



Roj: **STSJ CAT 8219/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:8219**

Id Cendoj: **08019340012017105254**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **18/09/2017**

Nº de Recurso: **3544/2017**

Nº de Resolución: **5348/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE QUETCUTI MIGUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 43123 - 44 - 4 - 2016 - 0000416

AF

Recurso de Suplicación: 3544/2017

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

En Barcelona a 18 de septiembre de 2017

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. **5348/2017**

En el recurso de suplicación interpuesto por Reus Esport i Lleure, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Reus de fecha 20 de febrero de 2017 dictada en el procedimiento nº 94/2016 y siendo recurridos D^a Begoña y Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de febrero de 2016 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 20 de febrero de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"**ESTIMO EN PARTE** la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D^a Begoña contra **REUS ESPORT I LLEURE S.A.** y, en consecuencia, declaro la **nulidad** del despido del que fue objeto el actor con efectos de 30 de diciembre de 2015, condenando como condeno a **REUS ESPORT I LLEURE S.A.** a readmitir a la actora en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde el 1 de enero de 2016 hasta la fecha de efectiva readmisión a razón de 83, 65 euros diarios, importe del que se podrán detraer aquellas cantidades que la trabajadora haya podido percibir en el supuesto

de que haya encontrado nueva ocupación o por los períodos en que haya incurrido en supuestos de suspensión contractual."

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

PRIMERO.- D^a Begoña , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , se vinculó a la empresa **REUS ESPORT I LLEURE S.A.** en fecha **2 de enero de 2001** , con la categoría profesional de **directora de programas y actividades** y un salario de 2.544, 63 euros mensuales con la inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias, equivalente a un salario diario de 83, 65 euros. La actora prestaba servicios mediante un **contrato de trabajo indefinido** y a **jornada completa**. Desarrollaba sus cometidos en la población de Reus y percibía mensualmente su salario mediante transferencia bancaria

(hecho expresamente admitido, a salvo el salario, folios 1278 a 1291 y fundamento jurídico primero)

SEGUNDO.- La actora es legal representante de los trabajadores y está afiliada al sindicato C.G.T. (hecho conforme, folios 692 a 701)

TERCERO.- En fecha 15 de diciembre de 2015, la empresa demandada comunicó a la actora la incoación de un expediente disciplinario contradictorio mediante el que le imputaba la comisión de dos faltas muy graves consistentes en el abandono del puesto de trabajo sin justificación y la transgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza en el desarrollo de su trabajo.

A través de ese escrito, la empresa otorgó a la actora un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones y le eximió de volver a su puesto de trabajo, con reconocimiento de un permiso retribuido (folios 454 a 466).

CUARTO.- En fecha 22 de diciembre de 2015, la actora formuló escrito de descargos mediante el que negaba las imputaciones que se le dirigían, a la vez que recusaba a la instructora por enemistad manifiesta y por tratarse de parte interesada, y exigía la entrega de determinada documentación, en concreto, el informe del detective y los fichajes de todos los trabajadores entre octubre y noviembre de 2015, para dejar constancia, por un lado, de que los horarios son flexibles y es una práctica habitual que la plantilla salga del pabellón en su horario laboral y, por otro, de que existía un funcionamiento irregular de este dispositivo durante esos meses (folios 467 y 468). Mediante escrito de 29 de diciembre de 2015, la instructora del expediente contradictorio rechazó las alegaciones vertidas por la actora, denegó la entrega de documentación y propuso su despido disciplinario (folios 469 a 476)

QUINTO.- En fecha 23 de diciembre de 2015, la empresa comunicó a la sección sindical de CGT la apertura del expediente disciplinario y se le otorgó un plazo de cinco días para que formulara alegaciones. La sección sindical dedujo tales alegaciones ese mismo día (folios 1125 y 1126). En fecha 29 de diciembre de 2015, la empresa notificó a la sección sindical de CGT la propuesta del instructor del expediente disciplinario (folios 1127 a 1137). En fecha 30 de diciembre se comunicó a los servicios jurídicos de CGT y al Sr. Fructuoso , responsable de la sección sindical, la propuesta del instructor del expediente disciplinario y la carta de despido (folios 1138 a 1164)

SEXTO.- Mediante escrito de **30 de diciembre de 2015**, la empresa demandada comunicó a la actora su despido disciplinario con efectos de ese mismo día. Debido a la extraordinaria extensión de la comunicación extintiva (34 páginas), se da aquí por íntegramente reproducida (folios 477 a 494).

SÉPTIMO.- En fecha 14 de octubre de 2011 la empresa demandada comunicó a la actora, en su condición de responsable del proyecto "Pas a pas", que, a partir del 2 de noviembre de 2011, sería la trabajadora encargada de llevar a cabo la actividad como tal, esto es, coordinando y yendo a caminar con los grupos (folio 1309)

OCTAVO.- La actora interpuso contra esa decisión una papeleta de conciliación en fecha 24 de octubre de 2011 alegando que constituía una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (folios 1305 a 1309). No llegó a interponer nunca demanda judicial (hecho conforme)

NOVENO.- Según la descripción de puestos de trabajo de la empresa, un director de programas y actividades se encarga del diseño de contenidos, ejecución, control, seguimiento y evaluación de proyectos en el ámbito del deporte y la promoción de la salud, integrándose en el grupo profesional 2. La competencia de un técnico deportivo consiste en potenciar la práctica deportiva de la población de la ciudad, incidiendo en aspectos educativos y de cohesión social, mediante el trabajo en red con centros educativos, entidades, asociaciones deportivas y agentes de la administración en el territorio. Participan en la organización técnica y ejecución activa de eventos deportivos y otros encargos que ejecuta "RELLSA" por cuenta de la regiduría de deportes (folios 634 a 638)



DÉCIMO.- En fecha 18 de diciembre de 2013, el presidente del comité de empresa interpuso ante este órgano judicial demanda de conflicto colectivo interesando que la demandada abonara a sus trabajadores la paga extraordinaria de diciembre de 2012. La demanda fue estimada en parte (hecho no controvertido)

UNDÉCIMO.- En fecha 31 de octubre de 2013, la sección sindical de CGT de la empresa demandada interpuso una denuncia ante la Inspección de Trabajo por incumplimiento empresarial grave en materia de derecho de información de los miembros del comité de empresa (folios 732 a 735). Mediante oficio de 28 de enero de 2014, la Inspección de Trabajo requirió a la empresa demandada para que negociara con los representantes de los trabajadores el sistema de clasificación profesional, así como la tabla salarial correspondiente (folio 736).

Mediante informe de 14 de marzo de 2014, la Inspección de Trabajo requirió a la empresa demandada para que entregara al comité de empresa el concepto "brut salarial" disociado en "sou base", "plus voluntari" y "plus conveni" (folios 749 y 750).

DUODÉCIMO.- En fecha 11 de diciembre de 2014, la actora, en su condición de secretaria de la sección sindical de C.G.T., y el presidente del comité de empresa en aquel momento interpusieron una denuncia ante la Inspección de Trabajo en materia de horas extraordinarias y falta de información a los representantes de los trabajadores (folios 730 y 731). En fecha 29 de abril de 2014, la Inspección de Trabajo extendió acta de advertencia a la empresa demandada para que, en lo sucesivo, limitara a 80 las horas extraordinarias, dado que se habían superado en el año 2014. Le recordaba que debía dar cumplimiento al artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y comunicar las bajas médicas derivadas de contingencias comunes desde mayo de 2014 (folio 757)

DÉCIMO TERCERO.- En fechas 30 de julio de 2013 y 8 de noviembre de 2013, el delegado de prevención de riesgos de la empresa dedujo ante la dirección de la misma un informe de denuncia del plan de autoprotección del pabellón olímpico de Reus (folios 743 a 745). En fecha 14 de marzo de 2014, la Inspección de Trabajo requirió a la empresa demandada para que elaborara un plan de autoprotección, como guía de actuación en caso de emergencia de los trabajadores del centro, al personal ajeno y usuarios del pabellón olímpico municipal de Reus (folio 1424)

DÉCIMO CUARTO.- En fecha 10 de junio de 2015, en su condición de delegada de personal y secretaria de la sección sindical de CGT, la actora interpuso una denuncia ante la Inspección de Trabajo en materia de cotización y realización de horas extraordinarias, así como referente al derecho a la información de los representantes de los trabajadores (folio 760)

DÉCIMO QUINTO.- En fecha 15 de diciembre de 2015, la actora estaba embarazada de pocas semanas (hecho no controvertido, folios 25 y 29). Entre el 11 de noviembre y el 18 de diciembre de 2015 entregó a la empresa diferentes justificantes médicos de asistencia a un programa de atención a la salud sexual y reproductiva. En el de 12 de noviembre de 2015 consta una visita para efectuar el Test O'Sullivan (folios 686 y 1364, vuelto). En el de 24 de noviembre de 2015 la actora hizo constar que se trataba de una enfermedad (folios 685 a 691). En fecha 27 de febrero de 2015 la actora comunicó una intervención quirúrgica con sedación en el Centro de Reproducción Humana "Biogest" (folio 1262). En un documento de 18 de diciembre de 2015 se consignó que la actora se realizó una transferencia embrionaria el día 24 de septiembre con el resultado de gestación.

Debido a la presentación de metrorragia y con el diagnóstico de amenaza de aborto, se le aconsejó reposo. No consta que este documento fuera entregado a la empresa (folio 690)

DÉCIMO SEXTO.- En fecha 6 de septiembre de 2015, el Sr. Juan Ignacio , presidente del Consejo de Administración de la demandada y regidor delegado de Deportes del ayuntamiento de Reus en aquel entonces, recibió en su correo corporativo un email por el que una persona no identificada denunciaba que una empresa denominada "Fundación Siel Bleu" venía ofreciendo servicios a diferentes centros sociosanitarios de la zona, mediante acciones comerciales y de gestión realizadas por la actora, utilizando las instalaciones y dependencias del ayuntamiento de Reus (folios 826 y 827, 941, 942 y 943). El Sr. Juan Ignacio contestó a la remitente en fecha 9 de septiembre de 2015, indicándole que en unos días la asesoría jurídica se pondría en contacto con ella (folio 829). A su vez, se dirigió al gerente de la demandada a fin de que iniciara una investigación sobre los hechos contenidos en el correo electrónico, reenviándole el correo en fecha 22 de septiembre de 2015 (folios 941 a 943 y declaración del Sr. Juan Ignacio).

DÉCIMO SÉPTIMO.- El gerente de la demandada encomendó esa investigación a sus servicios jurídicos, en concreto a la Sra. Constanza , con expreso encargo de recopilar información sobre las funciones de la actora, justificantes de fichaje y uso de herramientas informáticas. A partir de entonces, la Sra. Constanza inició una investigación reservada sobre tales extremos (folios 826 a 833), a pesar de que nunca pudo contactar con la presunta autora de la denuncia (folio 950). Al margen de informes a la propia empresa, solicitó a los servicios informáticos del ayuntamiento de Reus un informe relativo al uso de internet por parte de la actora mediante



los equipos informáticos de la empresa durante su jornada laboral, desde el 6 de septiembre hasta el 27 de octubre de 2015 (folio 951). Adicionalmente, la Sra. Constanza solicitó informes sobre el uso de dispositivos de telefonía fija y móvil, del registro de impresiones y del uso de los equipos informáticos (folios 962 a 969). En fecha 12 de noviembre de 2015, la Sra. Constanza remitió la documentación e información obtenida al despacho de abogados de RELLSA (folio 970). Paralelamente, en fecha 5 de octubre de 2015, el Sr. Moises , en su calidad de gerente apoderado de "RELLSA" contrató los servicios de un detective privado a fin de que efectuara un control en la persona de la actora, con el fin de verificar la veracidad de un escrito de queja que califica de "anónimo" (folio 990)

DÉCIMO OCTAVO.- Mediante convocatoria de 6 de febrero de 2016, algunos consejeros de la demandada solicitaron información y documentación relativa al despido de la actora; también pidieron que se dejara sin efecto su despido disciplinario (folios 495 y 496). En la reunión de 10 de febrero de 2016, la empresa demandada rechazó ambas peticiones (folios 497 a 505)

DÉCIMO NOVENO.- La actora presta servicios para la empresa "Fundación Siel Bleu España" desde el 6 de junio de 2012, con la correspondiente alta en la Seguridad Social. A partir del 4 de septiembre de 2012 lo hace mediante un contrato indefinido a tiempo parcial (50% de la jornada). La actora es la máxima responsable de esa empresa en la provincia de Tarragona.

Su función principal consiste en realizar la coordinación del equipo técnico de la fundación en esa provincia. En período de invierno, trabaja de lunes a miércoles de 19:00 a 20:30 horas, los martes y jueves de 14:30 a 20:30 y los viernes de 15:00 a 20:00 horas. En el período estival trabaja de lunes a viernes de 16:00 a 20:00 horas. La actora cuenta con un correo corporativo de la fundación (folios 408, 414, 415, 460, 512 a 517 y declaración de Bernarda , gerente de Siel Bleu en Catalunya)

VIGÉSIMO.- En fecha 27 de octubre de 2014, "La Fundación Siel Bleu España" publicó anuncios ofertando plazas de técnicos especialistas en actividad física adaptada para personas mayores. Como uno de los contactos, se hizo constar el correo electrónico de la actora en dicha fundación:

DIRECCION000 (folios 1168 a 1183). Como trabajadora de Siel Bleu, la actora ha participado en programas radiofónicos (folio 1185).

VIGÉSIMO PRIMERO.- Siel Bleu ha mantenido relaciones comerciales (como proveedor) con la Diputación de Tarragona (folio 1210).

VIGÉSIMO SEGUNDO.- En el mes de mayo de 2015, la Sra. Susana , responsable del Departament de Infraestructures de los Juegos del Mediterráneo Tarragona 2017, remitió un correo electrónico al Ayuntamiento de Reus en el que figuraba una relación de participantes en el evento. En esa relación, la actora figuraba como integrante de "Siel Bleu, Groupe Associat"

(folios 513 a 517 y declaración de la Sra. Susana)

VIGÉSIMO TERCERO.- Los fines de interés general de la "Fundación Siel Bleu España" son sanitarios y dirigidos a promover la mejora de la salud física y mental, el bienestar y la independencia de las personas mayores o con discapacidades y/o para aquellos con enfermedades crónicas o graves, promoviendo la actividad física para mejorar el proceso de envejecimiento. En particular, estimular a las personas mayores mediante programas personalizados de actividad física y sesiones de entrenamiento. La fundación desarrolla sus actividades en todo el territorio del estado español (folio 511). Se dirige a cuatro tipos de público, que participan en cursos o formaciones: personas mayores, personas minusválidas; personas que padecen Alzheimer y otras enfermedades crónicas; universidades, personal sanitario, cuidadores no profesionales (folio 1218). Siel Bleu ofrece cursos de gimnasia especialmente dirigidos a personas mayores (folios 1212 a 1218)

VIGÉSIMO CUARTO.- Reus Esport i Lleure SA (RELLSA) es una empresa de íntegro capital municipal que actúa como medio propio del Ajuntament de Reus para la prestación del servicio público de deportes. El objeto social de "Reus Esport i Lleure S.A." consiste en la construcción, promoción, gestión, administración, explotación, mantenimiento y mejora por cuenta propia, de las administraciones públicas o de terceros, de todo tipo de instalaciones y equipamientos deportivos, educativos, recreativos y de ocio, cuya titularidad ostente la sociedad o de las que puedan ser adscritas por el ayuntamiento o pueda tener por concesión, arrendamiento o cualquier otra forma admitida en derecho y, también, de aquellos bienes, instalaciones y equipamientos que le encargue el ayuntamiento o cualquiera de sus entidades dependientes; la prestación de servicios y la realización por cuenta propia, de las administraciones públicas o de terceros, de actividades, programas y eventos deportivos, sociales, educativos, culturales, recreativos y de ocio, ya sea con elementos propios o de terceros, a nivel local, nacional, estatal o internacional; la promoción, divulgación y gestión del deporte escolar y de adultos, de programas y actividades lúdico deportivas, culturales, educativas, sociales y de promoción del turismo, en especial en el ámbito deportivo y, en general, todas aquéllas que fomenten la formación y la



educación en el deporte y el ocio, la ocupación del tiempo libre y la mejora de salud; promover la formación y actualización de los conocimientos del personal especializado en los sectores educativos, culturales, sociales, deportivos, recreativos y de ocio (folios 1221 a 1225). Nunca ha mantenido vínculos contractuales con la "Fundación Siel Bleu España" (folios 947 y 948)

VIGÉSIMO QUINTO.- En el año 2015, como en los precedentes, la regiduría d'Esports de l'Ajuntament de Reus encomendó a la empresa demandada la ejecución de determinadas actividades y programas, la mayor parte vinculados con el deporte en edad escolar (Cap nen sense saber nedar, Esport a l'escola, Trobades de primària i secundària, etc.); la promoción de la salud; actividades físicas para todos; promoción deportiva y acontecimientos deportivos especiales; programas municipales y acciones de apoyo a actividades extraordinarias organizadas por entidades deportivas (folio 947). Adicionalmente, la empresa ha desarrollado actividades relacionadas con personas con discapacidad, siendo los clientes la "Fundació Pere Mata" y la "Associació de Familiars de Persones amb Discapacitat Intel·lectual i del Desenvolupament" (folios 1227 a 1243).

VIGÉSIMO SEXTO.- Según la memoria técnica correspondiente al año 2015, la empresa demandada viene desarrollando desde el verano de 1994 un programa de natación adaptada para adultos mayores de 14 años con discapacidad. El programa es compartido con el Consell Esportiu del Baix Camp, que se encarga, mediante sus profesionales cualificados, de desarrollar las sesiones de la actividad. En la memoria se especifica que es el único programa municipal y comarcal dirigido a personas con discapacidad. La participación fluctuó entre 35 y 40 personas durante el año 2015. En la memoria también se hace referencia a actividades para mayores de 55 años: mastergym. Ningún proyecto o actividad se dirige específicamente a personas mayores (folios 525 a 603)

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- En horario de invierno, la actora presta servicios para la demandada de martes a jueves de 08:00 a 14:30 horas; de lunes a miércoles de 08:00 a 14:30 horas y de 16:00 a 19:00 horas y los viernes de 08:00 a 15:00 horas. En horario estival (12 semanas) trabaja de lunes a viernes de 08:00 a 15:00 horas (folios 949 vuelto, 1310 y 1311). Cuando presta servicios por la tarde, la actora solía trabajar de 15:00 a 16:00 horas, tiempo que se le computaba como horas extraordinarias (de 14:30 a 15:00 horas comía).

Adicionalmente, los trabajadores de la empresa cuentan con un descanso de unos 30 minutos diarios (declaración de la Sra. Catalina , folio 1365)

VIGÉSIMO OCTAVO.- Entre el 6 de septiembre de 2015 y el 27 de octubre de 2015 la actora estableció un total de 38.771 conexiones a internet a través del ordenador de que dispone en la empresa demandada, predominando la navegación web y SSL (95% de las conexiones). Estas conexiones web se distribuyen en diversas categorías, predominando la de "web-based email" y, en ésta, el dominio de webmail "ovh.net", donde constan conexiones de forma habitual casi todos los días, a excepción de la semana del 12 de octubre (folios 954 a 961). El dominio "ovh.net" es ajeno a los dominios y al correo electrónico de la empresa demandada, ubicado en los servidores del propio ayuntamiento.

El correo electrónico DIRECCION000 tiene una relación directa con el webmail "ovh.net", dado que el correo electrónico del dominio sielbleu.org es gestionado por los sistemas informáticos de "ovh.net" (folios 965 a 968 y declaración del Sr. Eloy)

VIGÉSIMO NOVENO.- El ayuntamiento de Reus, a través de sus servicios técnicos, se encarga del mantenimiento integral de los servicios de sistemas de información y telecomunicaciones de la empresa demandada; de la compra agregada de servicios, programas y equipamiento TIC; la toma de todas las decisiones técnicas; el impulso, canalización de iniciativas y proyectos y la coordinación, supervisión, asesoramiento, inspección y estrategia (folios 977 a 999 y declaración del Sr. Eloy)

TRIGÉSIMO.- En fecha 23 de abril de 2010, la actora firmó un documento de la empresa demandada mediante el que se le advertía que el uso del correo electrónico es estrictamente profesional, no permitiéndose ningún uso personal de los recursos técnicos e informáticos facilitados por la entidad. Se le informaba de que el correo electrónico e internet podían ser monitorizados y que el acceso a internet mediante el uso de los equipos informáticos facilitados se limitaría a temas directamente relacionados con las funciones desarrolladas por el trabajador en la entidad (folios 1317 a 1323)

TRIGÉSIMO PRIMERO.- En fecha 13 de octubre de 2015, la actora abandonó el centro de trabajo de la empresa demandada a las 12:40 horas y se dirigió a su domicilio. No regresó a su centro de trabajo (folios 987 a 1030) En su registro horario consta una entrada a las 07:44:34 y una salida a las 12:43:22.

Consta asimismo como motivo de la ausencia los "trabajos exteriores" (folio 856)



TRIGÉSIMO SEGUNDO.- El día 14 de octubre de 2015 abandonó el centro de trabajo a las 11:50 horas y se dirigió a su domicilio. No regresó al trabajo (folios 987 a 1030). En su registro horario consta una entrada a las 07:58:29 y una salida a las 19:00:04 horas (folio 856)

TRIGÉSIMO TERCERO.- En fecha 15 de octubre de 2015, a las 10:20 horas acudió a una tienda de iluminación, donde permaneció 18 minutos. A las 10:52 horas se dirigió al CEIP Rosa Sensat, donde permaneció 18 minutos. La actora se reunió con el tutor de segundo de primaria en relación al programa "Cap nen sense saber nedar". A las 11:47 horas entró en el cuartel de la Guardia Civil de Tarragona, donde permaneció 1 hora y 52 minutos (folios 668, 669, 987 a 1030). En su registro horario consta una entrada a las 07:48:59 y una salida a las 10:16:20 horas, con la anotación de "trabajos exteriores" (folio 856)

TRIGÉSIMO CUARTO.- El día 16 de octubre de 2015 no acudió al centro de trabajo a primera hora de la mañana. A las 11:00 se presentó a un examen en "SP.activa" en materia de prevención de riesgos laborales, donde permaneció 28 minutos. A las 12:46 horas se dirigió al CEIP Ciutat de Reus, a fin de participar en una sesión informativa referente al programa "Cap nen sense saber nedar", donde permaneció 49 minutos. Luego se dirigió a su domicilio (folios 671, 672, 673, 987 a 1030). En su registro horario consta una entrada a las 08:00:22 y una salida a las 15:00:23 horas. También consta un permiso por examen (folio 856)

TRIGÉSIMO QUINTO.- El 19 de octubre de 2015 abandonó el centro de trabajo a las 15:10 horas y estacionó su vehículo frente al "Mas Sabater". En su registro horario consta una entrada a las 07:53:54 y una salida a las 19:02:23 horas (folio 846, vuelto)

TRIGÉSIMO SEXTO.- El 20 de octubre de 2015 se dirigió a "La Caixa" a las 10:26 horas, donde permaneció 26 minutos. Allí abonó el título correspondiente a un máster universitario sobre envejecimiento y salud. A las 12:33 horas asistió a una tutoría sobre el trabajo de fin de máster de envejecimiento de la Universidad Rovira i Virgili, en la que retornó una tesis doctoral y donde permaneció 32 minutos. A las 12, 55 horas se dirigió a la nave de "Saltoki" sita en el polígono Tecnoparc y luego a su domicilio (folios 677 a 680 y 987 a 1030). En su registro horario consta una entrada a las 07:53:32 y una salida a las 12:23:34 horas, figurando la anotación "trabajos exteriores" (folio 846, vuelto)

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- El día 21 de octubre de 2015, a las 08:40 horas, la actora se dirigió al "Esquirol Parc Infantil-Padel Minigolf" por espacio de 1 hora y 6 minutos. Allí impartió una charla sobre el deporte integrado a los alumnos de el IES Cal.lipolis y a voluntarios de la asociación "Pàdel amb tu". A las 10:11 horas se dirigió al "Casal Municipal de Cambrils" donde permaneció 53 minutos.

A las 17:40 horas abandonó el centro de trabajo y se dirigió al "Bar La Formatgada", donde permaneció 1 hora y 36 minutos. Allí mantuvo una reunión con la responsable del área social de la asociación "Pàdel amb tu" (folios 681, 682, 683, 987 a 1030). En su registro horario consta una entrada a las 07:39:11 y una salida a las 08:40:57; otra entrada a las 11:30:03 y otra salida a las 19:00:04 horas (folio 846, vuelto, declaración del Sr. Abel , profesor del Institut Cal.lipolis de Tarragona y presidente de la Associació d'Esport Adaptat "Pàdel amb tu")

TRIGÉSIMO OCTAVO.- En los registros horarios de otros trabajadores correspondientes al mismo período no figuran las horas de salida en algún caso (folio 844) o en determinados días (folios 846, 849). En algunos casos, consta la anotación "trabajos exteriores" (folios 844 a 863).

TRIGÉSIMO NOVENO.- En otros fichajes de la actora figuran ausencias sin que se haya consignado la causa o por trabajos exteriores no conocidos

(folios 1356 y 1370).

CUADRAGÉSIMO.- El detective contratado por la empresa demandada contactó con la web de la "Fundación Siel Bleu España" utilizando el cuestionario al efecto. La actora telefoneó al detective el día 3 de noviembre, a las 13:24 horas, dejando un mensaje de voz en el que se identificaba como responsable de la referida fundación (folio 702). Ese día la actora se encontraba disfrutando de un día de asuntos propios (folio 1353).

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- La actora ha comunicado a la dirección de la empresa determinadas bajas médicas, permisos, visitas médicas y salidas del centro de trabajo por el uso del crédito horario sindical (folios 1339 a 1405)

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- En fecha 5 de diciembre de 2014 la empresa remitió un correo electrónico a sus trabajadores (incluida la actora) recordando el uso del marcaje y otras comunicaciones. En ese recordatorio se indica que el fichaje es personal y presencial, siempre que se dispongan de los elementos propios de ese fichaje. En la instalación del pabellón olímpico se llevará a cabo mediante el sistema de fichaje y en la instalación del estadio municipal a través del jefe de servicios técnicos. La salida de la instalación deberá ficharse, utilizando el código correspondiente a la naturaleza de la salida y previa información al departamento de recursos humanos. Cuando sean otros los que deban fichar (comunicación por vía telefónica), quien anotará



la fecha, hora y motivo serán las personas identificadas en el propio escrito, entre las que no se encuentra la Sra. Catalina (folios 1337 y 1338)

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- En determinadas ocasiones, cuando se disponía a acudir a una reunión en el exterior, la actora lo comunicaba a la Sra. Catalina a fin de que lo hiciera constar en el fichaje. En otras ocasiones llamaba desde el lugar en el que se encontrara a fin de la Sra. Catalina verificase el correspondiente fichaje. La Sra. Catalina actuaba así cuando se lo pedía algún directivo o técnico de la empresa (declaración de la Sra. Catalina)

CUADRAGÉSIMO CUARTO.- En fecha 15 de diciembre de 2015, la empresa demandada sancionó a la Sra. Catalina , administrativa, por fichar en sustitución de la actora durante los días 14, 16, 19, 21 y 26 de octubre, 6, 17 y 25 de noviembre de 2015 (folios 1244 a 1254). La Sra. Catalina admitió los hechos imputados y se aquietó a la sanción, haciendo constar que atendió las llamadas de una técnica superior de la empresa en las que le pedía que fichara en su nombre por una reunión o visita que hacía fuera de las instalaciones (folio 1255).

CUADRAGÉSIMO QUINTO.- Entre julio de 2014 y octubre de 2015, la actora participó en la implantación del programa denominado "Cap nen sense saber nedar", encargándose de su coordinación y supervisión técnica (folios 644 a 659 y 665)

CUADRAGÉSIMO SEXTO.- En fecha 17 de abril de 2014, la actora y el Sr. Fructuoso , en calidad de presidente y secretaria de la Sección Sindical de CGT, formularon una denuncia ante la fiscalía contra la sociedad demandada por supuestos delitos de tráfico de influencias, prevaricación y falsificación documental (folio 729). No consta que la empresa haya tenido conocimiento de esa denuncia antes del presente procedimiento.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- En fecha 24 de mayo de 2016, como consecuencia de una actuación iniciada el día 1 de marzo de 2016, la Inspección de Trabajo extendió contra la empresa demandada un acta de infracción con propuesta de sanción de 6.251 euros. En ella se dice que "se ha constatado que la empresa "Reus Esport i Lleure S.A." realizó actos contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores para con la trabajadora D^a Begoña , relegando a la misma de un puesto de dirección a un puesto técnico, sin que en ningún momento se le hubiese modificado el contrato y vaciando progresivamente las funciones a realizar por la misma (folios 450 a 455). La empresa demandada dedujo escrito de alegaciones en fecha 10 de junio de 2016 (folios 1436 a 1451). Mediante resolución de 26 de octubre de 2016, la Direcció General de Relacions Laborals i Qualitat en el Treball de la Generalitat de Catalunya suspendió el procedimiento sancionador hasta la firmeza de la resolución judicial que haya de recaer en el presente procedimiento (folios 417 y 418)

CUADRAGÉSIMO OCTAVO.- La empresa demandada y el IES CAL.LÍPOLIS han formalizado, entre los años 2009 y 2013, convenios de colaboración para la formación práctica de alumnos en centros de trabajo. En los años 2009 y 2010 afectó a 3 alumnos y en los años 2011 y 2013 a 2 alumnos

(folios 1454 a 1465)

CUADRAGÉSIMO NOVENO.- La actora no ha sido objeto de otros reproches disciplinarios con anterioridad al despido que es objeto del presente procedimiento (declaración de la Sra. Crescencia y del Sr. Víctor)

QUINCUAGÉSIMO.- En materia disciplinaria es de aplicación al presente conflicto jurídico el Convenio colectivo de la empresa demandada (hecho no controvertido). El artículo 31 del convenio colectivo prevé un fondo social en cuyos acuerdos de desarrollo se contemplan ayudas por estudios universitarios (folios 618 a 629). La actora percibió la cantidad de 781,07 en concepto de fondo social en la mensualidad de noviembre de 2015 (folio 630)

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.- La actora dedujo papeleta de conciliación en fecha 21 de enero de 2016 y el acto administrativo se celebró en fecha 8 de febrero de 2016 (folio 8)

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte codemandada REUS ESPORT I LLEURE, S.A. (RELLSA), que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte actora D^a Begoña impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que contra la sentencia de instancia que estimó la demanda y declaró el despido de la actora como nulo, se alza la empresa condenada formulando el presente recurso de suplicación por los motivos que seguidamente se examinarán, aunque previamente se ha de señalar que la Sala no puede examinar el escrito formulado por la parte actora e impugnante del recurso que tuvo entrada el 17 de agosto y por el que se realizaban alegaciones frente al escrito de alegaciones realizado por el recurrente al oponerse al escrito



de impugnación y ello por ser tal trámite inexistente, conforme se evidencia de la simple lectura del art. 197 de la LRJS .

SEGUNDO.- Que como primer motivo del recurso y bajo correcto amparo procesal en la letra b) del art. 193 de la LRJS se interesa la modificación del histórico en varios extremos.

En primer lugar se solicita la adición de un par de párrafos al ordinal vigésimo cuarto, para que se diga que la empresa ha prestado servicios para otras dos instituciones que se citan y para acreditarlo se basa en los presupuestos enviados y en las facturas emitidas.

Que para que una modificación fáctica pueda estimarse, entre otros, requisitos se exige que no venga ya recogida en otros apartados del relato fáctico de la sentencia o bien que pueda aparecer con valor de auténticos hechos probados en la fundamentación jurídica, pues bien, en el caso de autos lo que se pretende introducir ya está recogido en el histórico de la resolución de instancia, concretamente en el hecho vigésimo quinto in fine, cuando dice: Adicionalmente, la empresa ha desarrollado actividades relacionadas con personas con discapacidad, siendo los clientes la "Fundación Pere Mata" y la "Associació de Familiars de Persones amb Discapacitat intel·lectual i del Desenvolupament. ", y la obtención de dicha convicción la ha formado el juzgador de los mismos documentos que cita el recurrente, los documentos obrantes a folios 1227 a 1243.

Todo lo cual conduce a la desestimación de esta primera modificación por adición.

En segundo lugar la empresa recurrente pretende la modificación del ordinal cuadragésimo, en base a la declaración del detective privado y de las actuaciones realizadas por él; en relación a la prueba de detectives que sirve de formal sustento al hecho base del que la recurrente pretende deducir la presunta actividad laboral para otra empresa, que dicho informe no es medio hábil para lograr una modificación de los hechos declarados probados, pues (aun ratificados en juicio) no pierden su verdadera naturaleza de prueba testifical, incapaz de demostrar la equivocación evidente del juzgador conforme a lo prevenido por el apartado b) del artículo 193 de la LRJS (SSTS de 2 de octubre de 1989 , 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990 ; en relación a la entonces vigente LPL). Afirma, en este sentido, la última de las citadas que tal medio de prueba "de habitual utilización ya y, en ocasiones, instrumento dotado de exclusividad para el eficaz control por el empresario del exacto cumplimiento de los deberes exigibles al trabajador, no constituye, sin embargo, modalidad fedataria alguna susceptible de conformar una prueba documental con garantía pública. En este sentido es de señalar, reiterando un criterio unánimemente compartido por la doctrina y la jurisprudencia, que dicha prueba no merece sino el calificativo de testifical"; criterio que reiteran sus posteriores pronunciamientos de 23 y 28 de noviembre de 1990, 13 de marzo de 1991, 24 de febrero de 1992, 15-10-14, recogidas en nuestra sentencia de 28 de octubre de 2014 .

Que siendo ello así, tampoco procede la estimación de la segunda de las revisiones interesadas.

TERCERO.- Que como segundo motivo del recurso se formula el propio de la censura jurídica que autoriza la letra c) del art. 193 de la LRJS y que el recurrente articula en dos apartados, relativo el primero a la calificación como ausencias o faltas de puntualidad y el segundo por competencia desleal de la actora.

Que la declaración de nulidad del despido, es formulada por el Magistrado de instancia en base a las disposiciones del art. 55.5 b) del ET , que establece que también se declarará nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, que se complementa jurisprudencialmente con la afirmación de que no es necesario para ello, el conocimiento del empresario de tal situación.

Pues bien, como señala el último párrafo de dicho apartado quinto, lo establecido en las letras anteriores será de aplicación salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo.

Y a acreditar tales motivos y a combatir la hermenéutica que se ha aplicado en la instancia para entender que la actuación de la trabajadora es subsumible en una falta que comporta la declaración de procedente, va dirigido el recurso y en especial el examen normativo sobre los hechos que se declaran probados.

Que previamente al examen de las concretas denuncias normativas, es preciso determinar a partir del inmodificado relato fáctico, aquellas conductas que se dan por probadas y sobre ellas extender el examen de derecho interesado.

Que así podemos afirmar que los hechos que el juzgador da por probados son:

- .- que la actora inició su relación laboral el 2-1-01 con la categoría de directora de programas y actividades.
- .- que el 14-10-11 comunicó a la actora que a partir del mes siguiente realizaría una serie de actividades propias de técnico deportivo, interponiendo la actora papeleta de conciliación el 24 de octubre, alegando que ello



constituía una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no llegando a interponer nunca demanda judicial.

- que la actora también presta servicios para la empresa "Fundación Siel Bleu España" desde el 6-6-12, mediante contrato indefinido a tiempo parcial (50%), siendo la máxima responsable en la provincia de Tarragona.

- que en período de invierno la actora trabaja para la demandada:

Martes a jueves de 8 a 14, 30 horas.

Lunes a miércoles 8 a 14, 30 horas y de 16 a 19 horas.

Viernes 8 a 15 horas.

- en período de verano la actora trabajaba para la demandada:

De lunes a viernes de 8 a 15 horas.

Que en cuanto a las concretas imputaciones contenidas en la carta de despido y relativas al cumplimiento de la jornada laboral, la sentencia de instancia declara probado lo siguiente:

- **13-10-15**, abandonó el centro de trabajo a las 12, 40 y se dirigió a su domicilio, no regresando al centro de trabajo, constando como motivo "trabajos exteriores".

- **14-10-15**, abandonó el centro de trabajo a las 11, 50 y se dirigió a su domicilio, no regresando al centro de trabajo. En su registro horario consta una salida a las 19 horas.

- **15-10-15**, a las 10, 20 acudió a una tienda de iluminación permaneciendo 18 minutos

a las 10, 52 acudió al CEIP Rosa Sensat permaneciendo 18 minutos

a las 11, 47 acudió al cuartel de la Guardia Civil, donde permaneció 1, 52 horas en el registro horario consta una entrada y salida concordantes con su entrada y salida, constando como motivo "trabajos exteriores".

- **16-10-15**, no acudió al trabajo a primeras horas de la mañana,

a las 11 fue a un examen en SP ACTIVA, en materia de prevención riesgos laborales permaneciendo 28 minutos, consta permiso para exámenes.

a las 12, 46 fue al CEIP CIUTAT DE REUS, donde permaneció 49 minutos. Luego se fue a su domicilio. En el registro horario consta una entrada a las 8 y salida a las 15 horas.

- **19-10-15**, abandonó el trabajo a las 15, 10 estacionó su vehículo frente al "Mas Sabter", en el registro horario consta salida a las 19, 02.

- **20-10-15**, a las 10, 26 abandonó el trabajo para ir a la Caixa permaneciendo 26 minutos, abonando el título correspondiente a un master universitario sobre "envejecimiento y salud" permaneciendo 32 minutos.

a las 12, 33 asistió a una tutoría sobre trabajo fin del master y devolución de una tesis, permaneciendo 32 minutos.

a las 12, 55 se dirigió a la nave "Saltoki" sita en el polígono industrial Tecnoparc y luego se fue a su domicilio. En el registro de entradas y salidas consta entrada a las 7, 53 y salida a las 12, 23, constando como motivos "trabajos exteriores".

21-10-15, a las 8, 40 se dirigió al "Esquirol Parc Infantil- Padel Minigolf" impartiendo una charla sobre deporte integrado de duración 1 hora.

a las 10, 11 se dirigió al "Casal Municipal de Cambrils" permaneciendo 53 minutos, volviendo al centro de trabajo.

a las 17, 40 abandonó el centro de trabajo y se dirigió al Bar La Formatgada, manteniendo una reunión con el responsable del área social de la asociación "Padel amb tu". En su registro horario consta entrada a las 7, 39 y salida a 8, 40 y otra entrada a las 11, 30 y salida a las 19.

Pues bien, ante estas circunstancias acaecidas durante los días que se produjo el seguimiento de la actora por parte del detective y que se dan por probados por el Juzgador "a quo", se combate por la recurrente la valoración que de ellas realiza el juzgador en aras a determinar si son o no justificadas y a partir de las que se determine su no justificación, valorarlas a los efectos de los incumplimientos laborales.

Que el Magistrado de instancia, tras la objetivación de las conductas de la actora respecto a los días que se recogen en los hechos 30 a 37 del histórico, realiza en la fundamentación jurídica un exhaustivo examen de



cada una de ellas, por lo que se procederá a su examen en aquellos supuestos en los que existan discrepancias entra la valoración judicial y la de la recurrente.

Así nada que objetar a lo acontecido el día 13 y 14, el Magistrado da por probado las ausencias, si bien en cuanto a la cuantificación del primer día, descuenta un cuarto de hora por haber acudido al trabajo ese tiempo antes de su inicio oficial.

En cuanto al día 15, en la sentencia se entiende justificada la presencia en el colegio y nada que objetar a tal calificación, pues se dice que la reunión tenía como finalidad el tratar el programa que le había asignado la empresa y por lo tanto su naturaleza era laboral.

Que en cuanto a la presencia de la actora en el cuartel de la Guardia Civil, el juzgador no asevera nada, sino simplemente sugiere, así señala que "Su presencia en la Guardia Civil sugiere el cumplimiento de una obligación pública e ineludible.....habiéndose acreditado que la actora participó en una investigación relacionada con la propia empresa demandada...", no puede la Sala compartir tal argumentación, pues la fijación de un hecho no puede derivar de una mera sugerencia, sino de realidades, tampoco puede desconocerse la regla recogida en el art. 217.1 de la LEC y que ha aplicado este Tribunal en supuestos similares, ad exemplum en la sentencia de 4-4-17 , cuando señalábamos que, correspondiendo la prueba del hecho dudoso o incierto a la parte que fundamente en el mismo su pretensión, no puede tenerse por acreditado que la actora acudiera al cuartel de la Guardia Civil como consecuencia de un deber u obligación pública ineludible, ni tampoco que la circunstancia de haber participado en una investigación implique necesariamente, salvo prueba en contrario no realizada, que las gestiones a realizar en el cuartel de la fuerza pública deba realizarse necesariamente en tiempo de trabajo. Como consecuencia de ello, habrá de estimarse la oposición de la recurrente y entender que el tiempo de 1, 52 horas que estuvo en el cuartel no tiene justificación y por ende debe computarse como incumplimiento laboral.

Que sentado todo ello y partiendo de los datos recogidos en los hechos 31 al 37 y con los análisis que se contiene en el fundamento de derecho octavo, salvo lo relativo a la ausencia por acudir al cuartel de la Guardia Civil, se evidencia que la actora, en esos siete días que fue sometida a vigilancia por el detective privado contratado por la empresa, ha dejado de trabajar en período laboral un total de 15, 42 horas y no las 13, 30 que se recogen en el fundamento de derecho octavo párrafo décimo cuarto, con la modificación ya comentada, así:

Día 13.....1, 23 horas

Día 14.....5, 40 horas.

Día 15..... 2, 10 horas. (18 minutos reconocidos por el juzgador y 1, 52 Guardia Civil)

Día 16-----.

Día 19.....3, 00 horas.

Día 20.....3, 23 horas.

Día 21-----.

Total.....15, 42 horas.

CUARTO.- Que sentado lo antecedente, las 15, 42 horas que la actora no trabajo durante la jornada laboral de los siete días examinados, debemos examinar si tales incumplimientos son o no calificables de incumplimientos graves y culpables.

Que el juzgador de instancia entiende que la conducta de la actora no podría, en principio, valorarse como una inasistencia injustificada, dado que siempre compareció a su puesto de trabajo y puesto que eran ausencias dentro de la jornada laboral se deberían asimilar a faltas de puntualidad. Que tal interpretación no puede ser avalada por la Sala, una cosa son las ausencias y otra bien diferente las faltas de puntualidad, tanto al entrar como al salir, no podemos desconocer, que incluso en supuestos en los que la salida del trabajo se produce con mucha antelación la Sala ha llegado a la conclusión de que no se estaría ante un supuesto de falta de puntualidad, así lo señaló nuestra sentencia de fecha 28-7-10 , "Ha de merecer favorable acogida la censura jurídica que formula la recurrente, puesto que la calificación realizada por el Magistrado de instancia no se ajusta a los principios rectores del ejercicio del poder disciplinario empresarial. En primer lugar, la conducta del trabajador - finalizar la prestación de servicios horas antes de las 19 horas - no encuentra asiento en la falta de puntualidad. Ciertamente, dar por terminada la prestación laboral antes de que llegue a termino la finalización de la jornada de trabajo constituye una falta de puntualidad. Ahora bien, sucede que en el presente caso las presuntas faltas de puntualidad que se imputan no sólo son de importante o excesiva prolongación en su duración, sino que por lo relevante de su prolongación temporal escapan a la noción de falta de puntualidad. En este sentido deber recordarse que el despido por faltas de asistencia y puntualidad



en el trabajo presenta una lógica configuradora en el deber de diligencia en la prestación laboral que deriva el elemento patrimonialista del contrato de trabajo como aportación del trabajador a la producción y plasmación de su deber de prestación laboral. Es, por tanto, este elemento finalista de carácter patrimonial aquel que justifica la extinción del contrato. Pues bien, como se ha indicado el proceder del trabajador encuentra difícil encaje en este deber de diligencia, sino que, tal y como recogía la carta de despido, el comportamiento del trabajador constituye una conducta de abuso de la buena fe contractual en la medida en que dicho proceder afecta directamente al elemento espiritual del contrato."

Nos encontramos pues, ante reiteradas y prolongadas faltas de asistencia que en el corto espacio de tiempo de siete días, implican su realización en cinco y en esos cinco días el total de horas no trabajadas pero sí percibidas en el salario como trabajadas es de 15, 42 horas, constituyendo pues un incumplimiento a los deberes laborales del trabajador, o como señala nuestra sentencia de 4-3-14, "la persistencia de las ausencias del lugar de trabajo, constituyen una desobediencia continuada a las reglas de la empresa"

Debemos pues, acreditado el incumplimiento señalado, acudir a la normativa que regula las relaciones laborales entre los trabajadores y la empresa, que en el presente supuesto se regulan en el Convenio Colectivo de empresa, el cual en su art. 38 recoge la graduación de las faltas, y en el número 3 se refiere al *abandono del puesto de trabajo sin justificación, especialmente en los puestos de mando o responsabilidad, o cuando ocasionen evidente perjuicio a la empresa.*

Pues bien, en el caso de autos nos encontramos con cinco faltas de abandono del puesto de trabajo o bien una conducta continuada de abandono, en todo caso subsumible en dicho apartado, máxime si entendemos que la actora tenía un puesto de mando (directora de programas y actividades) o bien de responsabilidad (técnico deportivo) con el salario que se recoge en el ordinal primero y los cometidos que desarrollaba conforme se evidencia de los factos 31 a 37, que escapan al de un mero trabajador y se incardinan dentro del concepto de responsabilidad.

Ahora bien, la conducta atribuida a la trabajadora únicamente justificaría la sanción de despido disciplinario de revestir las notas de gravedad y culpabilidad. Como es sobradamente conocido, la gravedad alude a la intensidad del incumplimiento. Significa ello que la sanción de despido debe ser valorada y ponderada, como la de cualquier incumplimiento, teniendo en cuenta la conducta reprochada, como los elementos circunstanciales que rodean la comisión del hecho, buscando siempre la necesaria proporción entre la conducta tipificada, el incumplimiento, y la sanción. En el presente caso resulta acreditado que el trabajador se ausentó del trabajo de forma reiterada con plena conciencia que con su conducta incumplía las obligaciones propias de cualquier relación laboral y que tanto la reiteración (no puede olvidarse que los incumplimientos se refieren a cinco de los siete días controlados) como la cuantificación del tiempo de su ausencia (1, 29; 5, 40; 2, 10; 3, 3, 10 horas) son elementos que evidencian la gravedad del incumplimiento y permiten a la Sala entender la estimación del recurso en este apartado y consiguientemente y por esta sola circunstancias entender de aplicación la sanción establecida en el art. 38 para las faltas muy graves, que es entre otras la de despido.

Que a la misma solución se llegaría acudiendo a los incumplimientos graves y culpables que dan lugar a la extinción de la relación laboral por voluntad del empresario, art. 54.1 y 2 d) del ET.

Respecto de la manifestación que se contiene en el fundamento octavo in fine, de que la falta estaría prescrita al transcurrir más de 20 días desde la confección del informe del detective (27-10-15) hasta la fecha de inicio del expediente contradictorio (15-12-15), no parece correcta y ello por dos circunstancias, la primera porque estamos ante un falta muy grave, cuyo lapso prescriptivo es de 60 días, tal como recoge el art. 39 del convenio, y en segundo lugar porque aún obviando lo antecedente, el dies a quo no puede fijarse en la fecha en que se confecciona por el detective el informe, sino en la fecha en que la empresa tiene conocimiento del mismo, fecha, que por cierto no se recoge en la sentencia de instancia, lo que impediría su cómputo y por ende su estimación, ello es debido a la doctrina que señala que corresponde la fijación de las fechas de cómputo de la prescripción a la parte que lo alega.

QUINTO.- Que como segundo apartado del motivo de censura jurídica, se alega por parte de la empresa recurrente la transgresión de la buena fe contractual por competencia desleal de la actora, al prestar servicios para otra empresa, que es competencia directa de la recurrente y cita varias sentencias del TS al respecto.

La cuestión que ahora se somete a la consideración de la Sala que no es otra que la de si ha existido competencia desleal en la actuación de la trabajadora que ha dado lugar, entre otros motivos, a la imputación contenida en la carta de despido, ha sido ampliamente examinada en nuestra sentencia de 22 de Noviembre de 2016, habiendo señalado en la misma que "Puede admitirse también que no toda actividad concurrente puede considerarse como desleal, pero cuando la concurrencia se califica como tal puede ser entendida como una transgresión de la buena fe contractual y, por tanto, causa de despido disciplinario. Sobre la concurrencia del trabajador en la misma actividad que su empresa, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de octubre



de 1.990 declara que: "si bien es cierto que es deber básico del trabajador no concurrir en la actividad de la empresa, como previene el art. 5.d) ET , estableciendo el art. 21.1 que la plena dedicación a una sola empresa, vendrá impuesta, cuando la actividad plural en trabajo o negocios similares perjudique al empresario y genere por ello una consecuencia desleal o competencia ilícita del trabajador (Sentencia de 16 de diciembre de 1.986) implicando la violación de esos deberes básicos una transgresión de la buena fe contractual constitutiva de un incumplimiento contractual que justifica el despido, también lo es como recogen las Sentencias de 19 de julio de 1.985 (RJ 1985, 3820) y 13 de mayo de 1.986 (RJ 1986, 2541), que 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 cuya determinación, es preciso atender a los elementos objetivos del relato histórico, sin que pueda ni deba acudir a conjeturas, ya que lo que se juzga es si la actividad en la otra empresa del trabajador revela una infidelidad en el servicio que presta al demandado, o si la base de su actuación sean los conocimientos obtenidos en su trabajo en este último, si esto no es así, no se produce quebranto del principio de la buena fe elemento básico de la contratación y necesario para que pueda prosperar el despido decretado, y porque también es doctrina de la Sala que en caso de pluriempleo, figura admitida, salvo en concurrencia desleal o el pacto de plena dedicación, ha de acreditarse la falta de fidelidad ya dicha en el cumplimiento de las obligaciones impuestas, para que se estime un ejercicio abusivo de aquél".

Por su parte, el TS en su sentencia de 8 de marzo de 1.991 , señala que "La concurrencia implica una actividad económica o profesional de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo potencial de clientes" y en la de 22 de marzo del mismo año 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". Es decir, 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 y 3º) que tal utilización redunde en demérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa".

En nuestra sentencia de 2 de noviembre de 2.010, al resolver un supuesto similar, declaramos: "El Tribunal Supremo ha venido manifestando en reiterada y resumida doctrina lo siguiente: «la buena fe en un sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1.258 del CC), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; y es cierto también que en el Derecho Laboral hay mandatos legales que imponen un cumplimiento contractual de acuerdo con la buena fe [arts. 5.d) y 20.2 del Estatuto] (STS 22-5-86); «es deber básico del trabajador no concurrir con la actividad de la empresa, como previene el art. 5, apartado d) del Estatuto de los Trabajadores y su art. 21 establece que la plena dedicación a una sola empresa vendrá impuesta cuando la actividad plural en trabajos o negocios similares perjudique al empresario y genere por ello una concurrencia desleal o competencia ilícita del trabajador» (S 18-7-89). No es preciso, por ello, que exista pacto de plena dedicación mediante compensación económica para que la concurrencia desleal sea reprochable; lo es, sin más, cuando se realice con deslealtad (art. 21), y en contra de las exigencias de la buena fe que proclama la citada sentencia de 22 de mayo de 1986 (S 25-6-90). También ha manifestado de forma reiterada el TS (S de 21-3-90) que el deber legal de no hacer concurrencia desleal al empresario comprende «tanto a la concurrencia desleal en el trabajo por cuenta ajena, como a la concurrencia desleal en el trabajo por cuenta propia. Ciertamente, no toda actividad adicional es concurrencia desleal, pero sí lo es aquella en la que el trabajador puede desviar clientela, o aprovechar conocimientos adquiridos en la empresa a la que hace competencia, o prevalerse de la información que ha podido proporcionar o proporciona la presencia en el interior de ésta». Algunas de estas circunstancias, si no todas ellas, concurren en el caso; lo que demuestra la afirmación de partida sobre infracción del deber legal establecido en el artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores (...). Esta misma sentencia finaliza afirmando que el deber legal de no concurrencia desleal no pierde en absoluto su virtualidad en situaciones de interrupción de la prestación de trabajo".

Que al examinar la cuestión que se plantea en ese motivo de derecho, no puede obviarse el contenido de la sentencia de instancia al abordar la cuestión; el Juez "a quo" señala las dos cuestiones fundamentales que se suscitaron al respecto y resolviendo cada una de ellas llega a la conclusión de que no se había producido



una situación de competencia desleal por parte de la demandante, ante la solución dada a cada una de esas cuestiones se opone la parte recurrente en su segundo y último apartado del recurso.

Que la primera de las cuestiones que analiza el juzgador y a la que se refiere el recurrente, es la relativa a si la empresa tenía conocimiento de que la trabajadora prestaba servicios para Siel Blau y consintió.

Pues bien a esta primera cuestión, a la que el recurrente dedica parte de su argumentario, la Sala no deja de comprobar la inutilidad de su formulación, pues el propio juzgador señala in fine de tal examen que *"En función de la prueba practicada debe concluirse que la parte actora no ha acreditado que le empresa demandada conociera que prestaba servicios para esa fundación, pues un listado remitido al Ayuntamiento para fines ajenos al ámbito laboral no permite deducir un cabal conocimiento de los responsables de la demandada, que es una sociedad municipal, pero jurídicamente independiente de la corporación local"*. Así pues, el Magistrado no da por probado el conocimiento y por ende el consentimiento de la empresa.

Cierto es que finaliza el argumento, señalando que lo anterior no es obstáculo para constatar que la actora figura de alta en la SS en esa empresa desde 2012, *"por lo que no deja de sorprender que semejante extremo pasara inadvertido a los responsables de la empresa demandada"*. Bien, si como parece tal afirmación no es mas que una muestra de extrañeza por parte de juzgador y no afecta a la cuestión del conocimiento, nada que objetar pues es inocua a los efectos jurídicos, pero si tal sorpresa configura una revocación del convencimiento adquirido y desarrollado en el apartado examinado, debe señalarse, que el conocido como "informe de vida laboral" elemento ue permite conocer la vida laboral del trabajador así como las altas y bajas en las empresas para las que ha prestado o presta servicios, sólo lo puede se pedido por el cotizante y no la empresa, por lo que tampoco podría entenderse fundamento del supuesto conocimiento.

Que sentado pues, que la empresa no tuvo conocimiento de la prestación de servicios de la actora para otra empresa, hemos de pasar a la segunda de las cuestiones analizadas, que no es otra que la de determinar si las actividades de ambas empresas son concurrentes.

Que la instancia llega a la conclusión de inexistencia de actividad concurrente, en base al examen del objeto social de la empresa y por ello sintetizando, tal como señala el propio juzgador, *"la actividad esencial de la empresa demandada está relacionada con actividades deportivas y de ocio en la población de Reus. De hecho, en su objeto social se mencionan explícitamente actividades, programas y eventos deportivos, sociales, educativos, culturales, recreativos y de ocio. Sólo tangencialmente se hace referencia a la mejora de la salud, pero sin ninguna concreción o indicación de colectivos destinatarios"*. , mientras que la fundación Siel Bleu tienen como fines la mejora de la salud física y mental, el bienestar y la independencia de las personas mayores o con discapacidad, principalmente mediante actividades físicas y sesiones de entrenamiento.

En base a la comparación citada, el Magistrado entiende que la empresa demandada no desarrolla directamente ningún programa encaminado a mejorar la salud de las personas mayores o discapacitadas.

Ante tales argumentaciones hemos de señalar que de la propia redacción de los hechos, la circunstancia de que la principal y esencial actividad de la empresa sea la propia de las actividades deportivas y de ocio, no implica que también tenga otras que sin ser tal esenciales, pueda y venga, aunque sea de forma más limitada, realizando, así se evidencia de lo recogido en transcripción antecedente, pero es más, en el hecho probado vigésimo quinto, se dice respecto de la demandada que *"adicionalmente la empresa ha desarrollado actividades relacionadas con personas con discapacidad, siendo clientes la Fundación Pere Mata y Associació de Familiars de Persones amb discapacitat intel·lectual y del desenvolupament"*.

Así pues, la empresa, en base a que entre el desarrollo comercial estaba la de mejora de la salud y bajo cuyo amparo llevó a cabo esa actividad, aunque no fuere la principal, habrá de estimarse que si tenían aunque parcialmente el mismo interés de negocio.

Por último, no puede tampoco dejarse de señalar que la empresa demandada a través de su fondo social, procedió a abanar, no se sabe si la totalidad o parcialmente un master universitario que realizó la actora, precisamente sobre el tema de envejecimiento y salud.

Por último no es ajeno a la consideración del tema, la circunstancia, recogida en el hecho décimo noveno, de que la actora presta servicios para Siel Bleu desde el 6-6-12 y es la máxima responsable en la provincia de Tarragona, con lo que los conocimientos y contactos de su empresa estaban a disposición de la Siel Blau.

Lo que se deja relatado cumple sobradamente los requisitos que antes hemos expuesto y que vienen siendo exigidos por la jurisprudencia para que una conducta pueda ser tipificada como propia de competencia desleal, es decir, actividad económica en satisfacción del propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbito mercantil; la utilización de la experiencia profesional adquiridos



en la empresa en beneficio propio y que tal utilización redunde en demérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa .

Todo ello revela en definitiva la existencia de una conducta de deslealtad por parte del trabajador, que ha de calificarse de grave y culpable, con entidad suficiente para justificar su despido, toda vez que, como ya se ha indicado, la no concurrencia es un deber básico del trabajador que opera en forma de prohibición legal, esto es, no precisa de cláusula contractual o norma convencional que le impida concurrir con la empresa, siendo el elemento que define la competencia desleal no el perjuicio o daño causado, sino la deslealtad de la conducta, en tanto medio empleado para la obtención de un resultado. Y, como se afirma en la sentencia de instancia, la actividad realizada es coincidente, al menos parcialmente, con la realizada para la empresa demandada. Lo expuesto y razonado supone la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida, pues, aún estando la actora embarazada en el momento del despido, la nulidad de éste sólo puede enervarse en supuestos como el presente en el que las imputaciones de la empresa han sido probadas y el incumplimiento justifica la calificación del despido como procedente.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa REUS ESPORT I LLEURE SA contra la sentencia de fecha 20 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social de Reus , dimanante de autos 94/16 seguidos a instancia de D^a. Begoña contra la demandada, siendo parTe EL MINISTERIO FISCAL y en consecuencia debemos revocar y revocamos dicha resolución y con desestimación de la demanda declaramos el despido de la actora como PROCEDENTE con absolución de la empresa demandada.

Devuélvase los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir, una vez sea firme esta resolución.

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 N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

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

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

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

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



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

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ