

TSJ Cataluña (Social), sec. 1ª, S 10-01-2019, nº 30/2019, rec. 5919/2018

PTE.: Enfedaque Marco, Andreu

ROJ: STSJ CAT 239:2019

ECLI: ES:TSJCAT:2019:239

Sentido del fallo: Estimación parcial

Demandante/recurrente: Empresario

Demandado/recurrido: Empresario

VERSION OFICIAL EN CATALÁN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primer.En data 27 d'octubre de 2017 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre Acomiadament disciplinari, en la qual l'actor al.lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 6 de juny de 2018 , que contenia la decisió següent:

"Que, estimando la demanda interpuesta por Gloria , frente a FALCK VL SERVICIOS SANITARIOS S.L. Y AMBULANCIAS DEL VALLÉS, SOCIEDAD COOPERATIVA CATALANA LIMITADA, UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, FALCK SERVICIOS SANITARIOS, S.L. y AMBULANCIAS DEL VALLES, SOCIEDAD COOPERATIVA CATALANA LIMITADA, debo declarar y declaro **improcedente el despido** sufrido por la actora con fecha de efectos de 13.9.2017, condenando a las demandadas a optar entre:

1) la readmisión de la actora en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al **despido** , con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del **despido** , el 13.9.2017, hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubieran encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia, y se probase por el empresario lo percibido, de acuerdo con el salario regulador diario de 69,09 euros; 2) o a abonarle una indemnización conforme al cálculo expuesto en el fundamento de derecho quinto que supone un total de 33.646,83 euros, sin el pago de los salarios de tramitación.

Segon.En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

PRIMERO.-Gloria prestó servicios retribuidos bajo la dependencia de UTE FALCK VL-AMBULANCIAS VALLÈS con una antigüedad de 14.6.2005, categoría profesional de técnico ayudante del servicio de transporte sanitario percibiendo un salario bruto diario de 69,09 euros, con inclusión de la prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.-En fecha 23.8.2017 la empresa comunicó a la actora el inicio de un expediente disciplinario, presentando la actora alegaciones por burofax enviado a la empresa en fecha 5.9.2017.

TERCERO.-En fecha 12.9.2017 la empresa hace entrega a la actora de **carta de despido disciplinario** con efectos del 13.9.2017 por haber incurrido en una falta muy grave tipificada en el artículo 41 apartado c) punto 3 del Convenio colectivo de transporte sanitario que le es de aplicación, en relación con el art. 54.2 d) del estatuto de los Trabajadores . El contenido de la carta se tiene por reproducido por obrar en las actuaciones, si bien destaca que tras una investigación realizada se constata la realización de 1.- actividad profesional de maquillaje; 2.- venta online de productos de cosmética; y

3.- asesoramiento y venta de productos de la marca "Herbalife".

CUARTO.-La actora se encontraba en proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común desde el 25.10.2016, por padecer la enfermedad de Crohn.

QUINTO.-La actora estuvo realizando un curso de maquillaje en la escuela "Make Up School by David Molina" desde octubre de 2016 a julio de 2017 en que obtuvo el diploma de haber superado el curso de maquillaje profesional. En dicho curso la actora realizó prácticas formativas externas fuera de las instalaciones de la escuela y de carácter no remunerado.

SEXTO.-En fecha 23.1.2017 fue constituida la sociedad mercantil GRUPO GUERRERO MULET, S.L. por la actora, su marido Gabriel , Germán y Milagrosa que tenía por objeto: CNAE 4645 comercio al por mayor de productos de perfumería y cosmética; CNAE 4775 comercio al por menor de productos cosméticos e higiénicos en establecimientos especializados; CNAE 4791 comercio al por menor por correspondencia o internet. El domicilio social se estableció en el domicilio particular de la actora sito en la CALLE000 , nº NUM000 , escalera NUM001 , NUM002 - NUM003 de Terrassa (Barcelona). El capital social era de 3.100 euros representadas y divididas en 3.100 participaciones social de un euro, que fueron íntegramente asumidas y desembolsadas mediante aportaciones de determinados bienes., que en el caso de la atora suscribió 775 participaciones sociales aportando un teléfono Iphone 6s Plu modelo

MKU52QL/A por su valor de 77 euros.

La única persona que realizó actividad profesional en dicha empresa fue el socio Germán . La empresa cerró a finales del año 2017 porque no se llegaron a vender los productos que aportó a la empresa el citado Sr. Germán .

SÉPTIMO.-La actora realiza la actividad de asesoramiento y venta de productos de la marca "Herba life" bajo el perfil de las redes sociales " DIRECCION000 ". En el ejercicio correspondiente al año 2017 la actora ha declarado en **concepto de actividades económicas** siendo el pagador HERBALIFE NTERNACIONAL ESPAÑA, SA la cantidad de 854,47 euros.

OCTAVO.-La actora creo las páginas web "www.mimushamakeup.com" en fecha 30.11.2016, y tiene activos perfiles desde el 10 y 11 de mayo de 2016 en las redes sociales Instagram, y Facebook relacionadas con Mimushamakeup. En fecha 19.6.2017 subió una foto que incluía el mensaje "sin resultado....este es el resultado de un gran equipo", en fecha 24.3.2017 otra foto que incluía el mensaje "tarde de shooting bajo la lluvia", y el 17.1.2017 foto con el mensaje "#lovemyjob".

La página web mimushamakeup tiene una portada bajo el título "un poco sobremi" y en que se indica "Hace poco que entrado en el mundo del beauty de forma seria (...) hasta que decidí dar el salto profesional".

NOVENO.-La detective Coral , quien fue contratada por la empresa para realizar una investigación sobre las actividades de la actora estando de baja, contactó a través de la página web "www.mimcosmetics.es" para una venta online de productos, y le enviaron un email 9.7.2017 en que se informa que podían enviarle a Gloria que era maquilladora profesional para que les asesorase y hablase de sus productos, firmando por Gabriel , marido de la actora. Dicha página web es la plataforma de venta on line de GRUPO GUERRERO MULET, S.L.

DÉCIMO.-La actora publica a través de redes sociales fotografías referidas a la actividad deportiva y física que realiza en relación a su pérdida de peso.

UNDÉCIMO.-Para la enfermedad de Crohn que sufre la actora no está contraindicada la actividad física.

DUODÉCIMO.-Resulta de aplicación el Convenio colectivo de trabajo para empresas y trabajadores/as de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) (código de convenio núm. 79001955012002, publicado en el Diario Oficial de Cataluña núm. 6564 de 18/02/2014).

DÉCIMO TERCERO.-La parte actora promovió **acto de conciliación por despido** ante el servicio de conciliaciones registrado el 22.9.2017 cuyo acto tuvo lugar el día 26.10.2017 con el resultado de sin avenencia respecto a las codemandadas a excepción de AMBULANCIAS DEL VALLES, S.c.c.l. respecto a la que terminó como intentada sin efecto por falta de comparecencia.

Tercer.Contra aquesta sentència la part demandada va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària la qual no va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER.-Enfront la sentència d'instància, que estimà la demanda d'acomiadament interposada pel la part actora recorren les empreses demandades, que formulen un primer motiu de recurs, en el qual demanen modificació dels fets provats primer, sisè i novè de la sentència recorreguda. Respecte del fet provat primer, es demana afegir les funcions de la treballadora com a ajudant del servei de transport sanitari. En poder tenir transcendència per a resoldre el procediment i tenir fonament suficient en prova documental (foli 246) sense haver impugnat la demandant el recurs, s'escau donar lloc a la seva pretensió.

Respecte del fet provat novè, la recurrent demana consignar el text complert del mail enviat pel marit de la treballadora a un presumpte client oferint-li la intervenció de la demandant com a maquilladora professional demanant-li hora i lloc per a concertar una entrevista. En tenir adequat suport documental en el foli 218 sembla adient la consignació del mateix en la seva literalitat i no en el resum que en fa la jutjadora de instància. Finalment, i respecte del fet provat sisè, no s'escau la modificació que es demana, tota vegada que la Sr^a. Jutgessa ha obtingut la seva convicció no solament de la prova documental sinó també de prova testifical, respecte de la eficàcia probatòria de la qual no pot ser objecte de revisió en suplicació sense que d'altra banda existeixi contradicció entre aquest fet sisè i el novè modificat per la Sala en via de recurs.

Restaran doncs modificats en el sentit indicat els fets provats primer i novè de la sentència recorreguda.

SEGON.-En el segon motiu de recurs, emparat en l'apartat c) de l' article 193 de la LRJS , es denuncia com a infringit l'article 54.2.d) de l'Estatut dels Treballadors en el sentit de haver estat declarat improcedent l'acomiadament de la demandant, doncs entenen les recurrents que ha existit transgressió de la bona fe contractual i abús de confiança. D'acord amb els modificats fets provats de la sentència del jutjat, que recordem en la seva part essencial, la treballadora va causar baixa per malaltia de Krohn el 25 de octubre de 2016 , iniciant en aquell mateix mes un curs presencial de maquillatge professional que incloïa la realització de pràctiques externes no remunerades i que va concloure satisfactòriament el mes de juliol de 2017; el gener de 2017 va constituir amb el seu marit i una tercera persona la societat "Guerrero Mulet S.L." que tenia per objecte el comerç al major de productes de perfumeria i cosmètica, el comerç minorista de productes cosmètics i higiènic en establiments especialitzats i el comerç minorista per correspondència i internet, societat en la qual posseïa 775 participacions sobre un capital de 3100; així mateix, el 2017 i estant en situació de incapacitat temporal va dur a terme activitats de assessorament i venda de productes de la marca "Herba life" per la qual va percebre 854,47 euros. També en el període comprés entre la seva baixa per malaltia i el 19 de juny de 2017 va crear una pàgina web en la qual parlant d'ella mateixa deia que "hace poco que entrado en el mundo del beauty de forma seria...hasta que decidí dar el salto profesional" fent menció a les seves xarxes social a temes relacionats amb la dita activitat professional. A petició d'una detectiu contractada per la empresa que es va dirigir a la dita pàgina web per una hipotètica compra de productes el marit de la demandant li va oferir contactar amb la actora com a maquilladora professional als efectes de compra dels productes comercialitzats per la empresa Guerrero Mulet abans mencionada.

Per les argumentacions anteriors, ha de ser estimat el motiu de suplicació articulat per la empresa, tota vegada que existeix en aquest cas transgressió de bona fe contractual i abús de confiança per part de la treballadora que inicia significativament el mateix dia de la seva baixa per malaltia un curs de formació professional de caràcter presencial i amb pràctiques externes i inicia, amb més o menys èxit una activitat professional pel seu propi compte en el sector dels productes de bellesa, formant part com a accionista de una entitat mercantil encaminada a la dita finalitat, obtenint ingressos per aquest concepte, encara que fossin reduïts i desenvolupat en xarxes socials i de forma persona activitats de caràcter comercial i de promoció del seu propi negoci, presentant-se com a professional del mateix amb la relació amb possibles clients. La demandant doncs, amb la cobertura social i econòmica de la incapacitat temporal i mentre que la empresa continua satisfent les corresponents cotitzacions a la seguretat social i ha de assumir la càrrega de contractar un altre persona per suplir la demandant, aprofita aquesta situació de baixa no solament per formació professional, el que seria admissible si no perjudiqués la seva recuperació, el que no ha estat demostrat, sinó també per passar a desenvolupar una activitat mercantil per compte propi, abusant per tant en perjudici de la empresa per dedicar a una activitat de contingut econòmic el temps que els serveis mèdics han previst de descans i recuperació de la seva malaltia. Per tant, això ens haurà de dur a estimar el recurs i revocar la sentència del jutjat social, desestimant la demanda i declarant procedent l'acomiadament i extingida la relació laboral sense dret a indemnització ni a salaris de tràmit.

Aquesta estimació del recurs donarà lloc a la devolució als recurrents del dipòsit constituït per a recórrer així com de la consignació duta a terme amb la mateixa finalitat.

FALLO

ESTIMEMel recurs de suplicació interposat per "Unión Temporal de Empresas, Falck Servicios Sanitarios S.L. i Ambulancias del Vallés SCCL" contra la sentència de 6 de juny de 2018 del Jutjat Social núm. 1 de Sabadell (Barcelona), que REVOQUEM; DESESTIMEMla demanda absolent els demandats i declarant procedent l'acomiadament i extingida la relació laboral sense dret a indemnització ni a salaris de tràmit. Aquesta estimació del recurs donarà lloc a la devolució als recurrents del dipòsit constituït per a recórrer així com de la consignació duta a terme amb la mateixa finalitat.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporau l'original al llibre de sentències corresponent.

Un cop sigui ferma la sentència caldrà remetre al Jutjat d'instància les seves actuacions ja que és l'òrgan judicial competent per executar-la.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social .

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , consignarà com a dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el BANC SANTANDER, n° 0937 0000 66, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de duplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , quan així procedeixi, cal acreditar-la al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria i s'efectuarà en el compte de la Sala, amb el núm. 0937 0000 80, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de duplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

També és possible substituir la consignació en metàl·lic per l'assegurament de la condemna mitjançant un aval bancari emès per una entitat de crèdit. El document haurà de ser de duració indefinida i a pagar a primer requeriment.

Si el dipòsit o la consignació no és fan de forma presencial sinó mitjançant transferència bancària o per procediments telemàtics, a les dites operacions hauran de constar les següents dades:

El compte bancari al que es remetrà la quantitat és IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. A la dada de "ordenant" caldrà indicar el nom de la persona física o jurídica que fa l'ingrés i el seu NIF o CIF. Com a "beneficiari" ha de constar la Sala Social del TSJ de Catalunya. Finalment, a "observacions o concepte de la transferència" cal introduir els 16 dígits que consten en els paràgrafs precedents respecte al dipòsit i la consignació fets de forma presencial.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, el magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019340012019100188