe contractual y de abuso de confianza, como también de desobediencia persistente y reiterada de la orden empresarial sobre cómo utilizar el teléfono móvil de empresa. Esta conducta estaba expresamente prohibida por la empresa, y el trabajador tenía conocimiento y dio su consentimiento a que el dispositivo telefónico



estuviera reservado exclusivamente para tareas o labores profesionales, excluyendo su utilización para fines personales, y en contra de estas prescripciones de la empresa el trabajador lo usó con fines particulares, en un periodo en que el contrato de trabajo estaba suspendido por la situación de incapacidad temporal, constando durante la baja médica 27 llamadas telefónicas que no se acredita respondan a fines profesionales, el uso del servicio SMS (con gasto adicional de 0,433 €) y, lo que, es más relevante, hasta 576 conexiones a internet con dicho dispositivo, generando además un perjuicio económico a la empresa (unos 210 €) como consecuencia de la aplicación de la tarifa RED en abril de 2021 por la operadora de telefonía.

La no constancia de sanciones de sanciones anteriores y la antigüedad en la empresa no permiten aminorar el grado de culpabilidad en la conducta realizada, abusiva y contraria a la buena fe contractual, pues supone una contravención consciente y reiterada, en periodo de suspensión del contrato de trabajo, de la prohibición expresa de la empresa, a la que ha generado un perjuicio económico, por escaso que pueda ser, debiendo también valorarse que el trabajador era jefe de ventas de la empresa HORGRUPAN SL, y que tal puesto de jefatura le exigía llevar a sus más amplios extremos el cumplimiento de los deberes de buena fe, probidad y lealtad que recogen los artículos 5.a) y 20.2 del ET.

Conducta que el art. 54 del ET permite considerar como justificativa de la decisión extintiva empresarial, por tratarse de un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, de ahí que, en contra de lo apreciado por el juzgador de instancia, debemos calificar el despido como procedente, revocando el pronunciamiento de la sentencia recurrida, con estimación del recurso de las empresas y correlativa desestimación del interpuesto de contrario, sin que, al no existir indemnización, resulte necesario entrar a examinar los motivos que las partes dedicaban al salario regular del despido, pues a nada práctico conduciría.

Vistos los preceptos mencionados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por HORGRUPAN SLU, HORNO MADRIPAN SL y PANGRUSA SL frente a la sentencia nº 36/2023 dictada en fecha 30 de enero de 2023 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona en sus autos de despido nº 517/2021, desestimando el interpuesto por el trabajador demandante D. Faustino , y en su consecuencia revocamos dicha resolución, desestimando la demanda, absolviendo a las demandadas y declarando la PROCEDENCIA del despido. Sin costas.

Con devolución del depósito y afianzamientos prestados para recurrir.

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.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, 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, 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 Nº 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, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ