



Roj: **STSJ GAL 1912/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:1912**

Id Cendoj: **15030340012015101265**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2015**

Nº de Recurso: **4904/2014**

Nº de Resolución: **1433/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Coruña (A), núm. 2, 05-08-2014 ,
STSJ GAL 1912/2015**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO - AN-

-PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2013 0006848

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0004904 /2014 AN

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001345 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de A CORUÑA

Recurrente/s: Íñigo

Abogado/a: CATARINA CAPEANS AMENEDO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: APLICACIONES DEL HORMIGON,S.A.

Abogado/a: Alejandra

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMO.SR.D.JOSE MANUEL MARIÑO COTELO

ILMO.SR.D.FERNANDO LOUSADA AROCHENA

ILMO.SR.D.MANUEL CARLOS GARCÍA CARBALLO

En A CORUÑA, a trece de Marzo de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0004904 /2014, formalizado por el/la Letrado/a D/D^a CATARINA CAPEANS AMENEDO, en nombre y representación de Íñigo , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001345 /2013, seguidos a instancia de Íñigo frente a APLICACIONES DEL HORMIGON,S.A. siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a MANUEL CARLOS GARCÍA CARBALLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Íñigo presentó demanda contra APLICACIONES DEL HORMIGON,S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha cinco de Agosto de dos mil catorce .

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

Primero. D. Íñigo ha prestado servicios para la empresa demandada, Aplihorsa, desde el 12/02/2007 con la categoría profesional de titulado superior y un salario mensual de 3.228,75 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias.

Segundo.- La empresa demandada comunicó al actor su despido disciplinario por medio de carta datada el 5/11/2013, con efectos desde el mismo día. Obra en autos como doc. 15 del ramo del actor y se da por reproducida en su integridad.

Se invoca la causa prevista en el art. 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores y el art. 66.7 del Convenio Colectivo de Industrias de Derivados del Cemento de la provincia de A Coruña. Se afirma que el actor viene desarrollando al menos desde el mes de junio de 2013 actividades económicas y empresariales que suponen competencia desleal hacia esta empresa al concurrir con la actividad de la misma. Asimismo, que participa en una sociedad mercantil, Innovation and Concrete S.L. cuya actividad está relacionada con la fabricación y comercialización de prefabricados de cemento y hormigón, al igual que la actividad de Aplihorsa, y que viene interviniendo activamente en la actividad desarrollada por aquella sociedad.

La carta de despido fue comunicada a los representantes de los trabajadores.

Tercero.- El actor en el momento de la extinción de la relación laboral desempeñaba funciones de jefatura de la oficina técnica de Aplihorsa, sin que existiera la figura del Director Técnico desde el ascenso del anterior Director Técnico al cargo de Director Gerente de la empresa.

Cuarto.- La sociedad demandada, Aplicaciones del Hormigón Armado S.L. (Aplihorsa) tiene como objeto social la fabricación de piezas prensadas, vibradas, centrifugadas de hormigón o pretensado, de hormigón sin armar y en general de todas cuantas piezas prefabricadas tengan relación en la construcción y obras públicas, así como también la compraventa y almacén de todas esas piezas y de todos los materiales que puedan tener relación en la construcción y obras públicas, la explotación de las patentes para construcción de piezas de hormigón que tengan los socios o puedan tener, la industria de la madera, y cualquier otro negocio lícito que por unanimidad se estime conveniente emprender o realizar relacionado con el anterior objeto.

La sociedad Innovation and Concrete S.L. fue constituida por escritura pública de 30/05/2013, estableciendo el inicio de sus operaciones el 1 de junio de 2013, y teniendo como objeto social la fabricación, construcción y venta de prefabricados de hormigón.

La empresa Aplihorsa se dedica fundamentalmente al pesado, e Innovation and Concrete al prefabricado ligero. Sin perjuicio de ello, ambas sociedades productos tales como nichos o dinteles.

Quinto.- El actor ostenta desde la constitución de la sociedad, Innovation and Concrete la titularidad de 33% del capital social, siendo la parte restante titularidad de D. Alfonso , extrabajador de la sociedad demandada, en la que desempeñaba funciones de jefe de fábrica. El actor presta asesoramiento técnico a Innovation and Concrete desde su constitución, y acude ocasionalmente a las instalaciones de la empresa -nave industrial



sita en el Lugar de Castriz, Santa Comba-, realizando actividades tales como supervisar la carga y descarga de materiales.

Sexto.- La empresa, ante la sospecha de que el actor estaba realizando actividades económicas o empresariales que pudieran suponer competencia desleal, en comendaron a Baleato **Detectives** la realización de una investigación. La citada agencia emitió informe final el 29 de octubre de 2013, obrante en autos como doc. 1.1 de la empresa que se tiene por reproducido-. El informe fue entregado a la empresa el 30/10/2013.

Séptimo.- La parte demandante no ostenta la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

Octavo.- El 18/12/2013 se celebra ante el SMAC acto de conciliación que finaliza sin avenencia.

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

SE DESESTIMA la demanda sobre DESPIDO formulada por D. Íñigo frente a la empresa Aplicaciones del Hormigón Armado S.L. (Aplihorsa) declarando procedente el despido de la parte actora verificado con efectos de 5/11/2013.

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

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 21 de noviembre de 2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 11 de marzo de 2015 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la demandante y recurrente interesa la revisión del hecho probado tercero, con la siguiente redacción alternativa:

"El actor en el momento de la extinción de la relación laboral desempeñaba funciones como titulado superior en APLIHORSA, sin que existiera la figura del director técnico desde el ascenso del anterior director técnico al cargo de director gerente de la empresa. Su superior en la empresa era el director gerente, Gabino , que fue despedido por causas objetivas en la misma fecha que el Sr. Íñigo , el 5.11.2013"

Se rechaza porque no es una revisión fáctica sino valorativa de los documentos que cita, folios 115 a 123, 275, 66, 75, 80, 83, 187 y ss, 193, que no es competencia de la Sala, dado que la existencia de error en la apreciación del juzgador de instancia debe ser concreta, evidente y cierta, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, y por ello la revisión que postula para que, con apoyo en la documental que cita, se redacte en la forma propuesta es una pretensión inviable, porque los documentos en que se basa no evidencian por sí solos el extremo que trata de incorporar, y exige una apreciación de aquéllos por la Sala que no es de su incumbencia, y excede de la función revisoria en cuanto la finalidad de ésta es evidenciar por los medios probatorios idóneos el dato objetivo que se considera de interés, pero sin que la Sala haya de realizar una valoración de las probanzas invocadas, como si actuase en el grado jurisdiccional de instancia, por lo que el motivo debe rechazarse.

SEGUNDO.- Con el mismo amparo procesal interesa la revisión del hecho probado cuarto, modificando su párrafo tercero, con la siguiente redacción:

"La empresa Aplihorsa se dedica al prefabricado pesado e Innovation and Concrete al prefabricado de carácter ligero, ambas sociedades comercializan productos diferentes".

Revisión igualmente rechazable, porque para ello la Sala se ve igualmente obligada a examinar los documentos que se citan, para llegar a una conclusión que tampoco es fáctica sino valorativa, lo que se ha dicho no cabe en la revisión de hechos probados.

TERCERO.- También pretende la revisión del hecho probado quinto, con la siguiente redacción:

"El actor es socio minoritario de de Innovation and Concrete, sociedad constituida mediante escritura pública de 30.5.2013 que tuvo que subsanarse en fecha 30.10.2013 para su inscripción en el Registro Mercantil. El Sr. Íñigo acudió en una ocasión en fecha 31.7.13 a las instalaciones de la empresa-nave industrial sita en el lugar de castriz, santa comba. El Sr. Íñigo había informado al director gerente de Aplihorsa, el Sr. Gabino , de su participación en la sociedad. "



Para ello cita el informe del detective, que carece de valor revisor, por cuanto tiene carácter de testifical y no es válido para ello, porque el informe de investigador privado no tiene el carácter de prueba pericial sino de testifical, por lo que no tiene efectos revisorios al estar excluida como tal en el precepto que se cita, (S. 5 noviembre 1996 [AS 1996\4355] TSJ Madrid y S. 7 abril 1997 [AS 1997\1415] TSJ Cataluña). El Tribunal Supremo, en SS. 28 junio 1983 (RJ 1983\3060), 12 septiembre 1986 (RJ 1986 \4961), 12 febrero 1987 (RJ 1987\846) y 24 febrero 1992 (RJ 1992\1055), entre otras, ha sentado la doctrina uniforme de negar valor documental a efectos de revisión de hechos en un recurso de casación a los informes de **detectives** privados aportados al proceso, exponiendo que se trata de una prueba testifical impropia, que adquiere todo su valor procesal como tal prueba testifical cuando el informe ha sido ratificado en juicio por su firmante y la participación del actor en la empresa señalada en la sentencia no se ve desvirtuada por la participación pretendida.

CUARTO.- Y ya finalmente, dentro de las revisiones fácticas pretendidas, la recurrente interesa la revisión del hecho probado sexto, con la siguiente redacción:

"En mayo de 2013 ante la sospecha de que estaba realizando actividades económicas o empresariales que pudieran suponer competencia desleal, encomendaron a BALEATO **detectives** la realización de una investigación. La citada agencia realizó un seguimiento en el que sólo localizaron en fecha 31.7.13 a las 14:10 horas al Sr. Íñigo en las inmediaciones de la nave de Innovation; las visitas realizadas por el detective fueron tres y la última se produce el 31.7.2013. Sin actuaciones posteriores de ningún tipo en los meses de septiembre y octubre Baleato **detectives** emitió informe final el 29.10.2013. El despido se comunica por la empresa al trabajador en fecha 5-11-2013.

Revisión que también se rechaza al citar como documentos revisores la carta de despido, que como documento de parte no es válido, como tampoco lo es el informe de detective por las razones anteriormente señaladas.

QUINTO.- Ya en vía de revisión jurídica, la recurrente con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte actora alega la infracción del artículo 60,2 del ET por entender que los hechos imputados en la carta de despido estarían prescritos.

Esta Sala en sentencia de 12 de noviembre de 2009, (Rec.2409/09) ya ha señalado que es doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en sus sentencias de 22-5-1996 (RJ 1996\4607), 18-12-2000 (RJ 2001\821), 31-1-2001 (RJ 2001\2136) y 25-7-2002 (RJ 2002\952), entre otras muchas en materia de prescripción de faltas la de que, dada la naturaleza y significación de determinadas infracciones, no puede hacerse en ocasiones una imputación inmediata y simultánea a un primer conocimiento superficial y genérico, sino que es de todo punto precisa una investigación o inspección para obtener una cumplida demostración, un discernimiento exacto, pleno y cabal por la empresa de las actividades supuestamente anómalas o irregulares que configuran la conducta del trabajador sancionado, a cuyo fin debe procurarse por aquélla la adquisición de cuantos datos concurren a lograr una información lo más completa posible de lo acaecido, eludiendo actuaciones precipitadas con base en simples sospechas que no tengan la oportuna justificación, siempre, claro está, que dicha investigación se efectúe de forma racional y sin indebidas demoras que sobrepasen excesivamente el plazo prescriptorio (sentencias de 10 de diciembre de 1982 [RJ 1982\7796], 26 de octubre de 1983 [RJ 1983\5154] y 25 de marzo [RJ 1985\1384] y 24 de junio de 1985 [RJ 1985\3449]), lo que está poniendo de relieve una mediata y diligente actuación empresarial tendente a aclarar lo que inicialmente sólo eran meros indicios y a depurar posibles responsabilidades, y aleja toda idea de abandono o renuncia por pasividad o desinterés en el ejercicio de sus derechos fundamento del instituto de la prescripción, por todo lo cual hay que entender que el conocimiento pleno de los hechos imputados no se obtuvo sino a través de las averiguaciones llevadas a cabo con posterioridad, que aportaron los elementos suficientes a los efectos sancionatorios correspondientes.

En el mismo sentido la STS de 15-7-2003 (RJ 2003\5410) indica que: La regla de partida para el cómputo del plazo largo de prescripción es, pues, la establecida legalmente de que ésta comienza a contar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento de la misma. Siendo éste el principio y la norma, existen situaciones en las que aplicar esta previsión en su literalidad haría imposible la persecución de determinadas faltas, cual es el caso de las faltas continuadas o de las faltas ocultadas por el propio trabajador prevaliéndose de las facultades otorgadas por su situación personal en la empresa. En el caso de las faltas continuadas, conceptuando como tales aquellas que «responden a una conducta que se prolonga en el tiempo, a través de una pluralidad de hechos consecutivos dotados de unidad de propósito que corresponden al mismo tipo de infracción», dada la unidad de propósito que las mueve, la Sala Cuarta ha dicho de forma reiterada que el plazo de prescripción de los seis meses no comienza el día en que se cometió cada falta sino el día en que se cometió la última «pues es a partir de ese último hecho cuando cesa esa conducta continuada que debe ser apreciada de forma conjunta a efectos de su sanción», bien sea por abandono voluntario de dicha conducta,



bien por la investigación de tal conducta llevada a cabo por el empresario - SSTS 27-11-1984 (RJ 1984\5905), 6-10-1988 (RJ 1988\7541), 15-9-1988 (RJ 1988\6899), 21-11-1989 , 25-6-1990 (RJ 1990\5514), 7-11-1990 (RJ 1990\8558), 19-12-1990 (RJ 1990\9812)-.

El precepto estudiado, artículo 60, párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997), dispone además, que respecto de los trabajadores, las faltas muy graves prescribirán a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa (con facultad legal al efecto) tuvo conocimiento de su comisión, y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido, planteándose la cuestión litigiosa, en el presente caso, respecto del inicial día de dicho plazo de los 60 días.

Tal y como expresa gran parte de la doctrina, la fecha en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el artículo 60.2 del ET no es aquella en que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos (STS de 15 de abril de 1994 [RJ 1994\3243] entre otras). Dicha doctrina se ha venido entendiendo aplicable a supuestos en los que la actitud de ocultación del trabajador ha impedido conocer su conducta o su alcance hasta momento ulterior al de los propios hechos o cuando la autoría de los mismos no ha sido claramente establecida o se encuentra pendiente de la realización de pruebas periciales o incluso de actuaciones penales o informes de investigación, cuya realización material exige un tiempo.

Señala la Jurisprudencia que dicho plazo prescriptivo se debe computar con un criterio objetivo, dado los términos en los que viene previsto en el art. 60.2 del ET , al establecer que las faltas muy graves prescribirán «a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido...» sin que sea de aplicación al presente caso la reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS 11-7-1988 [RJ 1988\5788], 27-1 [RJ 1990\224] y 25-6-1990 [RJ 1990\5514], 26-5 [RJ 1992\3608] y 24-9-1992 [RJ 1992\6809], 3-11-1993 [RJ 1993\8536] y 29-9-1995 [RJ 1995\6925]) en la que, excepcionalmente y tratándose de faltas laborales cometidas de manera clandestina, con ocultación maliciosa y eludiendo los posibles controles del empresario, viene admitiendo que el plazo de la prescripción larga empieza a correr, no desde que la falta se produjo, sino desde que el empresario tuvo conocimiento de ella y pudo ejercer sus facultades disciplinarias, entendiéndose que la persistencia en el ocultamiento, engendra continuidad de la falta y una prolongación en el tiempo de sus efectos que permite a la empresa imponer válidamente la sanción dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que la descubre.

La recurrente mantiene que la empresa conoció los hechos al menos desde junio de 2013, dado el contenido de la carta de despido: "ha constatado que Vd. viene desarrollando al menos desde el mes de junio de 2013," lo que no es exacto. De dicha redacción no cabe concluir que la demandada haya tenido conocimiento de los hechos en dicha fecha sino que de las averiguaciones llevadas a cabo se supo con posterioridad que el inicio de la actividad paralela al menos fue en aquella fecha lo que es totalmente distinto, puesto que tiene constancia de los hechos a raíz de la investigación, investigación que por otro lado, precisaba de actuaciones escalonadas en el tiempo dada la actividad imputada, que no es posible concretar y precisar en una única actuación, sino que aquella exige un tiempo. Tiempo que se inicia en la fecha de la constitución de la sociedad, 30 de mayo e inicio de actividades el 1 de junio, lo que obliga a que aquella vigilancia se extienda hasta el total conocimiento de los hechos, por lo que la prescripción corta de 60 días, no es apreciable porque aquello se produce en la fecha de cierre de la investigación y notificación a la empresa, el 30 de octubre de 2013, y la larga tampoco, dado que ante la imposibilidad de fijar una fecha concreta de comisión de la posible falta, lo cierto es que solo cabría tomar como tal la fecha de inicio de tales actividades, 1 de junio de 2013, y si la notificación del despido es de 5 de noviembre de 2013, no han transcurrido los 6 meses que señala el precepto presuntamente infringido.

SEXTO.- Con el mismo amparo procesal se alega la infracción del artículo 54,2 del ET , manteniendo que la conducta imputada al actor no incurre en la deslealtad o abuso de confianza descrita en la carta de despido, en este caso por concurrencia desleal. Sobre ello, además de la doctrina recogida en la sentencia de instancia, que la Sala evidentemente comparte, recuerda ésta que una de las causas de despido disciplinario establecidas en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores es la transgresión de la buena fe contractual recogida en el número 2,d) del citado precepto, incluyéndose en la misma la denominada competencia desleal o concurrencia, prohibida en el art. 5,d) de la misma norma . Una y otra viene han sido definidas por la doctrina como la dedicación a actividades de la misma naturaleza, sector o rama de la producción de la empresa, siempre que la misma, al generar intereses contradictorios para el trabajador, perjudique o pueda perjudicar al empresario, siendo las notas características también admitidas por la jurisprudencia que se admite dicha situación tanto en las actividades del trabajador por cuenta propia o ajena, que no se exigen perjuicios ciertos para la empresa ni ingresos comprobados para el trabajador con la nueva actividad, sino que existe aquella cuando unos y otros devenguen potenciales, y que dichos trabajos no hayan sido admitidos expresa o tácitamente por la empresa. También se exige que se trate de una verdadera actividad, estando excluidas las meras actuaciones que pueda



llevar a cabo el trabajador para una mejora en su empleo, que exige contactos con otras empresas, dentro del derecho al trabajo que admite la Constitución, o aquellas meramente esporádicas.

El art. 5 del Estatuto de los Trabajadores señala como deberes de los trabajadores no concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en esta Ley, precepto complementado con lo que señala el art. 21. Sobre la concurrencia del trabajador en la misma actividad que su empresa como transgresión de la buena fe contractual y, por tanto, causa de despido disciplinario, ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de octubre de 1990 que «si bien es cierto como la Sala tiene declarado (Sentencias de 26 de diciembre, 27 de septiembre y 18 de julio de 1989 que es deber básico del trabajador, no concurrir en la actividad de la empresa, como previene el art. 5.d), 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 1986 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 1985 y 13 de mayo de 1986, 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 acudirse 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, en la Sentencia de 8 de marzo de 1991, señala el Alto Tribunal 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, como señala 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 y 3º) que tal utilización redunde en demérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa.

Todo ello concurre en el supuesto de autos. El actor, titulado superior, y desempeñando las funciones de Jefe de la oficina técnica de la demandada, constituye una sociedad con otro ex trabajador de aquella, con una participación del 33 %, a la que presta servicios de asesoramiento técnico, y a la que acude ocasionalmente, realizando actividades como supervisar la carga y descarga de materiales. La actividad de ambas empresas es la de prefabricado, la demandada preferentemente el pesado, y la empresa en la que participa el actor, el ligero, si bien ambas comercializan productos tales como dinteles y nichos.

Recordando lo ya dicho, la competencia desleal ha sido definida por la doctrina como la dedicación a actividades de la misma naturaleza, sector o rama de la producción de la empresa, siempre que la misma, al generar intereses contradictorios para el trabajador, perjudique o pueda perjudicar al empresario, siendo las notas características también admitidas por la jurisprudencia que se admite dicha situación tanto en las actividades del trabajador por cuenta propia o ajena, que no se exigen perjuicios ciertos para la empresa ni ingresos comprobados para el trabajador con la nueva actividad, sino que existe aquella cuando unos y otros devenguen potenciales, y que dichos trabajos no hayan sido admitidos expresa o tácitamente por la empresa. También se exige que se trate de una verdadera actividad, estando excluidas las meras actuaciones que pueda llevar a cabo el trabajador para una mejora en su empleo, que exige contactos con otras empresas, dentro del derecho al trabajo que admite la Constitución, o aquellas meramente esporádicas.

Es evidente que la actividad de ambas empresas se mueve en la misma rama de la producción, el prefabricado, y por ello puede generar intereses contradictorios entre ambas. Sea ingeniero, o director técnico, lo cierto es que utiliza sus conocimientos y experiencias adquiridas en la demandada en beneficio de una actividad paralela y similar a la de aquella, de la que es socio con una participación no baladí, puesto que tiene la tercera parte, y en todo caso se beneficia de los resultados; además presta su asesoramiento técnico a aquella, y en todo caso, no ha quedado acreditado, que la demandada tuviera conocimiento expreso de la actividad paralela



del actor, y mucho menos la hubiera actualizado. Si bien ha sido rechazada la revisión fáctica en tal sentido, la alegación contenida en el recurso, haciendo referencia a lo manifestado en la sentencia, "es intrascendente que hubiera hecho comentarios al gerente de la sociedad" es a todas luces insuficiente para poder acreditar la autorización expresa o consentimiento tácito que enervaría la acción de despido, circunstancia exigida en la sentencia de esta Sala que cita, y que como exoneradora de responsabilidad ha de acreditarse con hechos y no con suposiciones.

Por ello la Sala concuerda con el juez de instancia al mantener que la conducta del trabajador tiene la gravedad y culpabilidad suficiente para incurrir en el incumplimiento contractual contenido en el artículo 54,2, d) del Estatuto de los Trabajadores, lo que lleva igualmente a desestimar el motivo sétimo del recurso, en el que se alega la infracción de este mismo precepto, en relación con el 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y doctrina jurisprudencial en relación con la doctrina gradualista. Y se rechaza porque la deslealtad o abuso de confianza no tiene unos baremos o módulos graduables, sino que como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de mayo de 1.986 la transgresión de la buena fe y el abuso de confianza son faltas que se entienden cometidas aunque no se acredite la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa, y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad añadiendo además en la sentencia de 19 de enero de 1.987 que el incumplimiento grave y culpable de las obligaciones que tipifica el art. 54,2 del Estatuto de los Trabajadores puede advenir no solamente por conductas intencionales o dolosas, sino por falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones en el cargo.

SEPTIMO.- La demandante con el mismo amparo procesal denuncia la infracción del artículo 55,1 del Estatuto de los Trabajadores, manteniendo que la carta de despido no cumple los requisitos formales exigidos en aquel, lo que a la vista de la aportada es rechazable y solo explicable dentro del legítimo derecho de defensa de la parte. La doctrina jurisprudencial al efecto no exige una descripción pormenorizada y exhaustiva de los hechos, sino que del contenido de la carta el trabajador pueda tener constancia de cuáles son los que se le imputan, de forma que no le sitúe en una situación de indefensión. Esta exigencia ha sido reiteradamente interpretada por el Tribunal Supremo en sentencias de 28-4-97 y otras cuando señala, en el sentido que sintetiza la Sentencia de 3 octubre 1988, a tenor de la cual «aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala -Sentencias de 17 diciembre 1985, 11 marzo 1986, 20 octubre 1987, 19 enero y 8 febrero 1988, cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador». Por otra parte, como ya se ha indicado, la oposición de la trabajadora a las imputaciones de la carta de despido no puede confundirse con un reconocimiento de la determinación de unos hechos que no han sido concretados y tampoco puede convertirse la prueba posterior de algunos hechos calificables como incumplimientos en una vía para concluir que -al ser aquéllos ciertos- la trabajadora los conocía, aunque no figurasen en la carta, porque tal razonamiento circular envuelve una petición de principio y elimina la garantía del conocimiento concreto de las imputaciones por el trabajador y la limitación de la defensa del trabajador consagrando un resultado obtenido a partir de una situación de desigualdad de información en el proceso.

Evidentemente las exigencias contenidas en la doctrina señalada se cumplen con el contenido de la carta de despido, que la sentencia da por reproducida, y en ella consta de forma suficiente los hechos imputados, las circunstancias concurrentes, y la tipificación de la conducta, así como la sanción que corresponde para que el actor tenga conocimiento bastante de los hechos que se le imputan y pueda preparar su defensa su defensa como estime pertinente.

NOVENO.- Finalmente se alega vulneración del principio, de igualdad del artículo 9 de la Constitución, en base a que haya trabajadores con categoría superior a la del actor que tenía conocimiento de los hechos, al que no se le impone sanción alguna.

Además de constituir un hecho nuevo no existen antecedentes fácticas en la sentencia que puedan permitir su examen, por lo que se rechaza, al igual que la totalidad del recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS



Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Íñigo , contra la sentencia del juzgado de lo social número dos de La Coruña, en juicio seguido contra la empresa APLICACIONES DEL HORMIGON S.A. la Sala la confirma íntegramente.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.