



Roj: STSJ CAT 3885/2014 - ECLI:ES:TSJCAT:2014:3885
Id Cendoj: 08019340012014102750

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Barcelona

Sección: 1

Nº de Recurso: 787/2014

Nº de Resolución: 2598/2014

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: ADOLFO MATIAS COLINO REY

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8024807

EL

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMO. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY

ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

En Barcelona a 4 de abril de 2014

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 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. 2598/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por Fitmedic Dir, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 8 Barcelona de fecha 13 de noviembre de 2013, dictada en el procedimiento Demandas nº 530/2013 y siendo recurrido/a Augusto. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. ADOLFO MATIAS COLINO REY.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de maig de 2013, 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 13 de noviembre de 2013, que contenía el siguiente Fallo:

" **Estimo** la demanda interposada pel Sr. Augusto contra Fitmèdic DIR, SL, declaro la improcedència de l'acomiadament de 8 d'abril de 2013, i condemno a la referida mercantil a l'obligació, bé de readmetre'l en les condicions de treballs anteriors a l'acomiadament, inclòs l'abonament dels salaris de treball meritats des del dia de l'extinció del contracte a raó de 32,51# per dia, bé d'abonar-li la indemnització legal d'acomiadament imprecident d'acord amb les prescripcions de la DT 5èna de la L. 3/2012 i que suma la quantitat de sis mil cent vint-i-vuit euros amb catorze cèntim d'euro (6.128,14#). Opció que haurà de fer efectiva en aquest Jutjat en el termini de cinc dies a comptar des de la notificació d'aquesta resolució. "

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

" *Primer.* El Sr. Augusto, les dades personals de la qual consten en l'encapçalament de la demanda origen d'aquestes actuacions, prestava serveis per la mercantil demandada a temps parcial de 10 hores

setmanals, amb la categoria professional de G3-2 T des del 10 de novembre de 2008, i per una retribució mensual de 975,34€, inclosa la part proporcional de les pagues extraordinàries (pel que fa als salaris, 56 a 62).

Segon. El Sr. Augusto, malgrat ser contractat per Fitmedic DI, SL, prestava serveis com a fisioterapeuta i **entrenador** personal al gimnàs Up & Down prèvia cita amb els clients del gimnàs. Els clients d'aquest gimnàs abonaven una quota extra pel serveis de fisioteràpia o d'**entrenador** personal (no controvertit).

Tercer. La clàusula tretzena del contracte de treball signat pel Sr. Augusto deia, literalment, que "mentre estigui vigent aquest contracte el/la treballador/a no podrà realitzar per altres empreses i per compte propi, activitats professionals relacionades amb les tasques habituals que desenvolupa en l'empresa, sense autorització per escrit de l'empresa, excepte durant els 30 primers dies de contracte on sí podrà simultanejar el treball a DiR amb el treball en altres empreses de la competència" (foli 23).

Quart. El demandant ha rebut formació de *fitness* per part de l'empresa (no controvertit).

Cinquè. El 8 d'abril de 2013 l'empresa entregà al demandant comunicació escrita, que donem aquí per íntegrament reproduïda, en què li feia avinent la decisió de procedir a l'acomiadament disciplinari amb efectes del mateix dia. En concret deia la comunicació d'acomiadament que "l'empresa ha detectat que vostè realitza serveis de fisioteràpia pel seu compte, oferint els seus serveis com a **entrenador** personal i fisioterapeuta a diverses webs a internet, en competència directa amb els serveis que presta a DiR. En concret, vostè anuncia els seus serveis a les pàgines web d'aquests enllaços (...). Per comprovar que aquesta activitat competitiva era actual i es mantenia activa, un col·laborador de l'empresa va enviar un correu a la seva adreça e-mail de contacte, sol·licitant els seus serveis, contestant vostè un mail, en data 4 d'abril de 2013 (...). L'empresa no ha autoritzat a realitzar aquesta activitat mentre estigui vigent la seva relació laboral amb Fitmedic DiR, SL. Per tant, vostè, d'esquenes a Fimedice DiR, SL desenvolupa, presumptament, una activitat plenament competitiva amb DiR, venent serveis i realitzant tasques de fisioterapeuta, activitats totalment coincidents amb les funcions que desenvolupa a DiR. Aquesta activitat suposa una competència deslleial amb DiR, vulnera el deure laboral bàsic de no concórrer amb l'empresa i infringeix la prohibició expressa continguda al seu contracte de treball, amb perjudici als interessos de DiR i amb reiterada voluntat d'ocultació que revela una clara mala fe i menyspreu per aquesta empresa. La seva actuació deslleial encara és més greu per les següents circumstàncies: Vostè desenvolupa, presumptament, la seva activitat competitiva, segons anuncia a la seva pròpia web, a carrer Numància, 112- 116, entresol 1er esquerra a escassos 700 metres del club DiR UpDown, on vostè desenvolupa els seus serveis. Això implica, per una banda, que vostè, està captant clients potencials de DiR i, per altra banda que està aprofitant els coneixements i experiència adquirida a DiR en benefici d'un negoci propi i d'una empresa de la competència" (folis 27 i 28).

Sisè. El Sr. Augusto anuncià els seus serveis professionals com a fisioterapeuta a la web www.saludterapia.com/guia-de-terapeutas/barcelona/barcelona/ivan-ron-miras-1616.html. A aquesta web s'anuncia indicant el següent "me podéis encontrar para cualquier consulta relacionada con la recuperación de lesiones o patologías, también desarrollo mi actividad a través del entrenamiento personal. Enfoco los tratamientos desde un punto de vista global aplicando la osteopatía y mi amplia experiencia con deportistas profesionales". El referit anunci indicava com a dades de contacte "C/Numància 112-116, esc. izqda. entresuelo 1ª, 08029 Barcelona. Teléfono de contacto 620848692" (folis 72 a 74).

Setè. El Sr. Rubén, responsable de seguretat de DiR, utilitzant la identitat falsa de Carlos Francisco, es posà en contacte amb el demandant interessant-se pels seus serveis com a terapeuta. El Sr. Augusto contestà la demanda del suposat Sr. Carlos Francisco per correu electrònic, de 4 d'abril, en el què deia el següent: "Hola Carlos Francisco, Pues como en cualquier lesión o patología, en primer lugar, se ha de hacer una valoración lo más precisa posible para tener un buen diagnóstico, en tu caso parece que es una recaída lo cual indica que probablemente no has hecho una buena recuperación la primera vez que sufriste el problema. Te facilito mi teléfono y si te parece me llamas y te explico los por menores además de precios o lo que necesites saber" (foli 67).

Vuitè. És d'aplicació el II conveni col·lectiu estatal d'instal·lacions esportives i gimnasos (BOE de 6 de setembre de 2006).

Novè. L'actor no ha exercit cap representació legal o sindical dels treballadors el darrer any.

Desè. Presentada la papereta de conciliació obligatòria davant dels Serveis Territorials del Departament d'Empresa i Ocupació a Barcelona, el 24 de juliol es celebrà l'acte de conciliació què finalitzà sense avinença."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estimó la demanda interpuesta por el demandante, sobre despido, que califica como improcedente con las medidas legales inherentes a dicha declaración, se interpone el presente recurso de suplicación.

En el motivo del recurso, que se articula al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 54.2.d), 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores.

La empresa recurrente impuso al demandante la sanción de despido por los motivos que se detallan en la carta, que se reproduce en el ordinal quinto, que se basan en que la empresa había detectado que el trabajador realizaba servicios de fisioterapia por cuenta propia, ofreciendo sus servicios como **entrenador** personal y fisioterapeuta en diversas páginas webs, en competencia directa con los servicios que presta la recurrente.

SEGUNDO.- La no concurrencia con la actividad de la empresa es un deber básico del trabajador que, en este caso, se había pactado en el contrato, como consta en el ordinal tercero, con referencia a la cláusula decimotercera del contrato de trabajo, si bien la prohibición legal que impide al trabajador concurrir con la empresa no precisa de cláusula contractual expresa o norma convencional. En efecto, el artículo 5.d) del Estatuto de los Trabajadores ya establece este deber básico del trabajador, de no concurrir en la actividad de la empresa, y el artículo 21.1 dispone que no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa. La jurisprudencia ha venido declarando (por todas, STS de 16 de diciembre de 1.986) que la plena dedicación vendrá impuesta cuando la actividad plural en el trabajo o negocios similares perjudique al empresario y genere por ello una consecuencia desleal o competencia ilícita del trabajador, implicando la violación de los deberes básicos de transgresión de la buena fe contractual constitutiva de un incumplimiento contractual que justifica el despido. Pero, como declaran las Sentencias de 19 de julio de 1.985 y 13 de mayo de 1.986, dicha prohibición de no concurrencia, está subordinada a los límites que el referido art. 21 ET establece, ya que no basta con que exista concurrencia en la misma actividad sino que además es necesario que la misma sea desleal. Para determinar esta concurrencia desleal es preciso atender a elementos de carácter objetivo, pues lo que se juzga es si otra actividad del trabajador revela una infidelidad en el servicio que presta al demandado, o si la base de sus actuaciones son los conocimientos obtenidos en su trabajo; si ello no es así no se produce quebranto del principio de la buena fe contractual, pues también nuestro ordenamiento jurídico admite las situaciones de pluriempleo, salvo que exista concurrencia desleal o pacto de plena dedicación. La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1.991, que la parte recurrente cita, declara que "la concurrencia implica una actividad económica o profesional de un interés privado, por parte del trabajador, que entre en competencia económica con el empresario por incidir en su mismo potencial de clientes". Y en la de 22 de marzo de 1.991, se declara que "lo característico de la falta laboral de competencia desleal es el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera un trabajo, sino que también le facilita medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho y en desmérito o perjuicio para los intereses de su empresa".

Como hemos declarado en la sentencia de 16 de enero de 2.014 (sent. nº 246/2014, rec. nº 4476/2013), con remisión a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 11 de marzo de 1999, para la existencia de la competencia desleal es necesario que concurren tres elementos: 1º) la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbito mercantil. 2º) la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio. 3º) que tal utilización redunde en demérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa.

Por otro lado, debe también tenerse en cuenta que, a los efectos de la calificación de las conductas objeto de despido, debe realizarse una individualización de cada caso, atendiendo a las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes. Se exige un juicio de "proporcionalidad" entre el incumplimiento realizado y la sanción a imponer, a través de la aplicación de la teoría "gradualista". En la sentencia de la Sala de 29 de octubre de 2.003 hemos declarado que dicha doctrina "ha venido a sentar el criterio de que el

despido disciplinario que contempla el artículo 54 Estatuto de los Trabajadores 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 atenerse 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 (Sentencia del Tribunal Supremo 16 de febrero de 1983), como obligan los más elementales principios de justicia, que exigen una perfecta proporcionalidad entre el hecho y su sanción, para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace (Sentencia del Tribunal Supremo 12 septiembre 1986); lo que recuerda la más reciente sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000 , que se remite a la de 29 de enero de 1997 , para poner de manifiesto como "las infracciones que tipifica el art. 54-2 del Estatuto de los Trabajadores para erigirse en causa que justifique la sanción de despido han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficientes, lo que excluye su aplicación bajo nuevos criterios objetivos, exigiéndose análisis individualizados de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como los de su autor, ya que sólo desde esta perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción".

TERCERO.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto analizado comporta que deba llegarse a la misma conclusión que la de la sentencia de instancia, calificando el despido como improcedente, pues en el mismo, a tenor de los hechos probados, no concurren las notas precisas para considerar el comportamiento del demandante como vulnerado del deber de no concurrencia. Por un lado, no debe desconocerse que el contrato de trabajo suscrito entre la empresa y el trabajador era de 10 horas semanales, por lo que no existía una plena dedicación, sin que pueda entenderse, como se afirma en la sentencia de instancia, que a partir de dicha jornada y en base a la cláusula suscrita entre las partes, el trabajador pudiera tener vetada cualquier otra actividad laboral, atendiendo a sus cualidades profesionales. El mero hecho de una prestación de servicios adicional, bien por cuenta propia o por cuenta ajena, no puede entenderse como constitutiva de una concurrencia desleal con la empresa demandante, pues, en este caso, no debe atenderse única y exclusivamente a la prestación de servicios ajena a la empresa, sino que debe acudir al elemento intencional de una premeditada conducta desleal por parte del trabajador.

Por otro lado, tampoco pueden entenderse que la actividad desempeñada por el demandante pueda considerarse como competencia desleal, pues si por ésta se entiende "aquella actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito del mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes" (STS de 8 de marzo de 1.991), en el presente supuesto, la actividad del demandante es diferente a la llevada a cabo en el ámbito del contrato de trabajo y ello pese a que aquella se desempeñara a corta distancia de donde se desarrollaba ésta. En tal sentido, consta en la sentencia de instancia que la actividad que desempeñaba para la demandada se orientaba a clientes empresariales (instalaciones deportivas, gimnasios) y tenía por objeto el apoyo a los usuarios que realizaban una actividad física en las instalaciones del gimnasio e instalaciones deportivas, o bien hacía recuperación a través de la actividad física dirigida en dichas instalaciones. Por el contrario, los servicios que a título personal ofrecía el demandante están dirigidos a particulares que requieran servicios de recuperación de patologías o lesiones mediante la aplicación de la fisioterapia o de la osteopatía, siendo, por tanto, diferentes los potenciales clientes de unos y de otros.

CUARTO. - Los razonamientos que preceden determinan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, debiendo acordarse la pérdida del depósito y consignaciones que se han constituido para recurrir, a los que se dará el destino legal, e imponiendo las costas a la parte recurrente, que incluirán los honorarios del Letrado de la parte impugnante del recurso que la Sala fija en la cantidad de trescientos cincuenta euros, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 202 y 233,1 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por FITMEDIC DIR, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Barcelona de fecha 13 de noviembre de 2.013 , en los autos nº 530/2013, seguidos a instancias de Don Augusto , sobre despido, confirmamos íntegramente dicha resolución, acordando la pérdida de los depósitos y aseguramientos constituidos para recurrir, a los que se



dará el destino legal una vez firme esta resolución, e imponiendo a la recurrente las costas de la suplicación que incluirán los honorarios del Letrado impugnante del recurso que la Sala fija en la cantidad de TRESCIENTOS CINCUENTA EUROS.

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.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 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 art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, 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 , Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.