



Roj: **STSJ M 10051/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:10051**

Id Cendoj: **28079340062017100817**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/10/2017**

Nº de Recurso: **644/2017**

Nº de Resolución: **828/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34001360

ROLLO Nº: RSU 644/2017

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: DESPIDO .

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 12 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 612/2016

RECURRENTE: D. Gines

RECURRIDO: BRITISH SANDWICH FACTORY SL

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En Madrid, a dos de octubre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON BENEDICTO CEA AYALA, DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA** Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 828

En el recurso de suplicación nº **644/2017** interpuesto por el Letrado D. JOAO PAULO RAPOSO BORGES en nombre y representación de **D. Gines** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **12** de los de MADRID, de fecha **SIETE DE MARZO DE DOS MIL DIECISIETE** , ha sido Ponente la **Ilma. DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **612/2016** del Juzgado de lo Social nº **12** de los de Madrid, se presentó demanda por D. Gines contra, **BRITISH SANDWICH FACTORY SL** en reclamación de **DESPIDO**, y



que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **SIETE DE MARZO DE DOS MIL DIECISIETE** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta,".

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"I.- La parte actora ha venido prestando sus servicios en la empresa demandada, desde el día 28-XI-11, con la categoría profesional de Grupo I, Gerente Comercial, y ha percibido un salario mensual de 3500 €, con inclusión de la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias, sin ostentar cargo de representación sindical alguno.

El contrato de trabajo celebrado está sujeto al Convenio Colectivo Grupo VIPS, y al Quinto Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería.

II.- El actor fue despedido mediante carta de fecha 6-V-16, cuyo contenido se da por reproducido al haber sido aportada junto con la demanda.

En dicha carta, se imputa al actor una transgresión de la buena fe contractual, fraude, deslealtad y abuso de confianza en el ejercicio de las funciones encomendadas e incumplimiento de las órdenes e instrucciones de la empresa.

Concretamente, se imputa al actor haber asistido, el día 18-IV-16, a un foro (IV Foro Emprende) como cofundador y en representación de la empresa Box4You.

Esta empresa, según se refiere en la carta de despido, se dedica a la restauración y take-away, por lo que es competidora de British Sandwich Factory, S. L., empresa que está integrada en el grupo Vips.

En la carta se recuerda al actor que había suscrito el Código Ético de la empresa, en el que se especifica que los empleados no podrán desarrollar negocios propios que entren en competencia con el Grupo, ni ayudar a otras personas a llevarlas a cabo, salvo autorización expresa por parte de la Dirección de Recursos Humanos de la Compañía. Del mismo modo, no deben participar o influir en negociaciones con clientes o proveedores con los que tengan vinculación o puedan perjudicar los intereses del Grupo.

De acuerdo con ese mismo Código Ético, ningún trabajador podrá dirigir o realizar tareas, trabajos o prestar servicios idénticos a los que se prestan en el Grupo, en beneficio de empresas que desarrollen actividades susceptibles de competir o que compitan directa o indirectamente con las del Grupo, salvo autorización expresa. Tampoco podrán dirigir ni ayudar a ninguna sociedad que compita con el Grupo, ni involucrarse en actividades competitivas, ni utilizar la información profesional que conozcan y manejen en el ámbito profesional de sus funciones para intereses personales, y especialmente, aquella información que tenga o pueda tener carácter confidencial.

III.- Se considera acreditado que el actor acudió, el día 18-IV-16, al IV Foro Emprende, organizado por el diario La Razón, en el Club Financiero Génova en Madrid, como cofundador y en representación de la empresa Box4You.

En su intervención, el actor promovió la actividad de esta sociedad, y explicó cuál era el objeto de dicha actividad, que presentó como un nuevo servicio a caballo entre la restauración ordinaria y las máquinas de vending.

IV.- Se considera asimismo acreditado que la empresa Box4You es competidora directa del Grupo Vips, dado que, además de la actividad de máquinas de vending, se dedica también a la restauración, con actividades tales como organizar comidas para empresas.

La empresa demandada y el Grupo Vips se dedican, entre otras actividades, a ofrecer servicios de comida (catering)".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala. Habiéndose señalado para votación y fallo el día 4 de octubre de 2.017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- D. Gines se incorporó a la plantilla de la empresa "BRITISH SANDWICH FACTORY, S.L" (en adelante "BSF") el 28 de noviembre de 2.011, como gerente comercial. Dicha empresa acordó su despido disciplinario el 6 de mayo de 2.016. El trabajador impugnó esa decisión mediante demanda en la que solicitó se calificara como improcedente, con las consecuencias inherentes a esa declaración, pretensión que fue desestimada por sentencia del juzgado de lo social nº. 22 de Madrid de fecha 7 de marzo de 2.017 .

El actor ha recurrido con amparo en los apdos. b) y c) del art. 193 LRJS .



SEGUNDO.- La revisión que plantea del relato fáctico es la siguiente:

1) Adición de un "párrafo cuarto" de hechos declarados probados, donde conste que "D. Gines no es titular de cualquier tipo de participación ni ostenta cualquier cargo ni ha obtenido cualquier tipo de beneficio personal por parte de la empresa 'Box4You', siendo solamente amigo del socio y administrador-único de 'Box4You' y que la designación 'cofundador' atribuida en su presentación en el Foro no corresponde a cualquier posición real en la empresa 'Box4You'".

Se cita en apoyo de esta revisión el documento nº. 8 aportado junto con la demanda, pero tal documento no existe y, por otra parte, el tercer hecho declarado probado recoge un texto claramente opuesto al propugnado en recurso, deducido de prueba testifical, entre otras.

Se desestima la revisión.

2) Adición de un "párrafo quinto" de hechos declarados probados, según el cual "la empresa 'Box4You' era y sigue siendo Cliente de la empresa 'BSF' y existen más empresas de perfil similar a 'Box4You' que son Clientes de 'BSF'".

Apoyada esta revisión en el documento 9 adjunto a la demanda y en prueba testifical, debemos decir que dicho documento no existe y que la testifical no es hábil a efectos de revisión.

Se desestima la petición.

3) Adición de un "párrafo sexto" de hechos declarados probados según el cual "de acuerdo con la información publicada por cada empresa, la actividad principal de 'Box4You' es la distribución en corners de alimentación de productos fabricados por sus proveedores y que 'BSF' es, como su nombre indica, una fábrica de sandwiches que vende a distribuidores, entre los cuales, 'Box4You'".

El único apoyo que se cita en favor de este texto es el propio escrito de demanda. No siendo éste hábil a efectos revisorios, la petición se descarta sin perjuicio de considerar los datos que sobre este extremo contiene el original de sentencia.

4) Adición de un "párrafo séptimo" de hechos declarados probados indicando que "la labor del trabajador superaba la expectativas y no constan cuálesquier tipos de sanciones o advertencias anteriores al trabajador".

No hay prueba idónea que sustente esta revisión, por cuanto se apoya sólo en prueba testifical.

5) Adición de un "párrafo octavo" en el relato de hechos declarados probados, conforme al cual "la relación profesional entre el Director de la Fábrica y el trabajador era tensa, con frecuentes discusiones".

Se desestima, por igual razón que en el caso anterior.

6) Adición de un "apartado noveno" en el relato de hechos declarados probados, que diga "el Director de 'BSF' reconoció que no conocía las actividades concretas de 'Box4You' y que no sabía decir cuáles son concurrentes de las 'BSF'".

Vuelve a basarse esta revisión en prueba testifical, que ya hemos dicho no es idónea a estos efectos, como indica el art. 193 b) LRJS .

7) Adición de un "apartado décimo" de hechos declarados probados indicativo de que "no consta que se hubieran producido perjuicios para 'BSF' por la actividad del trabajador".

De nuevo se cita prueba testifical como sustento de esta revisión, lo que conduce a su rechazo por las razones ya indicadas.

8) Pide el recurrente la revisión del apartado IV de hechos declarados probados, basándose en "prueba documental y testifical practicadas - valoración ilógica de la prueba y defectos de motivación de la sentencia - no hay competencia directa entre 'BSF' y 'Box4You'" (sic). En orden a apoyar esta solicitud se comenta la valoración de la prueba que expresa la fundamentación de la sentencia impugnada, apreciando que incurre en incoherencias y contradicciones, lo que implica que las conclusiones correlativas "carecen de fundamento fáctico y coherencia interna y vulneran el deber de motivación de las sentencias previsto en los arts. 97.2 LRJS , 218 LEC , y 120.3 CE " .

Expuesta en estos términos la consideración que da el recurso al cuarto hecho declarado probado, no cabe proceder a su rectificación, ya que se basa sustancialmente en razones jurídicas, no en error en la valoración de prueba documental o pericial. Por otra parte, el juez de instancia ha contado con elementos probatorios idóneos para fijar el contenido del ordinal cuarto del relato fáctico, según refleja el segundo fundamento de derecho de la resolución judicial combatida. Ahora bien, no podemos pasar por alto que la determinación de si verdaderamente ha habido o no competencia desleal es precisamente el núcleo principal de la controversia



de este pleito y, como cuestión jurídica que es, no cabe anticiparla en el relato fáctico como elemento jurídico predeterminado del fallo. En consecuencia, la Sala valorará con libertad este extremo.

TERCERO.- Afirma el escrito de suplicación en su noveno motivo que la decisión de instancia es contraria a las previsiones de los arts. 5 d) y 54. 2 d) ET , ya que no cabe el despido disciplinario del Sr. Gines , por cuanto éste no desarrolla en 'Box4You' una actividad en régimen de competencia con "BSF" ni, por lo mismo, puede decirse que en el marco de la actividad profesional que lleva a cabo para esta última transgrede la buena fe contractual.

En conexión con lo anterior el décimo motivo de suplicación sostiene que, en la hipótesis de considerar que sí existiera competencia entre las dos empresas de referencia, ello no justificaría el despido del Sr. Gines , pues no cabe apreciar gravedad en la conducta de éste último, ya que no ha existido daño alguno para "BSF" , sino, a lo sumo, "un posible conflicto de intereses" , lo que resulta insuficiente para acordar su despido, dado el juego de la teoría gradualista de las sanciones.

CUARTO. - Dispone el art. 54.1 ET : " *El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador* ". Y el apdo. 2.d) del mismo precepto encuadra entre las conductas constitutivas de ese incumplimiento " *La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo* ". Dentro de esta categoría tiene encaje la concurrencia desleal, y de ahí que el art. 21.1 ET prescriba que " *No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal* ". El perfil de este concepto requiere ponderar los dos elementos que lo componen.

La concurrencia de actividades puede ser considerada desde una perspectiva restrictiva o amplia, tal como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2011 (RCUD 1207/10). Según la primera, la concurrencia " *no puede surgir en función de una coincidencia parcial y fragmentaria en la actividad de las empresas* ". Conforme a la segunda, la concurrencia se aprecia " *aunque afecte únicamente a una actividad complementaria de la empresa* ".

En todo caso, la misma sentencia del Tribunal Supremo incide en que no basta la concurrencia de actividades para justificar el despido del trabajador que las lleva a cabo, sino que es preciso que aquélla sea desleal, y en este punto ha de ponerse el acento en el posible conflicto de intereses entre la empresa para la que se presta servicios como trabajador por cuenta ajena y otra u otra empresa ajena a ésta, teniendo en cuenta a estos efectos la repercusión que la conducta concurrente tiene desde la perspectiva de los objetivos de ganancia de una y otra.

De conformidad con estas bases destacamos los siguientes pronunciamientos de la jurisprudencia:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 noviembre 2007 (RCUD 2459/2006): " *la jurisprudencia de esta Sala, con cita de las sentencias de 28-5-87 (RJ 1987\3908), 26-1-88 (RJ 1988 \54) y 22-10-90 (RJ 1990\7707) [en igual sentido se pronuncian, por cierto, las de 5-7-88 [RJ 1988\5761], 22-9-88 [RJ 1988\7093], 26-12-89 [RJ 1989\9082], 8-3-91 [RJ 1991\1840], 20-3-91 [RJ 1991\1883] y 22-3-91 [RJ 1991\1889], entre otras], que considera **competencia desleal** "la actividad consistente en realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que se están ejecutando en virtud del contrato de trabajo" o "en empresa que tiene el mismo objeto" que la empleadora* ".

- Sentencia Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1990 (RJ 1990\7707): " *La concurrencia se da sin duda, cuando se despliega una actividad productiva en empresa distinta y que tiene el mismo objeto que la que padece la competencia, pues en una economía de mercado libre concurren y compiten todas las empresas que se dedican a un mismo objeto en un mismo ámbito. Cierto es, que se requiere que la concurrencia sea desleal para que signifique el quebranto de un deber básico del trabajador, art. 21.1, en relación con el 5 d), ambos del Estatuto de los Trabajadores . No hay una tipificación legal de la deslealtad, pero ésta se da sin duda, cuando la empresa no presta su consentimiento a esta concurrencia y así fue declarado por esta Sala en sentencia de 26 de enero de 1988 (RJ 1988\54) al afirmar «se entiende que constituye concurrencia desleal la actividad consistente en realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que se ejecutan en virtud del contrato de trabajo sin consentimiento del empresario». Esta concurrencia existe cuando se constituye una sociedad anónima dedicada a la misma actividad de la empresa, como ya declaró esta Sala en sentencia de 28 de mayo de 1987 (RJ 1987\3908). Es pues claro, que aceptados los hechos de la sentencia recurrida, la conducta del actor entra de lleno en la concurrencia desleal. Y este incumplimiento de un deber básico cuando, como en el caso de autos, el actor es el Director en la empresa en que trabaja, de la actividad con la que compite fuera de ella, es sin duda un grave quebranto a la buena fe contractual prevista como justa causa de despido en el art. 54.2 d) del Estatuto , sin que sea preciso que esta **competencia desleal** haya originado un perjuicio económico acreditado, S. de 30 de marzo de 1987 (RJ 1987\1756) "*



De todo lo cual se deduce como conclusión básica que existe concurrencia desleal cuando el trabajador contratado por una empresa desarrolla para sí mismo o para otra empresa, sin consentimiento de su empleador, una actividad económica paralela que incide en el mismo ámbito de mercado al que pertenece aquella, con el consiguiente conflicto de intereses en cuanto a la captación de potenciales clientes.

QUINTO.- En orden a decidir si cabe o no apreciar en este caso competencia desleal determinada conforme a los parámetros jurisprudenciales indicados es preciso que tengamos presente que las actividades a las que se dedican la empresa 'Box4You' y "BSF". El cuarto hecho declarado probado nos dice que 'Box4You' se dedica a "máquinas de vending" (expresión que hemos de entender en el sentido de que esa empresa instala máquinas automáticas en las que los clientes adquieren determinados productos) y a restauración (organización de comidas para empresas y servicio de comidas vulgarmente conocido como "catering"). Ni una ni otra de estas actividades son realizadas por "BSF", que es donde el recurrente presta servicios. Esa actividad de "catering" (que no la otra) sí es realizada por otra empresa del grupo "Vips", de modo que la competencia que se atribuye al Sr. Gines se refiere a una empresa perteneciente al grupo mercantil dentro del cual está englobada su empleadora y otra empresa de la que aquél es cofundador y representante, dada la coincidencia parcial de actividades entre una y otra.

Hecha esta precisión, entiende este Tribunal que el deber de lealtad de la empleadora del recurrente no puede llegar hasta el límite de imponerle limitaciones a la actividad externa que éste desarrolla sobre la base de que esa actividad no es acorde con los intereses de otra empresa del grupo a la que aquélla pertenece. Destacamos que en ningún punto de la sentencia de instancia consta que las empresas del grupo VIPS constituyan un grupo a efectos laborales, lo que quiere decir que la mera pertenencia a ese grupo mercantil no permitiría extender la responsabilidad que pudiera corresponder a "BSF" por deudas laborales de ésta respecto al Sr. Gines al resto de empresas del grupo. Pues bien, con igual razón cabe decir que el recurrente no tiene que ver condicionada su actividad privada en función de los intereses de una empresa que no son su empleadora, pues, si éstas se encuentran exentas de responsabilidad laboral frente a él, también él lo está frente a ellas.

En estas circunstancias el recurso prospera.

SEXTO- No procede la imposición de costas, dado que el art. 235.1 LRJS solo prevé esta medida respecto a la parte vencida que no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

SÉPTIMO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina (art. 218 LRJS).

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Gines contra la sentencia del juzgado de lo social nº 12, dictada en autos 612/2016, promovidos por la citada recurrente contra " BRITISH SANDWICH FACTORY, S.L". y, en su consecuencia:

1º) Declaramos que la extinción del contrato de D. Gines , producida el 6 de mayo de 2016, constituye despido improcedente.

2º) Condenamos a la citada empresa a que, a su elección, opte entre abonar a la parte trabajadora la cantidad de 17.385,25 euros o readmitirla en iguales condiciones que tenía antes de extinguir la relación laboral. Dicha opción deberá ejercitarse ante este Tribunal en los 5 días siguientes a la notificación de la presente sentencia, entendiéndose que, de no hacerlo, se opta por la readmisión

3º) Caso de optar por la readmisión, procederá el abono de salarios de tramitación a razón de 115.06 euros diarios, desde la fecha del despido hasta la notificación a la empresa de la presente sentencia. De ellos habrá que descontar los periodos correspondientes a otros trabajos realizados por la parte recurrente en los que hubiese percibido salario igual o superior al abonado por la empresa que ha acordado a su despido.

4º) No procede la imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **644/2017** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco



Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 **644/2017**), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S .).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ