

Procede el despido disciplinario de un trabajador por concurrencia desleal por haber intervenido en las actividades de captación de patrocinadores e intermediación de publicidad para una empresa creada por su superior jerárquico

Con estimación del recurso interpuesto por Telefónica Audiovisual Digital -TAD-, se declara la procedencia del despido de un trabajador por competencia desleal. Ha quedado acreditado que el trabajador despedido junto con su inmediato superior ha venido efectuando una captación de patrocinadores y anunciantes para otra empresa encaminada a la organización de trofeos de Golf, ofreciendo a los anunciantes la emisión de reportajes en el Canal + Golf, sin que ni esa empresa ni las empresas captadas abonasen canon alguno a la recurrente y sin que dicha actividad fuese conocida o tolerada por la misma.

Se realizaba una actividad concurrente con la empleadora, a sus espaldas, buscando patrocinios en publicidad en el mismo ámbito, con ocultación, utilizando los medios de trabajo y con desvío de potenciales anunciantes a los torneos organizados por la empresa concurrente. Los hechos probados revelan una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera su trabajo, sino que también le facilita los medios para trabajar que, además, fueron utilizados para la realización de las actividades concurrentes. La experiencia y perfeccionamiento profesional derivados de su trabajo en la empresa recurrente fueron usados en su propio provecho y en el de terceros y en demérito o perjuicio para los intereses de su empresa. Formula voto particular la Magistrada D.^ª Rosa María Virolés Piñol.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 06/04/2022

Nº de Recurso: 834/2019

Nº de Resolución: 309/2022

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

Madrid, a 6 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Telefónica Audiovisual Digital SLU (TAD) representada y asistida por el letrado D. Alfredo Aspra Rodríguez contra la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación n.º. 295/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social n.º. 26 de Madrid, en

autos n.º. 643/2017, seguidos a instancias de D. Jose Pablo contra Telefónica Audiovisual Digital SLU sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Jose Pablo representado y asistido por el letrado D. Miguel Vega Otiñano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de febrero de 2018, el Juzgado de lo Social n.º. 26 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Jose Pablo ha venido prestando sus servicios laborales a tiempo completo para TAD con antigüedad reconocida de 1 de septiembre de 1996, categoría profesional de A03 Redactor, y salario de 141,58.-

€ brutos diarios incluida la prorrata de pagas.

El actor no es ni ha sido representante legal de los trabajadores. (Hecho no controvertido)

SEGUNDO.- Con carácter previo a la suscripción del contrato laboral, el trabajador hizo prácticas en la empresa como entrevistador en el partido de baloncesto celebrado el día 13 de enero de 1996 entre el Barcelona y el Tau Gres de Vitoria.

(Hecho no controvertido)

TERCERO.- Resulta de aplicación a la relación laboral el III Convenio Colectivo DTS-CIT 2014-2016 (BOE 27 de mayo de 2014).

(Hecho no controvertido)

CUARTO.- El actor desempeñaba sus funciones, como Redactor en la Dirección de Deportes, y en concreto en el Área de Canales Temáticos, y dentro de estos en el Canal + Golf y Toros, siendo su superior jerárquico el Director de los citados canales el Sr. Luis Miguel, quien, a su vez, reportaba al Director de Deportes Sr. Jesús Carlos. El demandante tenía una excelente relación con su superior el Sr. Luis Miguel.

(Del organigrama y testifical del Sr. Jesús Carlos)

QUINTO.- En fecha 3 de marzo de 2017, en el seno de una reunión en TAD, en la que participaban entre otros, el Director de Deportes Sr. Jesús Carlos, el Director de Publicidad Sr. Pablo Jesús, y el Sr. Luis Miguel, se produjo una fuerte discusión ya que el Sr. Pablo Jesús entendía que se estaban cometiendo irregularidades en la emisión de espacios del Canal Golf, con contenidos publicitarios, pero sin que TAD percibiera contraprestación.

Como consecuencia de tales sospechas, la empresa abrió una investigación interna, comunicando al actor el 29 de marzo de 2017, la suspensión de empleo hasta concluir la investigación, obrante al documento 5 del ramo de la demandada que, en aras a la brevedad, damos aquí por reproducido. El actor contestó con fecha 30 de marzo de 2017 en los términos que obran al documento 6 del ramo de la demandada que damos aquí por reproducido.

(De la testifical del Sr. Jesús Carlos, Sr. Pablo Jesús y documentos 4, 5 y 6 del ramo de la demandada)

SEXTO.- Con fecha 20 de abril de 2017, la empresa comunica al actor el Pliego de Cargos obrante al documento 7 de la demandada y adjunto a la demanda por parte de la actora, que en aras a la

brevedad damos aquí por reproducido, dando un plazo de tres días laborables al actor para formular alegaciones. Con esta misma fecha se entrega copia del Pliego de Cargos al Comité de Empresa.

(Documentos 7 y 8 de la actora y documental adjuntada a la demandada y doc. 1 de la actora)

SÉPTIMO.- Con fecha 21 de abril de 2017, el Sr. Luis Miguel, estando en copia el actor, solicitó de RR.HH. la posibilidad de acceso al correo electrónico corporativo para articular su defensa, comunicando TAD la posibilidad de acceso al mismo a través de una Notaría, el día 24 a las 11 horas, no haciendo el actor uso de dicha posibilidad.

Con fecha 25 de abril de 2017, el demandante formuló Pliego de Descargos que se obra en el documento 10 del ramo de la demandada y que en aras a la brevedad damos aquí por reproducido.

(De los documentos 9 y 10 del ramo de la empresa y 1 de la actora)

OCTAVO.- Con fecha 27 de abril de 2017, TAD entregó al actor carta de despido disciplinario que obra en el documento 1 del ramo de la actora y 12 de la demandada, y que en aras a la brevedad damos aquí por reproducida. El actor fue dado de baja en seguridad social con fecha 27 de abril de 2017.

(Del documento 1 de la actora, 12 de la demandada y Vida laboral)

NOVENO.- La empresa comunicó al Comité de Empresa el despido del actor con fecha 4 de mayo de 2017. (Del documento 8 de la demandada)

DÉCIMO.- El mismo día 29 de marzo de 2017 la empresa precintó el ordenador utilizado por el actor, y procedió por parte del Director de Relaciones Laborales Sr. Cesar a su entrega al Gabinete GPARTNER, en la persona del Sr. Conrado, con fecha 31 de marzo de 2017, a fin de acceder al disco duro del ordenador con Código HASH SHAI NUM000. La citada Compañía, procedió a revisar el disco duro, realizando una búsqueda ciega de archivos a partir de las siguientes palabras clave: WOW COMUNICACIÓN, ILUSIÓN CUP, SUMMUM GOLF, ESTRELLA DAMM, INFINITI, PANAMÁ, RON ABUELO, AC HOTELS, BUENAVENTURA GOLF, MONTANERA VIEJA, CHEF BURGER, FRUTAS BAZQUEZ, FOOD TRUCKS, POLO SWING, FRINSA, DOÑA TOMASA, LA CHINATA y KIREL.

(Del Informe Pericial).

UNDÉCIMO.- En fecha 18 de marzo de 2016, a las 11,05 horas, y en contestación a dos correos previos del Sr. Luis Miguel y de su cónyuge la Sra. Rocío, el actor escribió "De acuerdo con vosotros, la pasarela de paga en nuestra web, ok al presupuesto, Damm está confirmado. Necesitamos el contrato y estos pagan ya. Respecto al banco está tb OK. Solo falta ver si es Credit Andorra o Banco Alcalá". Ello se hace en relación a la intención de WOW COMUNICACIÓN para la organización del torneo de Golf "Ilusion Cup", y búsqueda de patrocinadores.

(Del Informe Pericial y correo electrónico indicado)

DUODÉCIMO.- En agosto de 2016 el demandante participó, junto con el Sr. Luis Miguel en la negociación con D. Víctor, el patrocinio de Hotel Marriot Panamá, para el torneo de Golf "Ilusion Cup", ofreciendo como contraprestación al patrocinio la emisión de reportajes en los que se visualizaba o ensalzaba las instalaciones del citado Hotel, en Canal Golf, en el que prestaban sus servicios tanto el actor como el Sr. Luis Miguel, sin contraprestación alguna para TAD.

Así el actor participó en la negociación y confección de los contratos de patrocinio para la "Ilusion Cup", suscritos entre WOW COMUNICACIÓN, S.L. y las mercantiles INFIBER MOTORS, S.L. (INFINITY) y DAMM, S.A. en abril de 2016, en la que WOW COMUNICACIÓN ofertaba como contraprestación a dichos patrocinadores, la emisión de reportajes en Canal + Golf, sin que WOW COMUNICACIÓN Y EVENTOS, abonaran nada a TAD como consecuencia de la emisión de dichos reportajes.

(Del Informe Pericial, y correos electrónicos Anexos 1.15, 1.16,1.17, 1.18, 1.24, 1.25).

DECIMOTERCERO.- El demandante ha intervenido, junto con el Sr. Luis Miguel, y el Sr. Luis Alberto (en representación de la sociedad GD SERVICIOS) en la organización del Torneo de Golf "Ilusion Cup 2016"), con el ánimo de repartirse las ganancias, en una tercera parte, habiendo aportado 1.500.-€.

(Del informe pericial, y correos electrónicos Anexos 1.22, 1.38 y 1.48).

DECIMOCUARTO.- Las intervenciones del demandante en las actividades de WOW se hacían a través del correo corporativo de TAD, puesto a su disposición por ésta, DIRECCION000.

(Del conjunto de correos).

DECIMOQUINTO.- La mercantil WOW COMUNICACIÓN & EVENTOS, S.L. fue constituida el 31 de marzo de 2016, siendo su objeto social la producción y organización de congresos, convenciones, exposiciones, juntas de accionistas, desfiles, inauguraciones, presentaciones, ruedas de prensa y, en general, la organización de eventos de comunicación, medios y entretenimiento, tanto a personas físicas como a jurídicas. Las actividades integrantes del objeto social podrán ser desarrolladas, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo. Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad. La sociedad comenzó su operatividad el mismo día del otorgamiento de la escritura. Los socios de la misma son Rocío (55 por 100), quien además es administradora única, y Luis Miguel (45 por 100).

(De la Nota del Registro Mercantil obrante al Anexo 3 del Informe Pericial). La referida sociedad, se publicitaba como agencia especializada en Golf (Del documento 13 bis del ramo de la demandada)

DECIMOSEXTO.- El objeto social de TELEFÓNICA AUDIOVISUAL DIGITAL, S.L.U., incluye, entre otras actividades, las propias de comercialización publicitaria, esto es, la intervención en el negocio de la contratación de publicidad en televisión y en cualquier tipo de medio escrito, audiovisual o radiofónico, y comercialización de los espacios y tiempos disponibles en cualquiera soportes y medios. La intermediación o la captación de clientes, interesados en la captación o promoción de sus productos y servicios, actividades o actos, mediante la realización de contratos de publicidad, patrocinio o de cualquier tipo siempre en el ámbito de la comercialización publicitaria. La prestación de servicios de creación y producción audiovisual en el ámbito publicitario, así como la comercialización o venta dicho producto. Las actividades correspondientes a una agencia central de publicidad a través de la explotación de la publicidad en todas sus formas, mediante cualquier medio de comunicación social o publicidad.

(Del documento 20 de la demandada: diversas escrituras de cambio de denominación social y modificación parcial de estatutos)=:

DECIMOSÉPTIMO.- En TAD existe desde febrero de 2016, siendo conocida con carácter general, una Normativa Interna sobre Asignación de los Recursos de la Empresa, en cuyo apartado 8, se regula la utilización del correo electrónico corporativo. Dicha regulación prevé un uso estrictamente profesional del correo corporativo. Se indica además, que en el caso de que se detecte un uso no profesional, se podrá limitar la utilización al usuario o eliminar el permiso de acceso.

(Del documento 17 del ramo de la demandada)

DECIMOCTAVO.- En TAD existe también un Código Ético o Principios de Actuación, conocidos por el actor, conforme a los cuales, no cabe el ofrecimiento de regalos o invitaciones o incentivos que puedan influir en una decisión empresarial y la evitación o declaración de cualquier conflicto de intereses, y no buscar el beneficio propio o de terceros, haciendo un uso indebido de la posición en la empresa.

DECIMONOVENO.- El Director de Deportes Sr. Jesús Carlos participó como jugador en el evento "Ilusion Cup",organizado por WOW, sorprendiéndose por encontrarse allí profesionalmente a la Sra.

Rocío (esposa del Sr. Luis Miguel) y desconociendo la implicación real del Sr. Luis Miguel y del Sr. Jose Pablo en la organización, y el ofrecimiento a patrocinadores de emisión de reportajes en Canal + Golf, al margen de TAD.

(De la testifical del Sr. Jesús Carlos)

VIGÉSIMO.- TAD y WOW no han suscrito ni concertado ningún acuerdo comercial respecto a emisión de contenidos, patrocinios o publicidad.

(Del conjunto de la prueba practicada y testifical del Sr. Pablo Jesús)

VIGESIMOPRIMERO.- La empresa INFIBER MOTORS, S.L. (INFINITY) es cliente habitual de TAD, insertando espacios publicitarios en Canal + Golf y otros canales de TAD, percibiendo TAD de INFINITI el correspondiente canon por la publicidad directamente contratada entre ambas, que no incluye la emisión de reportajes de la "Ilusion Cup " a que hace referencia el Hecho Duodécimo, sino diversos spots convencionales. Respecto a DAMM,S.A., no tiene acuerdo alguno con TAD sobre la emisión de publicidad en el 2016-2017, ni ha abonado a TAD cantidad alguna por la emisión de los citados reportajes.

(De la testifical del Sr. Pablo Jesús y documento 21 del ramo de la demandada)

VIGESIMOSEGUNDO.- La concertación y contratación de espacios publicitarios en TAD se realiza por el Departamento de Publicidad, no siendo una función habitual del personal de contenidos, como el actor.

(De la testifical del Sr. Pablo Jesús)

VIGESIMOTERCERO.- Con posterioridad al despido, el actor ha iniciado una actividad profesional por cuenta propia, causando alta en el RETA con efectos 1-10-2017.

(De la vida laboral obrante en las actuaciones)

VIGESIMOCUARTO.- Se ha agotado el trámite de conciliación previa, con el resultado de intentado sin avenencia el 6 de junio de 2017.

(Del acta de conciliación adjuntado a la demanda)".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimo la demanda por despido interpuesta por Jose Pablo contra TELEFÓNICA AUDIOVISUAL DIGITAL SA, declaro la PROCEDENCIA del despido producido el 27 de abril de 2017, convalido la citada extinción sin derecho a que el trabajador perciba indemnización ni salarios de tramitación y absuelvo a la empresa demandada de las pretensiones en su contra deducidas".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Jose Pablo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 28 de noviembre de 2018, en la que consta el siguiente fallo:

"Que estimamos el recurso de suplicación número 295/2018 formalizado por la letrada DOÑA LYDIA BARRENA GARCÍA en nombre y representación de DON Jose Pablo, contra la sentencia número 40/2018 de fecha 2 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 26 de los de Madrid, en sus autos número 643/2017, seguidos a instancia del recurrente frente a TELEFÓNICA AUDIOVISUAL DIGITAL, S.L.U. (TAD), en reclamación por despido y en consecuencia revocamos la misma y declaramos el despido del trabajador improcedente, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre el abono de una indemnización cifrada en CIENTO UN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE EUROS CON SESENTA CÉNTIMOS (101.937,60 euros) o por la readmisión y

el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que el trabajador haya encontrado otro empleo, si tal colocación es anterior a la misma y se prueba por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, en el presente caso a razón de 141,58 euros diarios, así como a mantenerle en alta en Seguridad Social durante el mismo período. SIN COSTAS".

TERCERO.- Por la representación de Telefónica Audiovisual Digital, SLU se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha 21 de junio de 2018, rec. suplicación 282/2018.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por el letrado D. Miguel Vega Otiñano, en representación de la parte recurrida, D. Jose Pablo, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- En Providencia de fecha 27 de enero de 2022, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 30 de marzo de 2022, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

En dicho acto, la Magistrada Ponente, Excm. Sra. D.ª. Rosa María Virolés Piñol, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Ángel Blasco Pellicer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a decidir en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina, de mediar la necesaria contradicción, consiste en determinar la calificación del despido disciplinario efectuado por la recurrente en un supuesto en el que se alega para el despido competencia desleal por el mantenimiento sostenido de diversas actividades de captación de publicidad y patrocinio para una empresa, creada por un compañero, superior jerárquico del actor, y la esposa de aquél, para dedicarse a las mismas actividades que la demandada, teniendo en cuenta que la conducta reprochada se realizó, al menos parcialmente, con medios de la empleadora y durante el tiempo de trabajo.

2.- La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social n.º. 26 de Madrid, desestimó la demanda del actor y declaró la procedencia del despido. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2018, Rec. 295/2018, con estimación del recurso deducido por el trabajador recurrente declaró la improcedencia del despido, condenando a Telefónica Audiovisual Digital SLU (en adelante: TAD) a las consecuencias de tal declaración.

Consta que actor ha venido prestando servicios para la demandada desde el 1 de septiembre de 1996 como Redactor, desempeñando sus funciones en la Dirección de Deportes, en concreto en el Área de Canales Temáticos y dentro de estos en el Canal + Golf y Toros, siendo su superior jerárquico el Director de los citados canales, quien a su vez reportaba al Director de Deportes. El actor tenía una excelente relación con su director. Como consecuencia de unas sospechas detectadas en reunión de 3 de marzo de 2017, se abrió una investigación interna, acordándose el 29 de marzo de 2017, la suspensión de empleo hasta concluir

la investigación. Tras la tramitación del pliego de cargos, el 27 de abril de 2017 se le notifica el despido disciplinario. La versión judicial de los hechos refiere de manera prolija en la relación fáctica, todos aquellos extremos que motivaron la decisión empresarial.

La sentencia recurrida, manteniendo íntegramente los hechos probados, considera que no existe competencia desleal ya que valora de forma diferente a como lo efectuó el órgano judicial de instancia los hechos declarados probados, considerando que la primera de las imputaciones relativa a la utilización indebida, ilícita y abusiva, desde al menos el mes de marzo de 2015, de los recursos materiales de la empresa para fines personales y en su beneficio propio, para la organización de determinados torneos que no se concretan, genera indefensión al actor, lo que a lo sumo se trata de una utilización indebida del correo corporativo y del ordenador de la demandada por parte del actor en un periodo de trece meses, de lo que resulta evidente la inexistencia de utilización frecuente y constante de los medios materiales de la empresa en horas de trabajo. En lo que atañe a la utilización fraudulenta de la imagen de TAD en beneficio propio, no consta acreditada. La tercera imputación es la utilización indebida de las herramientas y medios materiales imagen de la compañía y posición que ocupaba el actor en TAD, en su propio beneficio, pero al tratarse de un torneo ajeno a la empresa demandada [HP 11.º, 12.º, 13.º, y 22.º], aunque fuera retribuido, no supone una transgresión de la buena fe contractual en el desempeño de sus funciones. Respecto a la cuarta imputación, uso irregular de la imagen de Movistar+ en su propio beneficio en la página de WOW comunicaciones y eventos, no es dable hacer responsable al demandante, al no ser él quien controlaba los contenidos subidos a dicha página. Y respecto a la realización de actividades durante su jornada laboral utilizando los medios materiales y posición ostentada en dicha empresa, genera indefensión al actor al no concretarse tales hechos, limitándose a reproducir un correo.

SEGUNDO.- 1.- Disconforme la demandada Telefónica Audiovisual Digital SLU con la solución alcanzada por la Sala de suplicación se alza ahora en casación para la unificación de doctrina planteando un único motivo de contradicción en el que denuncia la infracción de los arts. 5.a), 21.1 y 54.2 b) y d) del ET, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de junio de 2018 (rec. 282/2018).

En ella se ventila el despido disciplinario del superior del actor, quien venía prestando servicios para la misma mercantil, TAD, con antigüedad de 28-7-2003, y categoría profesional de Director de Contenidos de los Canales Temáticos Canal+ Golf y Canal+ Toros siendo el superior jerárquico del demandante de la sentencia ahora recurrida. Es despedido asimismo con fecha 27-4-2017 por análogos hechos y partiendo de una versión judicial de los hechos, en lo sustancial, coincidente con la de la decisión ahora recurrida. En concreto se imputa: Utilización indebida, uso ilícito, reiterativo y abusivo desde, al menos, el mes de marzo de 2015, de los recursos materiales propiedad de la empleadora -cuenta de correo y equipo informático-, para fines personales y en su beneficio, bien a título individual bien para la mercantil WOW Comunicaciones y Eventos SL -constituida el 31/03/2016 y de la que ostenta el 45 % de capital y su cónyuge el 55 % -, en la organización de los torneos de golf "Ilusion Cup 2016" e "Ilusion Cup 2017". Utilización fraudulenta de la imagen de TAD (Movistar+) en beneficio propio desviando oportunidades de negocio de la compañía en su único y particular interés; que en el marco de la organización del torneo "Ilusion Cup 2016", realizada a través de WOW Comunicaciones y Eventos SL se ha prevalido de la imagen corporativa de la compañía, así como de su cargo, "Director del Canal Toros TV y Movistar" para negociar condiciones y alcanzar acuerdos de patrocinio al margen de la empleadora, en su propio beneficio e interés particular. Utilización indebida e irregular de herramientas, medios materiales, imagen de la compañía y posición que ocupa en la empresa en beneficio propio, al participar y lucrarse por la obtención de importes económicos derivados de subvenciones concedidas por el Gobierno de Panamá presuntamente dirigidas a la promoción y organización del torneo "Ilusion Cup". Uso irregular e ilícito de la imagen de Movistar+ al publicitar en su propio beneficio e interés privado en la página web de WOW la asunción por parte de su empleadora de una serie de obligaciones frente a terceros -participantes- no autorizadas ni consentidas por la Dirección de la Compañía en los términos ofrecidos por dicha web. Realización frecuente y constante de actividades ajenas a la compañía durante su jornada laboral, dedicándose a

la gestión, en tiempo y lugar de trabajo, de sus propios negocios o intereses, utilizando para ello medios materiales y posición ostentada en la empresa.

La sentencia de instancia, del mismo juzgado de lo social que la de la sentencia recurrida, calificó el despido como procedente, siendo dicho parecer compartido por la Sala de suplicación. Razona al respecto que el actor ha concurrido deslealmente con la demandada, para la que presta servicios, ya que el patrocinio y la captación de publicidad es una actividad de TAD, aprovechándose de sus funciones en Canal Golf para ofrecer a los patrocinadores, potenciales o reales clientes de TAD, la emisión de reportajes en el Canal sin beneficio alguno para TAD, beneficiándose WOW. No puede aceptarse que la participación del demandante sea testimonial o residual sino que por su posición como Director responsable de contenidos en Canal Golf, era un miembro integrante en la estrategia de WOW, utilizando, incluso, tiempo y medios de trabajo, sin que quepa aplicar la teoría gradualista ya que ha concurrido con la empresa, ostentando en la misma la categoría profesional de

director, captando patrocinadores a los que ofrecía como contraprestación la emisión de reportajes en el canal Golf de TAD, sin contraprestación alguna para TAD con el evidente perjuicio económico y pérdida de imagen frente al cliente INFINITI.

2.- A juicio de la Sala concurre la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS que exige igualdad sustancial de hechos, pretensiones y fundamentos. En efecto, nos encontramos en presencia de dos despidos disciplinarios por hechos totalmente idénticos frente a la misma empleadora (TAD), por parte de dos empleados, uno con la categoría de redactor y el otro de Director, siendo el segundo el superior jerárquico del primero. Ambos trabajadores fueron despedidos el 27 de abril de 2017 por análogas conductas y en los dos supuestos la decisión judicial de instancia calificó el despido como procedente, conteniendo una relación de hechos probados sustancialmente idéntica en ambos supuestos, en lo que se refiere a las conductas imputadas en las respectivas cartas de despido. Las pretensiones son idénticas, como también lo son los fundamentos jurídicos de las posiciones de las partes. Interpuestos los respectivos recursos de suplicación, en la sentencia recurrida se califica el despido como improcedente, básicamente, con referencia a una valoración distinta de los hechos probados debida a que el allí demandante tenía una posición distinta en la empresa, a la del otro despido.

3.- La Sala no solo no desconoce, sino que reitera, la doctrina contenida entre otras en la STS de 22 de enero de 2019, Rcd. 3638/2016, (dictada en un supuesto en el que, de entrada, se afirmó que "los hechos de los que parten las sentencias enfrentadas son distintos") según la que es reiterada la doctrina de esta Sala sobre la causa de despido consistente en la trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo en relación con el juicio de contradicción a efectos del recurso de casación unificadora. Al respecto "la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales"-, reflejada, entre otras, en la STS de 19 de julio de 2010, (recurso 2643/2009), en la que se razona que: "La Sala entiende... que también cuando se trata de supuestos de la trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo articulados como motivo de despido disciplinario no basta con la mera existencia de la trasgresión o del abuso para declarar la procedencia del despido, sino que, como en los demás supuestos de incumplimientos contractuales, es igualmente necesario que pueda calificarse como un incumplimiento grave y culpable del trabajador, por lo que, como regla, pueden ponderarse las circunstancias concurrentes para agravar o para atenuar la conducta del trabajador, las que tendrán mayor o menor incidencia en la referida calificación atendida la gravedad objetiva de la conducta constitutiva del incumplimiento". Por consiguiente, como destaca, entre otras muchas, la STS de 27 de enero de 2004, (rcud 2233/2003), es doctrina de esta Sala la de que "el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción

ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto".

Ahora bien, tal doctrina se formula como un axioma general que admite excepciones, muestra de las cuales son las STS 17 de julio de 2018 (Rcud. 2474/17), de 27 de junio de 2018 (Rcud. 962/17) y de 21 de diciembre de 2021 (Rcud. 1090/2019), cuyo interés radicó en que admiten la concurrencia de los requisitos del artículo 219 de la LRJS, al tratarse de despidos disciplinarios en los que la identidad de hechos, pretensiones y fundamentos no puede ser más completa -tal como ocurre en el presente supuesto- quedando cifrado el núcleo de la contradicción en la distinta valoración que de los hechos acreditados que sustentan el incumplimiento contractual, singularmente referidos a la concurrencia desleal, efectúan las sentencias a contrastar. Aprecian la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS "porque la identidad de hechos, pretensiones y fundamentos no puede ser más completa", tal como ocurre en el presente supuesto en el que no cabe duda de que, precisamente, en lo que las sentencias comparadas discrepan es en la calificación que merecen unos mismos hechos.

TERCERO.- 1.- Los preceptos cuya infracción invoca el recurrente se refieren a la competencia desleal. Así, el artículo 54.2 d) ET considera incumplimiento contractual del trabajador "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo". El artículo 5. 2 d) ET dispone que "Los trabajadores tienen como deberes básicos: d) No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley". Y el artículo 21.1. ET establece que "No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan".

Tal como ha recordado recientemente la STS de 12 de diciembre de 2021, Rcud. 1090/2019, es constante la jurisprudencia de la Sala en definir la concurrencia desleal como "la actividad del trabajador encaminada a realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario y siempre que se le cause un perjuicio real o potencial; entre cuyas actividades se encuentran la de fundar o constituir sociedad competitivas [...] sin que sea

necesario incluso que se haya materializado la puesta en marcha y funcionamiento de la nueva empresa [...] ya que lo característico de esta falta es el elemento intencional revelador de una.". En definitiva, han de tratarse de actividades que se desarrollen dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes.

2.- Para la solución del recurso hemos de partir de los datos incuestionables que, incorporados expresamente a los hechos probados, constituyen el sustrato sobre el que, sin género de dudas, se asienta la controversia litigiosa, con independencia de la valoración que, de esos mismos hechos, hagan las sentencias comparadas (STS de 27 de junio de 2018, Rcud. 962/2017). El inalterado relato de hechos probados es claro. En efecto, consta que ya en marzo de 2016, a través de correo electrónico, el actor reconoce intervenir en negociaciones para la búsqueda de patrocinadores para la empresa montada por su superior y su esposa (WOW) en orden a la celebración de un torneo de golf, organización en la que finalmente participó con el ánimo de repartirse las ganancias en una tercera parte, habiendo aportado 1.500 Euros; habiendo realizado todas sus intervenciones a través del propio correo electrónico puesto a su disposición por la empresa recurrente para la que trabajaba. Consta, igualmente, en relación a la organización de dicho torneo que en agosto de 2016 el trabajador despedido participó en la búsqueda del patrocinio del Hotel Marriot Panamá, ofreciéndole a cambio del patrocinio en esa actividad paralela y concurrente con la de su empresa, la emisión en el Canal + Golf de la empresa para la que trabajaba, de reportajes en los que se visualizaba o ensalzaba las instalaciones del citado hotel. Igualmente consta que el trabajador despedido había participado en la

negociación y confección de otros contratos de patrocinio para el torneo en cuestión. En concreto en los contratos suscritos por la empresa montada por su superior con las mercantiles INFINITY y DAMM, en las que volvió a ofertar como contraprestación la emisión de reportajes en Canal + Golf, sin que su propietaria, TAD, percibiera nada como consecuencia de la emisión de dichos reportajes. También en el hecho probado décimo cuarto se referencia exactamente que las intervenciones del demandante en las actividades de WOW se realizaban a través del correo corporativo de TAD.

En definitiva, tal como se desprende de la relación de hechos probados, quedó plenamente acreditado que el trabajador despedido, junto con su inmediato superior ha venido efectuando una captación de patrocinadores y anunciantes para la empresa WOW encaminada a la organización de trofeos de Golf, ofreciendo a los anunciantes la emisión de reportajes en el Canal + Golf, sin que ni WOW ni las empresas captadas abonasen canon alguno a la recurrente TAD y sin que dicha actividad fuese conocida o tolerada por TAD. Se realizaba, por tanto, una actividad concurrente con la empleadora, a sus espaldas, buscando patrocinios en publicidad en el mismo ámbito que actuaba la empresa para la que trabajaba, con ocultación, utilizando los medios de trabajo y con desvío de potenciales anunciantes a los torneos organizados por la empresa concurrente WOW.

3.- De lo expuesto se infiere, sin género de dudas, que se incumplió por el trabajador despedido de modo evidente el deber de no concurrir con la actividad de la empresa sin que pueda entenderse que el hecho de que el último beneficiario de tal concurrencia fuese su superior inmediato a través de la empresa WOW, pueda implicar la inexistencia del incumplimiento del expresado deber, ya que éste se incumple plenamente con la descrita actividad desarrollada ya que, en sí misma, implica una manifestación de la ruptura de una mínima y esencial lealtad hacia la empresa. Tampoco obstan a la consideración de que todo ello constituye un incumplimiento contractual grave y culpable las consideraciones relativas a que algunas expresiones de la carta de despido fueran inconcretas y causasen indefensión al trabajador ya que, por un lado, tal alegación no fue sustentada por el demandante en la instancia y, por otro, la sentencia de instancia, ya depuró al efecto la primera de las imputaciones que no tuvo en cuenta para el análisis del posible incumplimiento contractual. Ni mucho menos el hecho de que en TAD hubiera un departamento de publicidad en donde no prestaba servicios el actor, ya que la concurrencia prohibida no es la de la actividad que desarrolla el actor sino la de la actividad de la empresa. Finalmente tampoco puede considerarse que la demandada TAD no tuviera intereses en la organización de los torneos que organizó WOW con la imprescindible colaboración del trabajador despedido, ya que ni consta dicho dato, ni puede inferirse debido a que la organización de dichos torneos se efectuó, precisamente, a espaldas de TAD.

La conducta del trabajador supone la realización de tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario, al que, con su actuación le está causando un perjuicio real o potencial. Los hechos probados revelan una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera su trabajo, sino que también le facilita los medios para trabajar que, además, fueron utilizados para la realización de las actividades concurrentes. La experiencia y perfeccionamiento profesional derivados de su trabajo remunerado en la empresa recurrente, fueron usados en su propio provecho y en el de terceros y en demérito o perjuicio para los intereses de su empresa.

CUARTO.- Lo expuesto debe llevar, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso y la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida, resolviendo el debate en suplicación, desestimando el de tal clase y dejando firme la sentencia de instancia. Sin costas (artículo 235 LRJS) y con devolución de los depósitos y consignaciones efectuadas para recurrir (artículo 216 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Telefónica Audiovisual Digital SLU (TAD) representada y asistida por el letrado D. Alfredo Aspra Rodríguez.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación n.º. 295/2018.

3.- Resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase y, al efecto, declarar la firmeza de la sentencia de fecha 2 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social n.º. 26 de Madrid, en autos n.º. 643/2017, seguidos a instancias de D. Jose Pablo contra Telefónica Audiovisual Digital SLU sobre despido.

4.- Ordenar la devolución del depósito y consignación efectuados para recurrir. 5.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Voto Particular

que formula la Magistrada Excm. Sra. D.ª. Rosa María Virolés Piñol, a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 834/2019.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulamos Voto Particular (VP) discrepante a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 834/2019 para exponer la tesis que sostuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, por cuanto oportunamente se dirá, que en síntesis es el hecho de que estimo que entre las sentencias comparadas no concurre la exigencia de contradicción. Baso el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- A modo de antecedente y por su interés, cabe señalar que:

1.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2018, en la que, con estimación del recurso deducido por el trabajador recurrente se declara la improcedencia del despido, condenando a Telefónica Audiovisual Digital SLU [TAD] a las consecuencias de tal declaración.

2.- Consta acreditado que el actor ha venido prestando servicios para la demandada desde el 1-9-1996 como Redactor, desempeñando sus funciones en la Dirección de Deportes, en concreto en el Área de Canales Temáticos y dentro de estos en el Canal + Golfy Toros, siendo su superior jerárquico el Director de los citados canales Sr. Luis Miguel, quien a su vez reportaba al Director de Deportes, Sr. Jesús Carlos. El actor tenía una excelente relación con su director. Como consecuencia de unas sospechas detectadas en reunión de 3-3-2017, se abrió una investigación interna, acordándose el 29-3-2017, la suspensión de empleo hasta concluir la investigación, y ese mismo día se precinta el ordenador utilizado por el actor y se procedió por el Director de Relaciones Laborales a su entrega al Gabinete GPartner para acceder al disco duro. Tras la tramitación del pliego de cargos, el 27-4-2017 se

le notifica el despido disciplinario, imputándosele cinco faltas. La versión judicial de los hechos refiere de manera prolija de todos aquellos extremos que motivaron la decisión empresarial.

3.- La Sala de suplicación considera que:

a.- La primera de las imputaciones relativa a la utilización indebida, ilícita y abusiva, desde al menos el mes de marzo de 2015, de los recursos materiales de la empresa para fines personales y en su beneficio propio, para la organización de determinados torneos que no se concretan, genera indefensión al actor, lo que a lo sumo se trata de una utilización indebida del correo corporativo y del ordenador de la demandada por parte del actor

en un periodo de trece meses, de lo que resulta evidente la inexistencia de utilización frecuente y constante de los medios materiales de la empresa en horas de trabajo.

b.- Respecto a la segunda de las imputaciones, referida a la utilización fraudulenta de la imagen de TAD en beneficio propio, no consta acreditada.

c.- La tercera imputación es la utilización indebida de las herramientas y medios materiales imagen de la compañía y posición que ocupaba el actor en TAD, en su propio beneficio, pero al tratarse de un torneo ajeno a la empresa demandada [HP 11.º, 12.º, 13.º, y 22.º], aunque fuera retribuido, no supone una transgresión de la buena fe contractual en el desempeño de sus funciones. No consta que el actor tuviera pactada exclusividad, ni se ha acreditado por la demandada ningún perjuicio derivado de esta actuación.

d.- Respecto a la cuarta imputación, uso irregular de la imagen de Movistar+ en su propio beneficios en la página de WOW comunicaciones y eventos, no es dable hacer responsable al demandante, al no ser él quien controlaba los contenidos subidos a dicha página. Respecto a esta imputación la empresa reproduce una imputación efectuada al superior jerárquico del actor, Sr. Luis Miguel, de la que no puede hacerse responsable al actor.

e.- Y respecto a la realización de actividades durante su jornada laboral utilizando los medios materiales y posición ostentada en dicha empresa, genera indefensión al actor al no concretarse tales hechos, limitándose a reproducir un correo.

En consecuencia y tras una minuciosa tarea argumental considera que no existe concurrencia desleal por parte del actor, ya que aunque pudiera haberla por parte de su superior jerárquico Sr. Luis Miguel, la responsabilidad de éste no puede extenderse al actor, dado que los hechos que concurren en uno y otro son completamente distintos y la posición que aquél tenía tanto en su empresa propia como en la empresa no era la que tenía el actor, por todo lo cual la Sala de suplicación concluye que no ha acreditado la demandada los hechos imputados al actor y por tanto, el despido es improcedente.

SEGUNDA.- 1.- Por la demandada Telefónica Audiovisual Digital SLU, se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina planteando un único motivo de contradicción en el que denuncia la infracción de los arts. 5.a), 21.1 y 54.2 b) y d) del ET, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de 21 de junio de 2018 (rec. 282/2018).

En la sentencia de contraste se ventila justamente el despido disciplinario del superior del actor (del Sr. Luis Miguel), quien venía prestando servicios para la misma mercantil, TAD, con antigüedad de 28-7-2003, y categoría profesional de Director de Contenidos de los Canales Temáticos Canal+ Golf y Canal+ Toros siendo el superior jerárquico del demandante de la sentencia ahora recurrida. Es despedido asimismo con fecha 27-4-2017, y en concreto se imputa: Utilización indebida, uso ilícito, reiterativo y abusivo desde, al menos, el mes de marzo de 2015, de los recursos materiales propiedad de la empleadora -cuenta de correo y equipo informático-, para fines personales y en su beneficio, bien a título individual bien para la mercantil WOW Comunicaciones y Eventos SL -constituida el 31/03/2016 y de la que ostenta el 45 % de capital y su cónyuge el 55 % -, en la organización de los

torneos de golf "Ilusion Cup 2016" e "Ilusion Cup 2017". Utilización fraudulenta de la imagen de TAD (Movistar+) en beneficio propio desviando oportunidades de negocio de la compañía en su único y particular interés; que en el marco de la organización del torneo "Ilusion Cup 2016", realizada a través de WOW Comunicaciones y Eventos S.L. se ha prevalido de la imagen corporativa de la compañía, así como de su cargo, "Director del Canal Toros TV y Movistar" para negociar condiciones y alcanzar acuerdos de patrocinio al margen de la empleadora, en su propio beneficio e interés particular. Utilización indebida e irregular de herramientas, medios materiales, imagen de la compañía y posición que ocupa en la empresa en beneficio propio, al participar y lucrarse por la obtención de importes económicos derivados de subvenciones concedidas por el Gobierno de Panamá presuntamente dirigidas a la promoción y organización del torneo "Ilusion Cup". Uso irregular e ilícito de la imagen de Movistar+ al publicitar en su propio beneficio e interés privado en la página web de WOW la asunción por parte de su empleadora de una serie de obligaciones frente a terceros -participantes- no autorizadas ni consentidas por la Dirección de la Compañía en los términos ofrecidos por dicha web. Realización frecuente y constante de actividades ajenas a la compañía durante su jornada laboral, dedicándose a la gestión, en tiempo y lugar de trabajo, de sus propios negocios o intereses, utilizando para ello medios materiales y posición ostentada en la empresa.

2.- La sentencia de instancia calificó el despido como procedente, siendo dicho parecer compartido por la Sala de suplicación. Razona al respecto que el actor ha concurrido deslealmente con la demandada, para la que presta servicios, ya que el patrocinio y la captación de publicidad es una actividad de TAD, aprovechándose de sus funciones en Canal Golf para ofrecer a los patrocinadores, potenciales o reales clientes de TAD, la emisión de reportajes en el Canal sin beneficio alguno para TAD, beneficiándose WOW. No puede aceptarse que la participación del demandante sea testimonial o residual sino que por su posición como Director

responsable de contenidos en Canal Golf, era un miembro integrante en la estrategia de WOW, utilizando, incluso, tiempo y medios de trabajo, sin que quepa aplicar la teoría gradualista ya que ha concurrido con la empresa, ostentando en la misma la categoría profesional de director, captando patrocinadores a los que ofrecía como contraprestación la emisión de reportajes en el canal Golf de TAD, sin contraprestación alguna para TAD con el evidente perjuicio económico y pérdida de imagen frente al cliente INFINITI.

3.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R.

672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011.

4.- La sentencia en su voto mayoritario, llega a la conclusión de que entre las sentencias comparadas existe la contradicción exigida por el art.219 LRJS, por entender que en ambas sentencias los hechos imputados son sustancialmente iguales, así como las pretensiones y fundamentos jurídicos, si bien la sentencia recurrida, a diferencia de la de contraste, califica el despido del actor como improcedente, con referencia a una distinta valoración de los hechos probados.

En este punto discrepa la que suscribe, por entender que entre las sentencias comparadas (la recurrida y la de contraste), no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

Y ello en razón a que:

Nos encontramos en presencia de dos despidos disciplinarios de trabajadores de la misma empresa, uno con la categoría de redactor (el de la sentencia recurrida) y el otro de Director, siendo a la vez el superior jerárquico del primero (sentencia referencial). Ambos trabajadores son despedidos el 27-4-2017 por análogas conductas, si bien, valoradas las conductas e imputaciones efectuadas a cada uno de ellos, las sentencias comparadas llegan obviamente a distinta solución, pues mientras en la sentencia recurrida se califica el despido como improcedente, básicamente, con referencia, entre otros extremos, a que el allí demandante tenía una posición distinta en la empresa, a la del otro despedido (de la sentencia referencial), que se califica como procedente.

El trabajador de la sentencia recurrida, prestaba servicios bajo las órdenes del despedido de la sentencia de contraste (Sr. Luis Miguel), lo cual no puede obviarse a la hora de imputar responsabilidades. Por otro lado el trabajador de la sentencia de contraste (Sr. Luis Miguel) ostentaba en la empresa WOW Comunicaciones y Eventos SL, constituida el 31/03/2016, el 45% de capital y su cónyuge el 55%, circunstancia no concurrente en el trabajador de la sentencia recurrida, cuyas imputaciones quedan totalmente desvirtuadas y neutralizadas por la Sala de suplicación, (como es de ver en el elaborado FJ segundo de la sentencia recurrida), siendo su actuación permitidas por no prohibidas al no tener exclusividad.

Con la consecuencia de que los hechos y situaciones son distintas en ambas sentencias, así como también los fundamentos y consecuentemente la parte dispositiva de las mismas. Con lo cual, como se ha adelantado, no puede estimarse que concurren las exigencias del art. 219 LRJS.

La sentencia recurrida y la de contraste provienen de la misma Sala de lo Social del TSJ de Madrid, motivo por el cual la sentencia recurrida argumenta y motiva ampliamente la distinta calificación por la que opta, lo cual apuntala la falta de contradicción por la que entiende la que suscribe debió optarse.

TERCERA.- 1.- Estimo, dicho sea una vez más con los debidos respetos a la sentencia voto mayoritario, que la sentencia recurrida desconoce la doctrina contenida en la STS/IV de 22 de enero de 2019 (rcud. 3638/2016), en la que examinando un supuesto asimismo de competencia desleal, señalábamos que:

“ Si bien es cierto que se trata de trabajadores a los que las respectivas empresas imputan faltas muy graves constitutivas de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, los hechos de los que parten las sentencias enfrentadas son distintos.

(...) A mayor abundamiento ha de tomarse en consideración la reiterada doctrina de esta Sala sobre la causa de despido consistente en la trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo en relación con el juicio de contradicción a efectos del recurso de casación unificadora -"la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el art. 54 ET no es materia

propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales"- , reflejada, entre otras, en la STS/ IV 19-07-2010 (recurso 2643/2009), que: "La Sala entiende... que también cuando se trata de supuestos de "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo" articulados como motivo de despido disciplinario no basta con la mera existencia de la transgresión o del abuso para declarar la procedencia del despido, sino que, como en los demás supuestos de incumplimientos contractuales, es igualmente necesario que pueda calificarse como un "incumplimiento grave y culpable del trabajador", por lo que, como regla, pueden ponderarse las circunstancias concurrentes para agravar o para atenuar la conducta del trabajador, las que tendrán mayor o menor incidencia en la referida calificación atendida la gravedad objetiva de la conducta constitutiva del incumplimiento".

Por consiguiente, como destaca, entre otras muchas, la STS/IV 27-enero-2004 (rcud 2233/2003), es doctrina de esta Sala la de que "el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (sentencias de 19 y 28 febrero 6 abril y 18 de mayo de 1990, 16 mayo 1991 y 2 de abril y 30 de mayo de 1.992, entre otras)".

La consecuencia de la aplicación de la tesis gradualista cuando concurren circunstancias a valorar en cada caso concreto incide en materia propia de la valoración de la prueba, lo que excede del ámbito del recurso de casación unificadora, y, además dificulta o impide de hecho la existencia del presupuesto de contradicción, como ha puesto de relieve, entre otras, la STS/IV 15-enero-2009 (rcud 2302/2007) y las que en ella se citan.

En concreto, declara la referida sentencia que "Como ya tuvo ocasión de recordar la sentencia de esta Sala de 26 de abril de 2007 (rec. 801/2006), con cita de la de 8 de junio de 2006 (rec. 5165/2004), esa exigencia legal de igualdad sustancial en los hechos restringe acusadamente la viabilidad del recurso de unificación de doctrina en aquellos tipos de controversias como los despidos [SSTS 18/05/92 -rec. 1492/91-; 15/01/97 -rec. 3827/95-; 29/01/97 -rec. 3461/95-], en que la decisión judicial se sustenta sobre una valoración individualizada de circunstancias de hecho, dada la dificultad que supone encontrar términos homogéneos de comparación... Más concretamente, en relación con los despidos disciplinarios, la Sala ha declarado que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el art. 54 ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico, pues "para llegar a la conclusión de que un incumplimiento contractual es grave y culpable se deben, como regla, valorar todas las circunstancias concurrentes no sólo en lo afectante al hecho cometido, sino también en lo relativo a la conducta y persona del trabajador y al entorno empresarial en que acontece" (así, STS 13/11/00 rec. 4391/99)". Añade que "...la Sala ha destacado la inexistencia de interés casacional en unificación de doctrina respecto de la calificación de conductas en materia de despido disciplinario, pues ello -reproducimos literalmente la STS 24/05/05 -rec. 1728/04- "no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico (sentencias de 30 de enero [-rec. 1232/90] y 18 de mayo de 1992 [-rec. 2271/91], 15 [- rec. 952/96] y 29 de enero de 1997 [-rec. 3461/95], 6 de abril [-rec. 1270/99], 2 de junio [-rec. 311/99] y 13 de noviembre de 2000 [-rec. 4391/99]. Este criterio [...], se reitera en resoluciones más recientes, entre las que pueden citarse las sentencias de 26 de abril de 2001 (rec. 1302/2000), 12 de febrero de 2002 (rec. 359/2001), 25 de marzo de 2002 (rec. 1292/2001), 6 de marzo de 2002 (rec. 717/2000) y 26 de febrero de 2002 [-rec. 4327/00] y se ha aplicado incluso en casos límite, en los que, aunque en una primera consideración pudieran parecer iguales, un examen más detenido muestra que se producen también elementos

circunstanciales de diferenciación. Así se advierte en los supuestos decididos en las sentencias de 2 de junio de 2000 (rec. 311/1999), sobre el vigilante dormido, en la sentencia de 13 de noviembre de 2000 (rec. 4391/1999) y en el auto de 10 de noviembre de 2000 (rec. 5072/1998), sobre el alcance disciplinario de sustracciones de escaso

valor. En realidad, lo que ponen de relieve estas resoluciones no es sólo la dificultad de construir en materia disciplinaria la identidad fáctica que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para que se produzca la oposición de pronunciamientos, que abre la vía para la unificación de doctrina. Tales resoluciones evidencian también algo que afecta, de manera más profunda, a la propia función de este recurso como instrumento de unificación jurisprudencial. (...) ""

2.- Ninguna duda cabe que en el caso ha de aplicarse la teoría gradualista, ante posiciones que son totalmente distintas tanto en cuanto a la intervención de cada uno de los trabajadores, como a la posición dominante del superior (Sr. Luis Miguel).

La sentencia voto mayoritario, hace suyas las argumentaciones de la sentencia de instancia, sin razonar sobre el iter seguido por la sentencia recurrida para llegar a distinta calificación del despido, partiendo de las afirmaciones con valor fáctico que contiene su fundamentación.

La sentencia concluye con la confirmación y declaración de firmeza de la sentencia de instancia, que calificó el despido como procedente, calificación que por cuanto queda dicho no comparto.

Entiendo, que de estimarse superado el requisito de la contradicción, en su caso, debió desestimarse el recurso, confirmando y declarando la firmeza de la sentencia recurrida que califica el despido como improcedente, atendiendo a la elaborada fundamentación de la sentencia recurrida.

Es en este sentido que formulo el presente voto particular. En Madrid, a 6 de abril de 2022.