



Roj: **STSJ AS 2110/2013 - ECLI: ES:TSJAS:2013:2110**

Id Cendoj: **33044340012013101299**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2013**

Nº de Recurso: **241/2013**

Nº de Resolución: **1333/2013**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 01333/2013**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

**NIG:** 33044 34 4 2013 0100272

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0000241 /2013

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA 0000552/2012 JDO. DE LO SOCIAL nº002 de AVILES

**Recurrente/s:** Casilda

**Abogado/a:** ADRIAN ALVAREZ ALVAREZ

**Recurrido/s:** BALAGARES GESTION SL, MINISTERIO FISCAL

**Abogado/a:** ISABEL MUÑIZ GONZALEZ

**Sentencia nº 1333/13**

En OVIEDO, a catorce de Junio de dos mil trece.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los lltmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

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

En el RECURSO SUPPLICACION 0000241/2013, formalizado por el letrado D. ADRIAN ALVAREZ ALVAREZ, en nombre y representación de Casilda , contra la sentencia número 392/2012 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N.2 de AVILES en el procedimiento DEMANDA 0000552/2012, seguidos a instancia de Casilda frente a



BALAGARES GESTION SL, MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> Casilda presentó demanda contra BALAGARES GESTION SL, MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 392/2012, de fecha nueve de Noviembre de dos mil doce .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- La demandante, D<sup>a</sup> Casilda , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, viene prestando servicios por cuenta de la empresa demandada, Balagares Gestión S.L., con antigüedad referida al 3 de marzo de 2008, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada convertido posteriormente en indefinido, ostento la categoría profesional de camarera de establecimiento hostelero que la empresa tiene abierto al público en Avilés bajo la denominación comercial de "Hotel Zen Balagares" (establecimiento hostelero de 4 estrellas) y con un salario mensual de 1.547,76 euros. Resulta de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de Hostelería del Principado de Asturias.

2º.- El día 28 de junio de 2012 la demandante causó baja médica e inició situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común con el diagnóstico de contractura cervical.

3º.- El día 28 de junio de 2012 estaba programada en el hotel donde venía prestando servicios la actora una comida del Colegio Los Campos jubilación con 35 comensales y el día 30 de junio una boda con 110 comensales.

4º.- El día 1 de agosto de 2012 la demandante recibió comunicación de la empresa demandada notificándole la extinción de su relación laboral con efectos a la misma fecha, del siguiente tenor literal:

"Muy señora nuestra:

Por medio de la presente, esta Empresa le comunica que ha decidido proceder a su despido con efectos de la presente fecha y su notificación.

Los hechos que fundamental el presente despido son los siguientes:

UNICO: Que el pasado día 28 de junio de 2012 presentó en la empresa el parte médico de baja laboral por enfermedad común. A día de hoy continúa Ud. de baja habiendo presentado los oportunos partes de confirmación.

Lejos de seguir ningún tipo de prescripción médica, al menos los días 29 y 30 de Junio de 2012 y 14 y 21 de Julio de los corrientes, ha desarrollado una actividad absolutamente normal, conduciendo su vehículo, viajando en avión, saliendo con sus amigos hasta altas horas de la noche, accediendo a cenas y salas de baile o lugares similares.

Concretamente el día 29 de Junio de 2012, al día siguiente de su baja, acudió a una despedida de soltera en Madrid, tomando un avión, acudiendo a un parque temático y utilizando sus correspondientes atracciones que implican diferentes grados de stress físico y acudiendo a varios establecimientos de hostelería hasta altas horas de la madrugada.

También el sábado 14 de Julio de 2012 llegó a su casa a las 22,18 horas de la noche, volviendo a salir de su domicilio a las 00,04 horas para coger su coche matrícula 1470-GPS con el que llega a la C/ Cuba de la Calzada y tras estacionarlo se dirige hacia la Avda. Argentina de donde regresa acompañada de otra chica a las 00,43 horas, subiendo ambas al coche que Ud. conduce y dirigiéndose a la zona de Hipercor (Pumarín donde recogen a otra chica y se dirigen a la Avda. Constitución visitando un cajero automático y reiniciando la marcha la centro de la ciudad de Gijón.

Asimismo el sábado día 21 de Julio de 2012 sale de su domicilio a las 23,40 horas cogiendo un taxi y dirigiéndose a la Sidrería "El Otru Mallu" de la C/ Sanz Crespón nº15 en el que entra a continuación pasando hacia uno de los comedores, llevando en todo momento calzado de tacón muy alto.

A las 01,47 horas abandona la sidrería junto con otras seis mujeres dirigiéndose en un taxi hasta Los Jardines de la Reina donde visita un cajero automático siguiendo hasta la C/ Claudio Alvargonzález donde entra a las 2.30 horas en el Bar Bombay" del que sale a las 2,25 horas entrando en el "Café Colonial".



A las 3,05 horas sale de dicho Café a fumar un cigarrillo dirigiéndose posteriormente en compañía de otras chicas hasta el próximo bar "Bulevar" donde entra a las 3.14 horas permaneciendo en el mismo hasta las 3,39 horas, momento en el que sale a fumar un cigarrillo y manipular su móvil. A las 3,45 horas vuelve a entrar en el Bulevar, saliendo definitivamente a las 3,59 horas para fumar un cigarrillo y conversar con sus amigas hasta las 4,12 horas que se levanta y se encamina hacia la C/ Marqués de San Esteban donde a las 4,27 horas entra en el Bar Bámbara donde conversa con sus acompañantes y baila al ritmo de la música. A las 5,6 horas sale a fumar un cigarrillo sentándose en la puerta del Hotel Marqués de San Esteban. Una vez finalizado el cigarrillo se dirige junto a sus acompañantes hasta el Bar "Cabaré" también en la calle Marqués de San Esteban saliendo a las 6,20 horas hacia una parada de taxis cercana.

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

Tales hechos constituyen justa causa de despido a tenor de lo preceptuado en el artículo 43.9 del Convenio Colectivo de Hostelería y Similares del Principado de Asturias , en relación con el artículo 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores .

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

Atentamente."

**5º.-** D. Julio , que trabaja como jefe de informática en el hotel Zen Balagares de la empresa demandada, accedió a unas fotografías de la demandante que estaban publicadas el 2 de julio de 2012 en una página de Facebook que fueron tomadas en varios lugares de Madrid, entre ellos el Parque Warner, página en la que figuran comentarios de la actora relativos a dichas fotografías.

D. Julio pudo ver las fotografías, cuyo acceso no estaba limitado, sin necesidad de utilizar claves.

**6º.-** El sábado 14 de Julio de 2012 la demandante salió de su domicilio en Gijón a las 00:04 horas y cogió un vehículo con el que llegó a la C/ Cuba de la Calzada y tras estacionarlo se dirigió hacia la Avda. Argentina de donde regreso acompañada de otra chica a las 00,43 horas, subiendo ambas al coche que Ud. conduce y dirigiéndose a la zona de Hipercor (Pumarín donde recogieron a otra chica y se dirigieron a la Avda. Constitución visitando un cajero automático y reiniciando la marcha al centro de la ciudad de Gijón.

El sábado día 21 de Julio de 2012 salió de su domicilio a las 23,40 horas cogiendo un taxi y dirigiéndose a la Sidrería "El Otru Mallu". A las 01,47 horas abandono la sidrería junto con tras seis mujeres y a continuación entró a las 2.30 horas en el Bar Bombay" del que salió a las 2,25 horas entrando en el "Café Colonial". A las 3,05 horas salió de dicho café dirigiéndose posteriormente en compañía de otras chicas hasta el próximo bar "Bulevar" donde entro a las 3,14 horas. A las 4,27 horas entró en el Bar Bámbara donde estuvo bailando y más tarde estuvo en Bar "Cabaré" del que salió a las 6,20 horas hacia una parada de taxis cercana.

**7º.-** El 21 de febrero de 2012 la actora presentó demandada de modificación sustancial de concisiones de trabajo frente a la empresa demandada.

**8º.-** La demandante no ostenta ni ha ostentado el cargo de representante de los trabajadores.

**9º.-** La actora presentó papeleta de conciliación el día 08/08/2012 y el acto de conciliación celebrado el 20/08/2012 terminó con el resultado de sin avenencia.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por D<sup>a</sup> Casilda frente a la empresa Balagares Gestión S.L., absolviendo a la parte demandada de todas las pretensiones de la demanda."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Casilda formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 5 de febrero de 2013.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 21 de febrero de 2013 para los actos de votación y fallo.

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



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación letrada de la actora formula recurso contra la sentencia de instancia que desestima su demanda de despido, recurso que es impugnado por la empresa demandada.

El recurso contiene un primer motivo en el que al amparo del art.193 a) LJS interesa la retroacción de las actuaciones al momento de dictarse sentencia al haberse admitido y tomada en consideración como prueba la documental de los f.65 a 78 consistentes en fotografías obtenidas de una pagina de Facebook sin autorización alguna de la titular de la misma y en consecuencia vulnerando su derecho fundamental a la intimidad.

Alega el recurso que se impugno dicha prueba en el momento de su propuesta y añade que dichas fotografías no pueden ostentar el valor incriminatorio que se les otorga en la sentencia ni pueden admitirse como prueba para amparar el despido en primer lugar porque se obtuvieron mediante el acceso a paginas web privadas de la trabajadora y que no llegan a poder de la empresa de manera casual sino al encargar el gerente al jefe de informática que accediera a esta información a la que accedió a través de una labor de espiar paginas de personas con alguna relación con la trabajadora hasta encontrar la pagina en la que estaban colgadas las fotos y por ello insiste en que es una prueba ilícita al vulnerar el art.18-3 CE y en segundo lugar porque no están autenticadas por la persona autora de las mismas y en ellas no consta ni la hora ni el lugar en que se hicieron sin que pueda cubrirse esta falta de valor probatorio con los comentarios también extraídos del Facebook cuya autora no fue llevada a juicio por la empresa por lo que sea por una u otra razón estima que el documento es invalido como prueba y por ello considera que se debe dictar una nueva sentencia en la que se haga abstracción de la prueba ilícitamente obtenida.

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

Como ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 2000 el derecho a la intimidad personal, consagrado en el artículo 18.1 CE , se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 CE reconoce e implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" y que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales ( STC 98/2000 ).

Igualmente es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que "el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho" ( SSTC 57/1994 143/1994 , por todas).

En este sentido debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los artículos 33 y 38 CE ) y reconocido expresamente en el artículo 20 ET , atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respecto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral - artículos 4.2.c ) y 20.3 ET .

En este caso se alega la violación del artículo 18-3 de la Constitución al haberse obtenido dicha prueba a través de paginas de redes sociales y al efecto cabe decir con la sentencia de instancia que no se ha vulnerado la intimidad de la trabajadora al haber sido obtenidas las fotografías sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al publico, de modo que se obtuvieron libremente pues al estar "colgadas" en la red pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación con lo que no hay una intromisión en la intimidad de la trabajadora que además aparece en las instalaciones de un parque de atracciones de Madrid y por tanto en un lugar publico.

De otro lado en cuanto a la valoración de la prueba de referencia se trata de un material probatorio ya valorado por la Magistrada de instancia y no puede pretender la recurrente, de nuevo, la valoración de las pruebas



practicadas o una valoración distinta de una prueba que la Juzgadora "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado.

**TERCERO.-** Al amparo del art.193 b) LJS interesa la inclusión de un nuevo hecho probado en el que se haga constar que la trabajadora fue diagnosticada en el año 2010 de una rectificación de la lordosis cervical que le provoca periódicamente contractura cervical o dolor en la espalda, que en la actualidad continua de baja medica pendiente de pruebas y tiene contraindicado la realización de esfuerzos físicos como pueden ser la carga y desplazamiento de pesos, actividades de sobrecarga vertebral y bipedestación mantenida según informe de 2 de octubre de 2012.

Este motivo no resulta atendible por cuanto de un lado en su desarrollo trata de desvirtuar el contenido del fundamento jurídico tercero de la sentencia en el que la sentencia concluye que los hechos probados demuestran que o bien la actora se encontraba en condiciones de realizar su trabajo o que durante el proceso de IT realizaba actividades que no son convenientes para el proceso de contractura cervical que sufría, materia esta propia de un motivo de censura jurídica y de otro por ser innecesario desde el momento en que ya consta en la sentencia (hecho probado tercero) que la demandante causó baja medica con el diagnostico de contractura cervical siendo este el dato relevante a los efectos del recurso.

**CUARTO.-** A través del art.193 c) LJS se denuncia la infracción del art.54-2 e) en relación con el 56-2 ambos del ET y con el 43-9 del Convenio Colectivo de Hostelería del Principado de Asturias y jurisprudencia aplicable al caso alegando en síntesis que en este ultimo precepto se tipifica como falta muy grave la simulación de enfermedad o accidente alegada por el trabajador para no asistir al trabajo, entendiéndose como tal cuando el trabajador en situación de incapacidad temporal realice trabajos de cualquier tipo por cuenta propia o ajena así como toda manipulación engaño o conducta personal inconsecuente que conlleve una prolongación de la situación de baja, que la doctrina sentada por esta Sala declara que deben analizarse las circunstancias de hecho y que aquí la trabajadora no simula una enfermedad sino que su lesión cervical es real y objetiva y su diagnostico data de 2010 y el día 28 de junio de 2012 el medico le diagnostica una contractura cervical; de otro lado la actora no ha llevado a cabo trabajo alguno y por ultimo no ha desarrollado actividades que tenga expresamente contraindicadas con el fin de alargar el proceso de IT puesto que realizó actividades propias de la vida normal estando en situación de baja tales como conducir un coche o salir de noche con unas amigas a celebrar su cumpleaños, sin que se evidencie que lleve a cabo posturas forzadas o continuadas que pudieran perjudicar su recuperación pues lo que aquí consta a través de la prueba de un detective privado es que la actora se desplazo en un taxi hasta el centro de la ciudad, que después de cenar acudió a varios bares que estaban muy próximos entre si por lo que no tenia que caminar mucho tiempo y finalmente regresa a casa en taxi, actividades estas que no están prohibidas por los médicos que la atienden y añade que tampoco cabe imputarle la mayor o menor dilación del proceso de IT en la medida en que esta pendiente de una electromiografía a realizar en marzo de 2013.

De otro lado sostiene que frente a la alegación de la empresa relativa que ese fin de semana hubiera servicios de comida y cena en el comedor del hotel, esta circunstancia se repite todos los fines de semana en el hotel y además la actora no desarrolla función alguna de comedor con lo que no se ha causado perjuicio alguno a la empresa siendo la perjudicada la trabajadora que percibió un subsidio inferior al salario si estuviera trabajando y añade que la baja no se extendió durante ese fin de semana sino que a fecha actual continua de baja.

Finaliza insiste en que no hay prueba que revele que la actora haya hecho alguna actividad que está contraindicada con su lesión o que pusiera en peligro su salud y que la única causa que motiva el despido es el contexto de conflicto con la trabajadora que les había llevada a juicio de modo que en su opinión la empresa le despide por haber hecho valer sus derechos ante la justicia lo que constituye una vulneración del principio de indemnidad y por ello el despido debe declararse nulo o en su caso improcedente al no haber hecho la actora nada que pueda tildarse de transgresión de la buena fe contractual.

**QUINTO.-** En primer lugar en cuanto a la declaración de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad de la actora cabe indicar en estos casos a efectos de apreciar el acto de represalia empresarial en que consiste la vulneración de la garantía de indemnidad de la tutela judicial de la trabajadora ha de estarse a las circunstancias temporales concurrentes y aquí es de ver que la demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo formulada por la actora (hecho probado séptimo) tuvo lugar cinco meses antes del despido por lo que esta distancia temporal entre la demanda y el despido nos lleva a descartar la hipótesis de represalia.

En lo que respecta a la declaración de improcedencia del despido, hay que decir que en la sentencia de esta Sala de 8-11-1996 y en la mas reciente de 22 de marzo pasado, se declara que la apreciación de la compatibilidad o incompatibilidad de los trabajos o actividades que realice el trabajador en situación de baja,



a efectos del despido acordado por la empresa, no se circunscribe a la valoración médica de la incidencia de aquellas actividades sobre el proceso de curación de la dolencia diagnosticada, sino que constituye una cuestión jurídica cuyo ámbito es el de la transgresión de la buena fe contractual en la que se incurre cuando, sea cual fuese la patología que originó la Incapacidad Temporal, la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho, es decir, que la realización del quehacer del trabajador fuera de la empresa indica por sí misma que los padecimientos que sufre le permiten actuar de forma tal que podría desempeñar su tarea laboral ordinaria y en las 23-3-1995 o 12-12-1996 que «la doctrina es coincidente en el sentido de que cuando el trabajador a través de los actos que realiza evidencia que se encuentra en una situación de normalidad, revelada precisamente por su conducta extralaboral, lo obligado es que pida su alta y se reincorpore al trabajo, y de no hacerlo así está incurriendo en la causa de despido...» y la de 5-1-06 resalta que sea cual fuese la patología que originó la incapacidad laboral, si la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho, el despido es procedente, en la línea de la jurisprudencia del TS( STS 14-5-90 , 22-3-83 o 11-7-02 ).

En definitiva para que el trabajo por cuenta propia o ajena durante un período de baja por enfermedad, sea encuadrable en la trasgresión de la buena fe contractual se requiere que la actividad desempeñada evidencie la aptitud para el trabajo o que aquélla sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación pues en ambos casos se pone de manifiesto la falta de buena fe del trabajador con su patrón, con defraudación al mismo, y a la Seguridad Social, siendo por ello trascendente para la calificación de estas conductas examinar tanto el motivo de la baja y el tratamiento recuperador como el tipo de actividad desarrollada para poder llegar a una conclusión justa y proporcionada entre la conducta del trabajador y la sanción impuesta, conducta la de autos inequívocadamente acreedora a la máxima sanción disciplinaria, pues sin desconocer en absoluto la teoría gradualista o de proporcionalidad, de la sanción, la actora efectuó actividades que evidencian la aptitud para el trabajo, por lo que o no precisaba la baja laboral o retrasó su recuperación. Hay que decir que el deber de buena fe es un elemento esencial del contrato de trabajo y éste se desarrolla no sólo durante las horas de permanencia en el centro de trabajo, sino que se extiende a todos aquellos actos propios de la vida del empleado pero que guarda relación con el ejercicio de su actividad laboral, por ello durante el período de incapacidad temporal también hay que cumplir dicho deber de buena fe, consistente en este caso en no realizar tareas que le exijan los mismos requerimientos físicos y psíquicos de los que le exige las tareas que realiza en la demandada, y evitar prolongar esta situación porque ello origina un perjuicio a la empresa debido a la falta de trabajo del empleado, así como del pago de las cuotas de Seguridad Social.

El Tribunal Supremo mantuvo, en sentencia de 18 de diciembre de 1990 , que: "una reiterada doctrina de esta Sala, de la que se cita como ejemplo la Sentencia de 28 de mayo de 1983 , declara que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier tipo de quehacer, sea de interés ajeno o propio, máxime cuando su forzosa inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido".

Sin embargo también es cierto que el Alto Tribunal ha explicado "que no es desleal el que hallándose en situación de incapacidad temporal realiza cualquier actividad, sino que sólo es sancionable aquella actividad que a la vista de las circunstancias concurrentes es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de este con la consiguiente simulación, en perjuicio de la empresa (SS. T. S. 24.7.90; 14.5.90y 14.11.91)."

**SEXTO.-** Pues bien, la Sala considera que esta jurisprudencia es aplicable al caso. En primer lugar, porque la baja médica tiene por causa una contractura cervical y no constan informes médicos que indiquen que el tratamiento prescrito a tal efecto sea la realización de actividades lúdicas o distracciones de cualquier tipo como puede ocurrir en los casos de depresión y en todo caso porque de un lado, la actora al día siguiente de iniciar el proceso de incapacidad temporal viajó a Madrid en avión y estuvo con unas amigas en un parque de atracciones y de otro porque tal como se desprende del contenido del informe de un detective privado que se recoge en los hechos probados, en los días 14 y 21 de julio en que se llevó a cabo la investigación y como se puede comprobar en el reportaje gráfico realizado al efecto estuvo en varios bares hasta altas horas de la madrugada con lo que resulta claro e indiscutible que su estado de salud revelaba una evidente aptitud laboral para el desempeño de los cometidos propios de su profesión de camarera y en consecuencia si la propia conducta de la trabajadora muestra su aptitud laboral de hecho, el despido es procedente, por lo que debe desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia de instancia.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

**FALLAMOS**



Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Casilda contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de Avilés, dictada en los autos seguidos a su instancia contra BALAGARES GESTION S.L. Y MINISTERIO FISCAL sobre Despido, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el ingreso de una tasa en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del Art.221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

En cumplimiento del Art.229 de la LRJS, si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el **depósito** para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y debiendo indicar en el campo concepto: "37 Social Casación Ley 36- 2011". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Están exentos de la obligación de constituir el depósito el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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