

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num.
428/2017 de 12 mayo

RJ\2017\3147



COMPETENCIA DEL ORDEN JURIDICCIONAL SOCIAL: se atribuye al orden jurisdiccional social los litigios relativos a las reclamaciones de daños y perjuicios por competencia desleal de los trabajadores formulados por la empresa contra estos últimos y las empresas constituidas, vigente la relación laboral, para ejercer la actividad concurrente.

ECLI:ECLI:ES:TS:2017:2327

Jurisdicción:Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 147/2016

Ponente:Excmo Sr. MILAGROS CALVO IBARLUCEA

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandante contra la sentencia del TSJ de Cataluña de 22-10-2015, dictada en autos promovidos en reclamación sobre daños y perjuicios , que casa y anula y dicta nueva sentencia en la que deja sin efecto la declaración de falta de competencia realizada de oficio por la sentencia recurrida y declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la reclamación formulada y ordena la devolución de las actuaciones a la Sala de origen a fin de que sean resueltas con libertad de criterio las cuestiones de fondo planteadas en el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador demandado.

SENTENCIA

En Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. David Gallego Berdah en nombre y representación de la empresa SAR DOMUS, S.L. frente a la [sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 22 de octubre de 2015 \(AS 2016, 36\)](#) dictada en el recurso de suplicación número 2362/2015 formulado por D. Rubén , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 32 de Barcelona de fecha 7 de enero de 2015 dictada en virtud de demanda formulada por la empresa SAR DOMUS, S.L. contra D. Rubén , Euro Salud Servicios Profesionales de Salud, S.L. (EUROSALUD), Servicios Europeos Profesionales de Salud y Gestión Empresarial, S.L. en reclamación de derecho y cantidad. Ha comparecido ante esta

Sala en concepto de recurrido D. Rubén representado por el letrado D. Xavier Casanovas Vergés.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 7 de enero de 2015, el Juzgado de lo Social número 32 de Barcelona dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimo la excepción de falta de legitimación pasiva con respecto a las demandadas EURO SALUD SERVICIOS PROFESIONALES DE SALUD, S.L. (EUROSALUD) y SERVICIOS EUROPEOS DE SALUD Y GESTIÓN EMPRESARIAL, S.L. (EUROGESTIÓN). Estimo la demanda, condenando a D. Rubén a abonar a SAR DOMUS, S.L. un importe de 83.214,93 euros, en concepto de indemnización de daños y perjuicios.»

SEGUNDO

En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina: "PRIMERO.- El demandado, D. Rubén , prestaba sus servicios como Director de Centro, por cuenta de SAR DOMUS, S.L., con un salario bruto anual en el año 2011 de 127.125 euros, con antigüedad de 17.06.2008, contrato indefinido (hecho no controvertido). SEGUNDO.- La relación laboral se extinguió por despido en fecha 02.11.2011, firmando ambas partes un pacto de no competencia post-contractual de un año de duración. 2.- El pacto de no competencia post-contractual, fue firmado por D. Javier Jiménez Calavia, en representación de SAR DOMUS, S.L. y D. Rubén , en el que se manifiesta y pacta: "...//.- En atención a las funciones desempeñadas por D. Rubén en la empresa, que han implicado un alto nivel de responsabilidad y autonomía y que han conllevado un elevado grado de conocimiento e información de las actividades, sistemas, métodos, negocios, know how y clientes de la misma y del Grupo, ambas partes, al amparo de lo establecido en el [artículo 21](#) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#) , han decidido suscribir el presente pacto de no competencia post-contractual. En consecuencia, tras la finalización de la relación laboral mantenida, D. Rubén , se obliga a no participar o realizar por cuenta propia o ajena, junto con o en representación de cualquier otra persona o entidad, directa o indirectamente, negocios o trabajos que supongan compromisos, participaciones, asesoramiento o acciones concurrentes, directa o indirectamente, con las desarrolladas por la empresa. D. Rubén se obliga a no captar o intentar captar cualquier actividad o negocio llevado a cabo por la empresa a la fecha de extinción de su relación laboral con cualquier cliente o potencial cliente. Lo expresado en el párrafo anterior, en ningún caso limitará el desarrollo de su profesión como

facultativo médico en el ejercicio de la medicina bien como profesional libre o empleado por terceros como médico. Asimismo a, D. Rubén , se obliga a no dar ni revelar información respecto a la empresa o al Grupo al que pertenece la misma, a no contratar los servicios de ninguno de los trabajadores de la empresa, a no tratar de obtener información de los mismos, y a no persuadir para que abandonen la empresa o hacer que sean contratados por terceros. III.- Expresamente, por las razones expuestas, ambas partes reconocen que existe un efectivo interés industrial y comercial de la empresa en que D. Rubén no compita con la empresa tras la extinción de su relación laboral. IV.- El presente pacto de no competencia post-contractual tendrá una duración de 12 meses (doce meses) a contar desde el día 2 de Noviembre de 2011. D. Rubén se obliga a comunicar a la empresa la identidad de cualquier posible empleador en un plazo máximo de 10 días a contar desde la oferta de trabajo recibida. En cualquier caso, la empresa podrá notificar al nuevo empleador que el trabajador está vinculado por el presente pacto de no competencia post-contractual. V.- Como contraprestación económica por el incumplimiento del presente pacto de no competencia post-contractual, la empresa abonará a D. Rubén la cantidad total de 25.0000 € brutos. Dicha cantidad se pagará trimestralmente hasta su total liquidación. Siendo el primer pago de 6.249,9 €, brutos el día 2 de enero de 2012 y el resto de acuerdo a las fechas y cantidades siguientes: 1 de Abril de 2012 por importe de 6.249,9 € brutos. 1 de Julio de 2012 por importe de 6.249,9 brutos. 1 de octubre de 2012 por importe de 6.249,9 brutos .

Por su parte, D. Rubén , reconoce expresamente que la contraprestación económica pactadas es adecuada, suficiente y proporcional a las limitaciones que se derivan del presente pacto de no competencia.

VI.- En caso de incumplimiento del presente pacto de no competencia post-contractual, D. Rubén deberá reintegrar y pagar a la empresa todas las cantidades que le hayan sido abonadas por este concepto. Asimismo, la empresa no estará obligada a seguir abonando a D. Rubén la compensación que reste por pagar en concepto de contra prestación por la obligación de no competencia post-contractual.

Lo anterior no excluirá la eventual indemnización por daños y perjuicios que pueda corresponder a la empresa y que determine la jurisdicción competente". (f. 205 y 206)

TERCERO

El objeto social de SAR DOMUS, S.L. es el siguiente:

"A) La prestación de toda clase de servicios médicos, ejerciendo al efecto las actividades conexas o accesorias, pudiendo en consecuencia, adquirir y explotar aparatos de medicina, tanto de diagnosis como terapéuticos.

B) La prestación de servicios de ayuda a domicilio que podrá adoptar las

modalidades de atención doméstica, atención personal, tele-asistencia y otras ayudas técnicas y ayudas complementarias para la mejora de las condiciones de habitabilidad de la vivienda y tratamiento de todo tipo de personas mayores, de tercera edad, o cualquiera otra con alguna carencia, enfermedad, discapacidad o minusvalía, física psíquica, o económica". (f. 207 a 253).

CUARTO.- 1.- La empresa EURO SALUD SERVICIOS EUROPEOS PROFESIONALES DE SALUD, S.L. (EURO SALUD) tiene por objeto: la prestación de servicios, tanto sanitarios, como asistenciales de carácter social, por medio de profesionales que tengan la titulación legalmente exigible en cada caso; así como el asesoramiento profesional en materia sanitaria", siendo constituida mediante escritura ante Notario de fecha 01.07.2011, por D. Rubén con 1.950 participaciones, Da. Aurora con 450 participaciones, y D. Artemio con 600 participaciones, siendo los tres Administradores solidarios, con domicilio social en calle Balmes, núm. 200, 4º 6a de Barcelona (f. 254 a 268).

2.- Da. Aurora trabajaba para SAR DOMUS, con categoría profesional de Oficial 1a Administrativa, antigüedad de 16.02.2009 hasta 30.11.2011, causando baja voluntaria. D. Artemio trabajaba para SAR DOMUS, con categoría profesional de Coordinador DUE, antigüedad de 10.11.2006 hasta 31.12.2011, causando baja voluntaria (hecho no controvertido, f. 661 a 663, 874 y 875).

3.- Rubén , Da. Aurora y D. Artemio , venían realizando gestiones para la constitución de la indicada mercantil, al menos desde 25.05.2011, según correo electrónico de la citada fecha, entre los anteriormente citados, del que se deduce la búsqueda de nombre para la sociedad, en la que se encuentra el finalmente elegido de EURO SALUD SERVICIOS EUROPEOS PROFESIONALES DE SALUD, S.L. (f. 691 a 723, informe pericial tecnológico).

4.- Utilizaron contrato de prestación de servicios profesionales de SAR DOMUS con la empresa Pulso Ediciones, S.L. (MEDICAL GUARO), como base de alianza con esta misma empresa, como se desprende del correo electrónico de fecha 05 y 06 de julio de 2011, entre Rubén y Germán , de la empresa Pulso Ediciones, S.L., y el resto de socios (f. 724 a 735, informe pericial tecnológico).

5.- Los indicados socios de EURO SALUD, han utilizado listados de SAR DOMUS, para confección de programas propios, en el que constan códigos, poblaciones, patología y servicios, según se deduce de los correos electrónicos de 17 de julio de 2011 y sucesivos (749 a 771, informe pericial tecnológico).

QUINTO.- La empresa SERVICIOS EUROPEOS PROFESIONALES DE SALUD Y GESTIÓN EMPRESARIAL, S.L. (EUROGESTIÓN), tiene por objeto social "la prestación de servicios, tanto sanitarios, como asistenciales de carácter social, por medio de profesionales que tengan la titulación legalmente exigible en cada caso; así como el asesoramiento profesional en materia sanitaria. Quedan excluidas todas

aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no cumpla la sociedad. Si las disposiciones legales exigiesen para el ejercicio de alguna de las actividades algún título profesional, autorización o inscripción en Registros especiales, deberán ejercitarse por quien ostente dicho título o bien no podrán iniciarse hasta que se hayan cumplido los requisitos administrativos elegidos. Podrá desarrollarse de modo indirecto mediante participación en otras sociedades de objeto análogo", siendo constituida por Da. Aurora , con 1.500 participaciones, y D. Artemio , con 1.500 participaciones, constituida por escritura ante Notario de 17.11.2011, siendo Administrador único D. Artemio , con domicilio social inicialmente en calle Castillejos, núm. 322, principal 1a de Barcelona, y posteriormente en calle Josep Sanguis 9 Local de Barcelona (f. 269 a 279).

SEXTO.- La empresa SAR DOMUS ingresó en fecha 04.01.2012 a D. Rubén un importe de 5.312,42 euros, en concepto de pacto de no competencia (f. 293).

SEPTIMO.- Mediante burofax de 03.04.2012, SAR DOMUS remitió escrito a D. Rubén , por el que le comunicaba:

"Nos vemos en la obligación de ponernos en contacto con Ud. debido a que esta Compañía ha tenido conocimiento del incumplimiento por su parte del pacto de no competencia post-contractual formalizado con Ud. en fecha 2 de noviembre de 2011. En atención a dicho acuerdo, Ud. se obligaba a no competir con el negocio de SAR DOMUS, S.L durante un período de 2 años desde la extinción de su relación laboral, este es, desde el 2 de noviembre de 2011. Como consecuencia a su obligación de no competir, en el citado pacto se acordó que SAR DOMUS, S.L. le abonaría una cantidad total bruta de 25.000 euros, pagaderos trimestralmente hasta su total liquidación, mediante cuatro pagos de 6.249,90 euros brutos, en las siguientes fechas: 2 de enero de 2012. 1 de abril de 2012. 1 de julio de 2012. 1 de octubre 2012. Como consecuencia de lo anterior, Ud. ya ha percibido un total de 6.249,90 euros brutos, mediante transferencia bancaria ordenada el 4 de enero de 2012, lo que acredita que SAR DOMUS ha cumplido en todo momento con su obligación de compensar dicho pacto de no competencia post-contractual.

Sin embargo, ante su incumplimiento SAR DOMUS ha procedido a realizar las investigaciones oportunas que la han llevado al conocimiento fehaciente de que Ud. ha constituido y se encuentra prestando servicios para la sociedad EURO SALUD SERVICIOS PROFESIONALES DE LA SALUD, S.L (en adelante EURO SALUD), la cual compite directamente con SAR DOMUS, S.L.

Por este motivo, es por lo que le informamos que SAR DOMUS, S.L. interpondrá en los próximos días demanda ante la jurisdicción social dirigida a obtener una declaración judicial que le obligue al cese inmediato de su actividad y la de EURO SALUD, así como el resarcimiento de SAR DOMUS, S.L. de los daños ocasionados por su incumplimiento.

Asimismo, se le informa que, en la medida en que Ud. ha incumplido con lo pactado, el segundo, tercer y cuarto abono de la cuantía pactada en concepto de compensación por su obligación de no competir, será depositado ante la Notario de Barcelona Da. María Dolores Giménez Arbona, cuya notaría está sita on la Calle Balmes n° 182 de Barcelona, a efectos de que la cantidad que le pudiera corresponder le sea, en su caso, puesta a su disposición en el único caso que Ud. obtenga Sentencia firme en el procedimiento que le hemos anunciado que vamos a proceder a instar. Finalmente, por la presente le requerimos para que cese inmediatamente da incumplir con el pacto de no competencia suscrito, por cuanto constituye un incumplimiento grave y culpable de la obligación en su día adquirida con esta empresa". (f. 294 a 298).

OCTAVO.- 1.- Los modelos de informe de asistencia de atención médica utilizados por la empresa SAR DOMUS y EUROGESTIÓN son básicamente iguales (f. 312 y 313).

2.- EUROGESTIÓN confeccionó carta de "protocolo de urgencia vital. Sistema de comunicación" con logotipo de "EUROGESTIÓN Y SALUD", en cuyo contenido se citaba sin embargo a "SAR DOMUS" (hecho no controvertido, f. 314 a 319).

3.- El modelo de documentos de política de retribución de SAR DOMUS y EUROGESTIÓN son iguales (hecho no controvertido, f. 320 a 326).NOVENO.- La empresa SAR DOMUS firmó un contrato de arrendamiento do servicios de fecha 01.01.2008, con ADVANCE MEDICAL-HEALTH CARE MANAGEMENT SERVICES, S.A., que se da por reproducido, por el que SAR DOMUS se obliga a realizar la prestación de Servicios Asistenciales (f. 327 a 345).

DECIMO.- La empresa SERVICIOS EUROPEOS PROFESIONALES DE SALUD Y GESTIÓN EMPRESARIAL, S.L. (EUROGESTIÓN) firmó un contrato di arrendamiento de servicios de fecha 01.01.2012, con ADVANCE MEDICAL-HEALTH CARE MANAGEMENT SERVICES, S.A., que se da por reproducido, por el que SERVICIOS EUROPEOS PROFESIONALES DE SALUD Y GESTIÓN IMPRESARIAL, S.L. (EUROGESTIÓN) se obliga a realizar la prestación de Servicios Asistenciales (f. 346 a 350).

UNDECIMO.- Según la declaración de la testigo Da. Rosario , trabajadora de SAR DOMUS, desde Junio de 1994, como Raiponsable de Cali Center, Rubén realizaba visitas médicas en SAR DOMUS, detectaron competencia de éste porque la empresa ADVANCE ltl enviaba información por error a nombre de Rubén y de ÍUROGESTIÓN. Han bajado el número de visitas de ADVANCE y de INTERPARNET así como de otros. Tiene mail en SAR DOMUS, pero no QOntraseña para acceder al mismo, si que tiene contraseña para acceder al ordenador (declaración de la testigo Rosario , que merece credibilidad a este Juzgador). DECIMOSEGUNDO.- Da. Rosario , en fecha 24,09,2012, recibió correo

electrónico de Da. Asunción , sobre asunto "visita Eurogestión", en el que se hace constar: "Buenos días, Nos han pasado esta visita a las 9:55 y a las 10:30 lo han anulado. Al yo poner ok en la página de advance, se ha puesto azul en vez de naranja y les he llamado. Al decirle "hola mira llamo por la visita esta de Sant Junt" me ha dicho "eres Eurogestión verdad? Por lo que deducimos que nos han quitado la visita para dársela a ellos. Te digo esto por si sirva de algo por la reunión" (f. 368).

DECIMOTERCERO.- La compañía aseguradora CIGNA tiene suscrito r.nn SAR DOMUS, S.L. un contrato de fecha 01.02.2006, como centro médico participante, a fin de prestar servicios sanitarios a sus asegurados (f. 372 a 375).

DECIMOCUARTO.- La empresa EUROGESTIÓN Y SALUD aparece en el listado Directorio Médico de CIGNA en fecha 12.03.2013 (f. 385 a 388).

DECIMOQUINTO.- SAR DOMUS, S.L. tiene suscrito contratos de Mirendamiento de servicios, para la prestación de servicios asistenciales, con SOCIETAT DE SOCORS MUTUS DE MOLLET, MPS A PRIMA FIXA (SSMM), do 17.03.2010 y 01.01.2012, con Instituto Sanitario SA de Seguros, de fecha ¡M.11.2009 y 09.01.2012, y con CELTA ASSISTANCE, S.L. (f. 407 a 436 y 496 « 508).

DECIMOSEXTO.- 1.- D. Artemio , en calidad de Administrador único de SERVICIOS EUROPEOS PROFESIONALES DE SALUD Y GESTIÓN EMPRESARIAL, S.L., mediante documento de 16.01.2013, que se da por reproducido, certifica: "Que el Dr. Rubén con DNI NUM000 ,..., trabajador por cuenta propia,...ha llevado a cabo trabajos como médico asistencial autónomo de la empresa cuyos datos aparecen en la cabecera de este certificado con relación mercantil reglada, realizando visitas médicas domiciliarias. Que de los datos que dispone la sociedad de enero a noviembre, -al no haberse cerrado contablemente el mes de diciembre-, ha recibido desde el primer encargo como médico asistencial el 16 de enero de 2012, hasta el 30 noviembre de 2012 (ambos incluidos) y una vez descontado el IRPF (del 15% desde enero hasta agosto y del 21 % desde septiembre a noviembre y depositado en la Administración competente), la cantidad de 70.799 €, cifra correspondiente a la realización de 1.135 visitas médicas.

Que en dicho importe están incluidos los conceptos de kilometraje, peajes y gastos de aparcamiento, siendo el área geográfica que cubre el Dr. Rubén el Maresme y Gerona".

2.- A la citada certificación se adjunta relación de visitas del Dr. Rubén del 16.01.2012 al 31.11.2012, y que asciende a un total de 1.139 visitas en las que destacan: "Día 18.01.2012: Municipio: GRANOLLERS. ALELLA. Hora de entrada: 10.17.00. 10.18.00. Día 19.01.2012: Hora de entrada: 12.10.00. 12.10.00. Día 20.01.2012: Hora de entrada: 11.00.00. 11.02.00. Día 09.02.2012: Hora de entrada: 09.13.00. 09.14.00. 09.14.00. Día 14.02.2012: Hora de entrada: 12.41.00. 12.42.00. Día 16.02.2012: Centro solicitante: ADESLAS. DKV. Centro solicitante:

ADESLAS AXA Centro solicitante: ATLANTIDA AXA Centro solicitante: ADESLAS L'ALIANÇA L'ALIANÇA. Centro solicitante: ADESLAS DKV Municipio: SANT FOST CAPSENTELLES CABRILS Municipio: MATARÓ CALÓES DEMONTBUI Municipio : MATARÓ MALGRAT DE MAR MALGRAT DE MAR Municipio: VILASSAR DE DALT BARCELONA Hora de entrada: Centro solicitante: Municipio: 09.00.00 L'ALIANQA ARENYS DE MAR 09.04.00 L'ALIANÇMALGRAT DE MAR" . (f. 515 a 525).

DECIMOSÉPTIMO.-1.- En el período de diciembre de 2010 a octubre de: 11, D. Rubén ha percibido un salario bruto de 100.856,53 euros (f. 526 a 536).

2.- En el período de enero de 2012 a diciembre de 2012, D. Rubén , ha facturado a SERVICIOS EUROPEOS PROFESIONALES DE SALUD Y GESTIÓN EMPRESARIAL, S.L. (EUROGESTIÓN) un total de u) 731,16 euros brutos (f. 537 a 548).

DECIMOCTAVO.- SAR DOMUS. S.L. ha facturado, a las empresas clientes, por las visitas realizadas, los siguientes importes en el período 2010-2013: 2010: 1.434.559,99 euros 2011: 1.990.697,11 euros. 2012: 1.324.132,35 euros. 2013: 620.406,41 euros. (hecho no controvertido, f. 591 y 592).

DECIMONOVENO.- Durante el año 2012, SERVICIOS EUROPEOS PROFESIONALES DE SALUD Y GESTIÓN EMPRESARIAL, S.L. (EUROGESTIÓN), ha facturado a las diferentes compañías aseguradoras, un importe de 682.545,03 euros (hecho no controvertido, f. 593).

VIGÉSIMO.- 1.- La sentencia de 25.03.2013 del Juzgado de lo Social nº 20 de Barcelona , en el procedimiento 479/2012, resolvió demanda instada por D, Rubén , contra SAR DOMUS, S.L.U., estima la misma, condenando a la mercantil a abonarle la suma de 18.749,70 euros. A través de dicha demanda, según se recoge en el fundamento de derecho segundo de la citada sentencia, el entonces actor "iras su despido de fecha 2 de noviembre de 2011 y la firma en dicha fecha de pacto de no competencia post-contractual, reclama el importe de los 3 plazos no satisfechos por la empresa, por importe total de 18.749,70 euros al haber cumplido las condiciones fijadas en dicho pacto, no prestando servicios para terceros que supongan competencia respecto de la actividad que realizó para SAR DOMUS, S.L.U., como director general sino servicios como facultativo, por cuenta propia o ajena, permitidos por el pacto.

La empresa demandada se opone a la pretensión actora entendiéndola haber incumplido el actor el pacto de no competencia post-contractual al constituir una mercantil con otros antiguos empleados de la demandada con idéntico objeto social que SAR DOMUS, si bien en fraude de ley y tras la firma de pacto de no competencia el actor en apariencia pasó a prestar servicios por propia para la mercantil SERVICIOS EUROPEOS, realizando en realidad. de gestión comercial y contratación con clientes en competencia con SAR &OMUS".

2.- El fundamento de derecho tercero de la sentencia indicada declara: "i/fii la prueba practicada y hechos declarados probados la pretensión actora debe ser claramente estimada, no pasando las alegaciones de la empresa (ítHnendada, para no satisfacer la parte del importe del pacto de no competencia post-contractual pendiente de una mera elucubración interesada, no ofreciendo ningún elemento mínimo objetivo y constatable que acredite que el actor realice, // «/.-; la extinción de su contrato de trabajo con SAR DOMUS, actividad que no v-fi In propia de facultativo médico.

Así, si bien consta la constitución por el actor con otras dos personas, al parecer y pese a que no se acredita, antiguos trabajadores igualmente de SAR DOMUS, en fecha 1 de julio de 2011, por tanto antes de la extinción del contrato y vigencia del pacto de no competencia, de la mercantil EURO :>AIUD SERVICIOS EUROPEOS PROFESIONALES DE SALUD, con objeto «ce/a/ similar al de SAR DOMUS y siendo el actor socio mayoritarlo y uno de los administradores solidarios, no consta probado que dicha sociedad haya llovido actividad en el mercado en concurrencia con la demandada. Así se í Induce a doc. 1 del actor del Impuesto sobre sociedades del año 2011 «portado, no constando actividad máxime por lo que se dirá en el año 2012.

Y ello porque consta a doc. 4, 5, 7 y 8 de la demandada como en fecha 17 de noviembre de 2011 inició su actividad la mercantil SERVICIOS EUROPEOS, con objeto social similar al de SAR DOMUS, siendo su administrador el Sr. Belarmino , al parecer antiguo trabajador como el actor un la demandada pero sin que se acredite por ésta, como le correspondía a los afectos de no cumplir el pacto de no competencia post-contractual, que el actor haya realizado para la misma servicios distintos de los propios de un facultativo permitidos por el citado pacto. Que el actor "captara" al administrador citado y a otra persona interesando su salid de la empresa no es más que una mera manifestación de la demandada, sin prueba alguna. Así de la documental aportada a los autos el 25 de enero de 2013 por el actor consta como, junto con laprestación de servicios como facultativo médico por cuenta y bajo la trascendencia de dos empresas y la realización, dentro del RETA por propia cuenta, de dos periciales médicas judiciales, actividades claramente permitidas por el pacto, el actor en el período 16 de enero a 30 de noviembre de 2012 ha venidorealizando como médico asistencial y dentro del RETA un total de 1.135 Vliitas médicas encargadas por SERVICIOS EUROPEOS, por un total de 70799 euros, incluyendo gastos de kilometraje, peajes y aparcamiento (que lógicamente abona SERVICIOS EUROPEOS y no las empresas que a ésta contratan, como manifestó el letrado de la demandada), constando a doc. 5 del actor como ha venido girando las facturas, no pudiendo estarse a lo manifestado por la propia parte demandada en su interrogatorio, que no pasaron de manifestar una mera suposición respecto de la actividad del actor y del importe fin cuanto a su cuantía de sus servicios, elevados pero ajustado al número de asistencias y visitas

contratadas por SERVICIOS EUROPEOS.

En cuanto a dicha mercantil la misma, como el testigo de la empresa manifestó, no es más que una de las diversas empresas, como SAR DOMUS, f/i/e en el mercado ofrecen servicios sanitarios a clientes, en especial Mutuas de ittlud, sin exclusividad alguna. Por lo dicho siquiera indiciariamente consta que «/ actor haya realizado, aprovechándose de sus conocimientos como director Qtineral de SAR DOMUS, tareas de gestión, contratación o comerciales para SERVICIOS EUROPEOS, menos aún para EURO SALUD, o que haya contratado trabajadores, que contradigan el pacto de no competencia; al aspecto hubiera bastado a la empresa demandada, que alega el incumplimiento del pacto, proponer como testigo a representante de la mercantil ADVANCE, plataforma telefónica a la que llaman los clientes de las Mutuas de salud y que deriva los servicios a empresas como la demandada o SERVICIOS EUROPEOS, a los efectos de que hubiera indicado si fue el actor la persona con la que pactaron las condiciones de la contrataron de servicios por parte de SERVICIOS EUROPEOS, legítima en la concurrencia de empresa en el mercado, lo que en absoluto consta.

En consecuencia respetando el actor al realizar desde el 2 de noviembre tío 2011 una mera actividad probada, como facultativo médico el contenido del pacto de no competencia post-contractual firmado con la demandada debe estimarse la demanda, condenando a la empresa demandada a que abone al actor la suma de 18.749,70 euros brutos pendientes de pago en los tres plazos no satisfechos, más los intereses por mora procesal ordinarios del [art. 576 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , careciendo de virtualidad el depósito alegado por la empresa ante Notario de uno de los plazos no abonados al no ser destinado a pagar ya disposición del actor, negando allanamiento parcial respecto de dicha suma en contestación a In demanda". (f. 855 a 863).

VIGÉSIMOPRIMERO.- D. Rubén permaneció de baja por incapacidad temporal desde 13.10.2011 hasta 15.02.2012, con diagnostico de "Problema de estrés (agut)" (f. 871).

VIGÉSIMOSEGUNDO .- Presentada conciliación previa el 04.04.2012, ésta tuvo lugar el 10.05.2012, que terminó con el resultado de sin avenencia (f. 18).»

CUARTO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D . Rubén , dictándose por la [Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia con fecha 22 de octubre de 2015 \(AS 2016, 36\)](#) en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Rubén , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo social número 32 de los de Barcelona en fecha 7 de enero de 2015 , recaída en los autos 538/2012, en virtud de demanda deducida por SAR DOMUS, S.L. contra dicho recurrente y contra

EURO SALUD SERVICIOS PROFESIONALES DE SALUD, S.L. y SERVICIOS EUROPEOS DE SALUD Y GESTIÓN EMPRESARIAL, S.L. (EUROGESTIÓN), y en consecuencia, debemos revocar y revocamos, desestimando la demanda en cuanto a las cantidades pagadas en concepto de pacto de no competencia, por aplicación del efecto positivo de cosa juzgada, y declinando el conocimiento de la indemnización por daños y perjuicios materiales y morales contenida en la demanda en la orden jurisdiccional civil."

QUINTO

El letrado D. David Gallego Berdah en nombre y representación de la mercantil SAR DOMUS, S.L., mediante escrito presentado el 23 de diciembre 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la [recurrida \(AS 2016, 36\)](#) la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha [28 de septiembre de 1995 \(AS 1995, 3240\)](#) (recurso nº 309/1995). SEGUNDO.- Se alega la infracción por interpretación errónea del artículo 2 de la [L J S \(RCL 2011, 1845\)](#) (sic) en relación con el [artículo 5.d\)](#) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#) .

SEXTO

Con fecha 24 de octubre de 2016, D. Rubén , Eurogestión y Eurosalud, solicitan se acuerde la falta de legitimación activa de SAR DOMUS, SL.. Con fecha 26 de noviembre de 2016 por parte de SAR DOMUS se presenta escrito de alegaciones. Se pasa al Ministerio Fiscal, el cual indica que "en contestación a la diligencia de ordenación de fecha 16.12.2016. La pretensión de las partes recurridas solicitando se declare por esa Sala la falta de legitimación de la parte recurrente, SARDOMUS, S.L. para interponer el recurso de casación unificadora objeto del presente Rollo, con sustento en una sentencia de 20-9-2016 dictada por el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona que no es firme, debe ser rechazada de plano porque la única posibilidad de aportar documentos contenidos en la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) es la prevista en su art. 233 , que exige como condición ineludible que la sentencia sea firme". Con fecha 17-2-2017 se dicta un Auto por el que se declara la no admisión de documentos, por tratarse de una sentencia carente de firmeza.

SEPTIMO

- Por providencia de esta Sala de 3 de abril de 2017, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar que el recurso debe ser en este trámite desestimado por falta de contradicción. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de mayo de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El trabajador demandado prestó servicios por cuenta de la empleadora hasta su despido el 2 de noviembre de 2011, firmando las partes un pacto de no competencia post contractual de un año de duración, incluyendo los términos que más adelante se dirá. El trabajador en unión de otras dos personas que también habían prestado servicios por cuenta de la demandante constituyeron ante Notario el 1 de julio de 2011 la empresa EURO SALUD SERVICIOS EUROPEOS PROFESIONALES DE SALUD, S.L (EURO SALUD), en la que el demandado es partícipe mayoritario , habiendo iniciado las gestiones de constitución al menos desde el 25 de mayo de 2011, vigente la relación laboral de todos ellos con la empresa demandante cuyos listados utilizaron para confeccionar programas propios en los que constan códigos , poblaciones , patología y servicios y utilizando como base de la alianza con Pulso Ediciones S.L.(MEDICAL GUARD) el contrato de prestación de servicios profesionales de SARDOMUS con dicha empresa .

Por SARDOMUS, S.L se interpuso demanda en la que se reclamaba una indemnización de 250.000 euros tras aclarar en el hecho undécimo de la demanda lo siguiente : "de este modo debe señalarse que además de haber incumplido el pacto de no competencia post-contractual suscrito, la actuación del demandado constituye un claro caso de concurrencia desleal, expresamente prohibida y sancionada por el [artículo 21.1](#) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015. 1654\)](#) que dispone lo siguiente : «Artículo 21. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa. 1.- 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.».

El juzgado de lo Social estimó la excepción de falta de legitimación pasiva de las codemandadas EURO SALUD SERVICIOS PROFESIONALES DE SALUD S.L. (EURO SALUD) y SERVICIOS EUROPEOS DE SALUD Y GESTIÓN EMPRESARIAL, S.L (EUROGESTION) y estimó la demanda condenando a D. Rubén a abonar a SARDOMUS, S.L un importe de 83.214,03 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

La anterior resolución fue revocada en suplicación, desestimando la demanda en cuanto a las cantidades pactadas en concepto de pacto de no competencia, por aplicación del efecto positivo de cosa juzgada y declinando el conocimiento de la indemnización por daños y perjuicios materiales y morales contenida en la demanda en el orden jurisdiccional civil.

Recorre la parte actora en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el [28 de septiembre de 1995 \(AS 1995. 3240\)](#) por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos . En la

sentencia de comparación se estima el recurso de suplicación deducido por la empresa demandante frente a los trabajadores en concepto de daños y perjuicios causados como consecuencia de competencia desleal de los trabajadores que habían constituido como accionistas otra empresa codemandada dedicada a la misma actividad que la demandante y utilizando sus medios materiales y humanos, declarando la competencia del orden social para conocer de la reclamación .

Como datos relevantes a efectos de la contradicción cabe destacar que los demandados que venían prestando servicios para la parte actora hasta su despido el 20 de mayo de 1993 uno de ellos y el resto el 11 de junio constituyeron ante Notario el 23 de diciembre de 1991 la mercantil "Proyectos y Construcciones Reunidos S.A." (PROCORSA) cuyo objeto social es el de "A) La prestación de toda clase de servicios médicos, ejerciendo al efecto las actividades conexas o accesorias, pudiendo en consecuencia, adquirir y explotar aparatos de medicina, tanto de diagnosis como terapéuticos. B) La prestación de servicios de ayuda a domicilio que podrá adoptar las modalidades de atención doméstica, atención personal, tele-asistencia y otras ayudas técnicas y ayudas complementarias para la mejora de las condiciones de habitabilidad de la vivienda y tratamiento de todo tipo de personas mayores, de tercera edad, o cualquiera otra con alguna carencia, enfermedad, discapacidad y minusvalía, física psíquica o económica".

En ambas resoluciones nos hallamos ante la constitución por los trabajadores en fecha anterior al despido de una sociedad mercantil cuyo objeto y actividad son coincidentes con los de la empresa para quien trabajaban con la que se había suscrito pacto de no competencia en el momento del cese en el caso de la recurrida, siendo objeto de debate en ambas la indemnización que la empresa reclama en concepto de daños y perjuicios derivados de la conducta desplegada por los trabajadores. La sentencia recurrida declara la falta de competencia del orden social para conocer de dicha reclamación en tanto que la sentencia de contraste acoge la competencia y resuelve acerca del fondo de la cuestión planteada por lo que debe apreciarse la existencia de contradicción en los términos exigidos en el artículo 235 de la Ley de la Jurisdicción Social , L J S. No excluye la existencia de contradicción que la sentencia referencial haya recaído en una reclamación por daños y perjuicios fundada exclusivamente en la deslealtad del trabajador hacia la empresa por el desempeño de su actividad alegando la causa con base en el mero hecho de la constitución de la sociedad dedicada a los mismos fines que la empleadora como causa autónoma con independencia de las actividades realizadas y que en la sentencia recurrida exista un pacto de no competencia entre las partes para cuando finalice el contrato, pacto entre cuyos efectos se prevé la posibilidad para la empresa de reclamar una indemnización con daños y perjuicios, ya que en ambos casos la nueva sociedad supuestamente en competencia con la empleadora se constituyó vigente el contrato de trabajo y que la previsión de reclamar por incumplimiento del pacto de no competencia finalizado el contrato no puede ser

obstáculo para reclamar una indemnización por daños y perjuicios derivados de otras causas pues la empresa en su demanda ejercitó ambas pretensiones, la derivada del pacto y la fundada en deslealtad al amparo del [artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#) , examinando la sentencia recurrida ambas y dando soluciones distintas a cada una en orden a la competencia.

SEGUNDO

La recurrente alega la infracción por interpretación errónea del artículo 2 de la L J S (sic) en relación con el [artículo 5.d\)](#) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#) , vulneración que se entiende producida al rechazar la sentencia recurrida el conocimiento de la reclamación por daños y perjuicios por falta de competencia del orden Social derivando la pretensión a la jurisdicción civil .

Entiende la [sentencia recurrida \(AS 2016, 36\)](#) que el análisis de la mala fe contractual cuando se constituye una sociedad para desarrollar competencia desleal "se ha efectuado prácticamente en su totalidad por sentencias referidas a supuestos en los que se debate la procedencia o improcedencia del despido de quienes han realizado tal actuación, vigente el contrato de trabajo y no puede ser el mismo criterio el de valoración de la buena fe contractual de cara a mantener o extinguir un contrato de trabajo vigente, que el criterio que se utilice para determinar la exigencia o ausencia de una genérica buena fe que resultaría ser causante de (unos alegados e imputados) daños cuando no existe contrato alguno que establezca obligaciones sinalagmáticas, como es el contrato de trabajo, por producirse una vez extinguido éste". Concluye señalando que "la buena fe que se exige en todo momento de la vigencia del contrato de trabajo es muy superior a la genérica que se puede exigir fuera de dicho ámbito y la vulneración de dicha buena fe contractual constituyendo una sociedad que pueda competir con la empleadora puede ser motivo de despido, en determinadas circunstancias, pero éste no es el caso".

En la sentencia de contraste que, declaró la competencia del orden social, el debate gira también en torno a una reclamación `por daños y perjuicios como consecuencia de la competencia desleal de las personas individuales demandadas en cuanto trabajadores de la demandante, que en su momento fueron despedidos, al constituir aquellos como accionistas otra empresa, que también fue demandada dedicada a la misma actividad que aquella y utilizando sus metidos materiales y humanos.

Se trata en consecuencia de determinar en qué medida una conducta, constitución de una sociedad mercantil cuya actividad entra en competencia con la empleadora, utilizando para su puesta en funcionamiento y entrada en el mercado los medios de los que dispone y a los que tiene acceso el trabajador de la empresa demandada, precisamente en función de su cargo de responsabilidad ya que se trata de un director de centro con el añadido de la firma de un pacto de no

competencia que deberá surtir efectos cuando el contrato finalice.

Con independencia de cuales puedan ser los perjuicios derivados de una competencia desleal una vez iniciada efectiva actividad de la nueva empresa creada con el fin de competir contraviniendo así pacto originado en un contrato de trabajo , se trata ahora de dirimir la competencia para conocer de la valoración que merezca la conducta observada por el trabajador, hasta su despido el 2 de noviembre de 2011, entre los que se incluyen, la constitución de la nueva sociedad mercantil EURO SALUD SERVICIOS EUROPEOS PROFESIONALES. S.L (EURO SALUD), el 1 de julio de 2017, la utilización del contrato de prestación de servicios profesionales de SARDOMUS con la empresa Pulso Ediciones S.L (MEDICAL GUARD) como base de alianza con esta misma empresa, acreditado mediante correos electrónicos de 5 y 6 de julio de 2011, y el uso de listados de la demandada para confeccionar programas propios en el que constan códigos, poblaciones, patologías y servicios según se deduce de los correos electrónicos de 17 de julio de 2011 y sucesivos . Como dice la sentencia recurrida no nos hallamos en el examen de la deslealtad como causa del despido sino como cauce que origina un daño pero al margen de la intensidad con la que dicho examen deba hacerse en ese supuesto, ni la diferencia de intensidad puede ser causa para determinar la competencia, en el caso de enjuiciar conductas posteriores a la finalización del contrato ni nos hallamos ante esa situación sino ante conductas que todavía se situaban en el marco vital de dicho contrato. No cabe en consecuencia, con fundamento en el artículo 2.a de la ley de Procedimiento Laboral vigente al tiempo de los hechos que dan lugar a la reclamación, y cuya redacción es idéntica al precepto homónimo de la Ley de la Jurisdicción Social, [LJS \(RCL 2011, 1845\)](#) y 86 Ter 2.a de la [L O P J \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) , excluir la competencia de la jurisdicción social en beneficio de otra jurisdicción por lo que el recurso, visto el informe del Ministerio Fiscal, deberá ser estimado asumiendo la competencia esta jurisdicción, ordenando la devolución de las actuaciones a la Sala de origen a fin de que resuelva con libertad de criterio acerca de las cuestiones de fondo planteadas en suplicación, sin que haya lugar a la imposición de las costas.

FALLO

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

: Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. David Gallego Berdah en nombre y representación de la empresa SAR DOMUS, S.L. contra la [sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña \(Barcelona\) de fecha 22 de octubre de 2015 \(AS 2016, 36\)](#) Recurso de suplicación nº 2362/2015 , casar y anular la sentencia recurrida, y dictar nueva sentencia en la que se deje sin efecto la declaración de falta de competencia realizada de oficio por la sentencia recurrida y a su vez declaramos la competencia

de la jurisdicción social para conocer de la reclamación formulada por SARDOMUS frente a D. Rubén , Euro Salud Servicios Profesionales de Salud, S.L., (EURO SALUD) y Servicios Europeos de Salud y Gestión Empresarial, S.L. (EUROGESTIÓN) y ordenamos la devolución de las actuaciones a la Sala de origen a fin de que sean resueltas con libertad de criterio las cuestiones de fondo planteadas en el recurso de suplicación interpuesto por D. Rubén , Euro Salud Servicios Profesionales de Salud, S.L., (EURO SALUD) y Servicios Europeos de Salud y Gestión Empresarial, S.L. (EUROGESTIÓN). Sin que haya lugar a la imposición de costas

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Dña. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.