

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

*Sentencia de 1 de marzo de 2011*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 278/2011*

**SUMARIO:**

*Despido disciplinario. Trásgresión de la buena fe y abuso de confianza. Concurrencia desleal con la empresa. Trabajador que solicita excedencia por cuidado de hijo y al mes siguiente constituye una empresa mercantil en la que presta servicios y que tiene el mismo objeto social que la empresa en la que solicitó la excedencia. Procedencia. Se considera que ha trásgredido la buena fe contractual no siendo necesario el perjuicio económico para la empresa, sino la deslealtad de la conducta. Voto particular.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 54.2 d).

**PONENTE:**

*Doña Ana Isabel Molina Castiella.*

**RECURSO N.º: 278/11**

N.I.G. 48.04.4-10/006105

SENTENCIA N.º:

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 1 de marzo de 2011.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D<sup>a</sup> GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D<sup>a</sup> ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Bartolomé contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de los de Bilbao de fecha dieciocho de Octubre de dos mil diez, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Bartolomé frente a AGENCIA MARITIMA SEA SPAIN S.A., BREGA DE SERVICIOS MARITIMOS S.A., SEA WORDL FERIGHT SERVICES S.L. y AGENCIA MARITIMA TRANSMERIDIAN SHIPPING S.A. .

Es Ponente el/la Iltmo/a. Sr/a. Magistrado/a D./ña. ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, quien expresa el criterio de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

Primero.

EL actor D. Bartolomé, con DNI n.º NUM000, ha venido prestando sus servicios por cuenta y a las ordenes de la empresa demandada Agencia Marítima SEA SPAIN S.A, desde el 01-01-1995 con categoría profesional de OFICIAL percibiendo un salario mensual de 3382,20 con parte proporcional de pagas extraordinarias.

Segundo.

Con fecha 19-05-2010, la demandada Agencia Marítima SEA SPAIN S.A. comunica al actor la decisión empresarial de rescindir la relación laboral en virtud de despido disciplinario, con efectos desde su recepción, mediante carta del siguiente tenor literal:

"Muy Sr. Nuestro:

Por medio de la presente, le comunicamos que procedemos a su despido disciplinario, al amparo de lo establecido en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores por transgresión de la buena fe contractual, despido que surtirá efectos a la fecha de la recepción de la presente.

Los hechos motivadores de tal decisión son los siguientes:

Vd. solicitó con fecha 9 de junio de 2007 una excedencia para atender al cuidado de su hijo, finalizando la misma el día 19 de mayo de 2010.

No obstante lo anterior, se ha comprobado en los últimos días del mes pasado que Vd. en dicha situación de excedencia singular que disfruta, ha venido trabajando para la empresa ARNOLD SYSTEMS, S.L., acudiendo a trabajar a las oficinas que dicha empresa tiene en Abanto y Ciérvana, Polígono Industrial El Castillo, 1-10.

Así el día 26 de abril del presente año, Vd. acude a las referidas oficinas a las 10:38 horas donde permanece trabajando hasta las 13:34 horas. Ese mismo día a las 15:05 vuelve nuevamente a esa oficina y permanece trabajando hasta las 19:06.

Al día siguiente, día 27 acude a las 16:20 horas a la referida empresa y permanece trabajando en la misma hasta las 19:07 minutos.

El día 29 de abril del presente año, sobre las 9:30 horas accede nuevamente a las oficinas de la empresa ARNOLD SYSTEMS, S.L., donde permanece trabajando toda la mañana.

El día 30 de abril de 2010 acude nuevamente a trabajar a la misma empresa a las 9:56 horas y está trabajando hasta las 14:12 horas en que abandona dicha empresa.

En el mes de mayo también se ha comprobado que sigue trabajando en la misma empresa y así, al menos, el día 12 de mayo del presente año, Vd. acudió a las 9:50 horas a trabajar en dicha empresa y estuvo hasta las 14:41 horas. Por la tarde, vuelve a las 16:06 horas y permanece trabajando hasta las 18:05 horas.

Además, hemos podido comprobar que la empresa ARNOLD SYSTEMS, S.L. es una empresa constituida por Vd. junto con su esposa, ostentando Vd. 1.354 participaciones, de un total de 3.010, y su esposa las 1.656 restantes.

Su esposa es administrativa única de ARNOLD SYSTEMS, S.L., y el domicilio social es su domicilio conyugal sito en Abanto y Ciérvana, CALLE000, n.º NUM001 - NUM002 .

ARNOLD SYSTEMS, S.L. tiene por objeto social lo siguiente:

- a) Gestión, asesoramiento, intermediación y acciones comerciales relacionadas con todo tipo de transporte, tanto por tierra, mar y aire.
- b) Prestación de servicios directos o a través de subcontratación relacionados con el transporte de mercancías por tierra, aire y mar.
- c) Compraventa, importación, exportación, tenencia, guarda, construcción y reparación en general de embarcaciones y todo tipo de accesorios relacionados con las mismas y con el deporte náutico.
- d) Prestación y organización de servicios y actividades relacionadas con el ocio y el tiempo libre.
- e) Importación, exportación, comercialización y distribución de productos manufacturados e industriales.
- f) Formación en gestión comercial, gestión de transportes, importación y exportación y otras áreas de gestión y organización empresarial en general.

Según consta en las Cuentas Anuales depositadas, la actividad que desarrolla ARNOLD SYSTEMS, S.L. es SERVICIOS DE MEDIACION DEL TRANSPORTE (epígrafe de IAE 756.1).

El objetivo social de ARNOLD SYSTEMS, S.L. es coincidente con el objeto de las empresas de nuestro grupo (AGENCIA MARITIMA SEA SPAIN, S.A. y SEA WORLD SERVICES, S.L.) para las cuales Vd. presta servicios. De hecho, Vd. antes de la situación de excedencia, realizaba las siguientes funciones dentro del Departamento Comercial:

- Gestiones comerciales relacionadas con la intermediación en todo tipo de transportes, tanto por tierra, mar y aire, y prestación de servicios a través de subcontratación, relacionados con el transporte de mercancías por tierra, aire y mar:

- Organizando visitas comerciales a actuales o potenciales clientes.
- Elaborando cotizaciones de transporte a los clientes.
- Efectuando los cierres o "bookings" de transporte con distintas compañías navieras o de transporte terrestre o aéreo, con las cuales subcontrata los transportes por cualquier medio.
- Coordinando las operaciones auxiliares al transporte, en su caso, tales como el despacho de aduanas, almacenajes, llenados y vaciados, etc.
- Efectuando el seguimiento de las cargas hasta la finalización de los transportes.

Estas mismas funciones las realiza su sociedad de tal manera que el epígrafe de licencia fiscal de su sociedad y de las sociedades de nuestro grupo es totalmente coincidente.

La concurrencia en el mercado de su sociedad con la nuestra se pone además de manifiesto con los servicios que ofrece su empresa en la página web que tiene registrada dicha sociedad con la dirección [www.sevenseslogistic.com](http://www.sevenseslogistic.com), donde se ofrecen servicios de gestión logística que abarcan tanto desde el asesoramiento en gastos portuarios y de buque, hasta despacho de aduanas y expedición de documentos necesarios, así como el asesoramiento para el transporte de mercancías a cualquier parte del mundo. También prestan servicios de puerta a puerta, incluyendo cumplimentación de documentación, reservas con los transportistas, embalaje, cargas y almacenamiento.

Es decir, que su sociedad presta los mismos servicios que las nuestras y realiza las mismas actividades que las que Vd. hacía antes de su situación de excedencia.

Por todo ello, ha incurrido en una doble transgresión de la buena fe contractual, ya que por un lado ha trabajado para otra empresa mientras estaba en situación de excedencia para cuidado de hijo, y, por otro lado, ha constituido, a la vez que ha trabajado, una sociedad concurrente en la que su esposa es administradora única prestando los mismos servicios que prestan las sociedades de nuestro grupo".

Tercero.

Las entidades demandadas AGENCIA MARITIMA SEA SPAIN, S.A., BREGA DE SERVICIOS MARÍTIMOS, S.A., SEA WORLD FERIGHT SERVICES, S.L. y AGENCIA MARÍTIMA TRANSMERIDIAN SHIPPING, S.A. que forman un grupo de empresas se dedican a la actividad de consignatarias y transitarias de buques estando incluida dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Empresas Consignatarias de Buques, Empresas Estibadoras y Transitarias de Bizkaia.

Cuarto.

El demandante disfrutaba desde junio de 2007 de excedencia para cuidado de hijos con efectos desde el 2 de Octubre, excedencia que finalizaba el 19-05-2010.

Quinto.

Don Bartolomé y su mujer, doña Tarsila, han constituido una sociedad mercantil con fecha 25 de julio de 2007, de nombre "Arnold Systems, S.L." con domicilio social en la CALLE000 NUM001 - NUM002 de Abanto y Ciérvana, la administradora única de esta sociedad mercantil se trata de doña Tarsila . Señalar que este domicilio social, se trata del domicilio particular de don Bartolomé y Doña Tarsila .

El objeto de dicha mercantil, es la gestión, asesoramiento, intermediación y acciones comerciales relacionadas con todo tipo de transporte tanto por tierra, mar y aire. Existe una página web "[sevenseslogistic.com](http://sevenseslogistic.com)", cuyo registro se encuentra a nombre de "Arnolds Systems, S.L.". En dicha página web figura como domicilio de contacto con esta empresa en Vizcaya, el ubicado en el Polígono Industrial El Campillo 1-10, 48500 de Vizcaya.

Sexto.

Coincidiendo con su excedencia el actor ha venido trabajando para la empresa ARNOLD SYSTEMS, SL.

Séptimo.

Con fecha 26/05/2010 se presento papeleta de demanda de conciliación, habiéndose celebrado el preceptivo acto de conciliación con fecha 10/06/2010 con resultado SIN AVENENCIA.

### **Segundo.**

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

Que DESESTIMANDO la demanda de despido interpuesta por Bartolomé contra AGENCIA MARITIMA SEA SPAIN, S.A., BREGA DE SERVICIOS MARITIMOS, S.A., SEA WORLD FERIGHT SERVICES, S.L. y AGENCIA MARITIMA TRANSMERIDIAN SHIPPING, S.A., debo declarar y declaro procedente el despido disciplinario de que fue objeto D. Bartolomé, convalidando la decisión extintiva que con él se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones formalizadas en su contra.

### **Tercero.**

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

Entabla recurso de suplicación la parte actora frente a la sentencia de instancia que ha desestimado su demanda, declarando procedente su despido decretado por la empresa con efectos de 17 de mayo de 2010.

El actor, que venía prestando servicios para la demandada -dedicada a la actividad de consignatarias y transitarias de buques- desde enero de 1995 como oficial, disfrutaba desde junio de 2007 de excedencia para cuidado de hijos, que concluía el 19 de mayo de 2010, considerando probado la sentencia que el 25 de julio de 2007 constituyó junto con su esposa una sociedad mercantil "Arnold Systems SL", de la que es administradora única su esposa, coincidiendo su domicilio social con el particular del matrimonio, y cuyo objeto es la gestión, asesoramiento, intermediación y acciones comerciales relacionadas con todo tipo de transporte terrestre, marítimo y aéreo, y también que durante la excedencia otorgada el actor ha prestado servicios para tal empresa.

El recurso trata de cambiar el pronunciamiento de instancia por otro de la Sala que declare la improcedencia del despido, oponiéndose al mismo la legal representación de la mercantil.

### **Segundo.**

Los dos primeros motivos, amparados en la letra b) del art.191 LPL están destinados a la reforma de los hechos probados quinto y sexto .

Con carácter previo recordamos, tal y como venimos sosteniendo en múltiples sentencias, que el recurso de suplicación es un recurso extraordinario en el que se limita la capacidad del Tribunal para revisar el relato de hechos probados fijado por el Juzgador de instancia.

Es a éste a quien corresponde valorar la totalidad de la prueba que se somete a su consideración, cuyo criterio ha de prevalecer como más imparcial y objetivo frente a la valoración probatoria de las partes, siendo preciso para que prospere la revisión fáctica, que además de ofrecer el recurrente la redacción que debió recogerse en los hechos probados y, en su caso, la parte de su relato a la que sustituye, las modificaciones se apoyen en prueba pericial o documental, sin que se admita otro medio probatorio distinto a esos dos para sustentarla, si bien es insuficiente el documento o pericia si carece -por sí solo, o en virtud de otros medios de prueba practicados en el proceso que la contrarrestan-, de fuerza de convicción suficiente como para mostrar a la Sala de manera patente, sin dejar resquicio a la duda, el error sufrido por el Magistrado, sin olvidar la inoperancia práctica en orden al éxito final del recurso, de las revisiones fácticas que no sean suficientes para cambiar la resolución del litigio.

El ordinal quinto refleja en primer término que el actor junto con su esposa, Doña Tarsila, constituyó el 25 de julio de 2007 una sociedad mercantil de nombre "Arnold Systems SL" cuya administradora única es su esposa, coincidiendo el domicilio social con el conyugal; en su párrafo segundo señala el objeto social de la entidad (la

gestión, asesoramiento, intermediación y acciones comerciales relacionadas con todo tipo de transporte terrestre, marítimo y aéreo), y señala una página web en el que figura un domicilio de contacto en el Polígono Industrial El Castillo 1-10, de Vizcaya.

Pues bien, con base en la escritura de constitución de Arnold Systems SL y de la tarjeta de identificación fiscal y de la página web, pretende que conste la total descripción del objeto social de la empresa, para de esta manera demostrar que la citada mercantil en realidad se dedica a la actividad de intermediación en la prestación de servicios globales a las empresas, no siendo una empresa mayorista del transporte marítimo, destinando el motivo en esencia a desmontar que se trate de la misma actividad, y con ello que exista competencia desleal, incidiendo en que si bien tributa al mismo grupo de actividades económicas que la demandada (epígrafe 756), en realidad este dato nada indica, tratándose de una mera decisión del asesor fiscal, significando también que las declaraciones de los testigos avalan que se trataba de un negocio de su esposa semejante a agencia de viajes o actividades de ocio.

Novación que rechazamos pues la total descripción del objeto social nada aporta al resultado de este litigio, ni sola ni acompañada de las explicaciones ofrecidas en el motivo, las cuales son inaceptables desde el momento en que descansan en una prueba inhábil para apoyar una reforma fáctica -la testifical- siendo inasumibles las razones que ofrece para justificar la tributación de ambas sociedades al mismo epígrafe.

La Magistrada ha valorado la totalidad de la prueba que se le ofrece y con base en la escritura de constitución de la entidad y la página web elabora el ordinal, sin que se aprecie error o arbitrariedad que pueda justificar el cambio propuesto, ni en orden a la esencia del objeto social de la sociedad creada por el actor y su esposa, ni tampoco en cuanto a la página web relativa a la misma y los datos que ofrece, por lo que rechazamos la reforma del hecho probado quinto.

Como también fracasa la sustitución del ordinal sexto por la redacción que ofrece; la Juzgadora valorando la prueba practicada (entre otras el reportaje fotográfico que se aporta por la empleadora) concluye afirmando que el actor durante su excedencia ha venido trabajando para la empresa Arnold Systems SL, estando abocada al fracaso la pretensión de sustituir tal determinación alcanzada por la que ofrece el recurrente expresiva de que "durante su excedencia se ha encargado del cuidado de su hija sin que conste que haya trabajado para Arnold Systems SL".

Y no se acoge porque los documentos en que se apoya no son tales sino a lo sumo, meras declaraciones de terceros no ratificadas en el acto de juicio, que todo lo más que probarían es la implicación del actor en la educación y cuidados de su hija, lo cual entra dentro de los deberes paternos se esté o no disfrutando de excedencia laboral, manifestaciones que carecen de todo valor para destruir el informe del detective ratificado en juicio y asumido por la Magistrada.

### **Tercero.**

Estamos ya en condiciones de afrontar la censura jurídica a la que se destina el tercero y último de los motivos impugnatorios en el que se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la competencia desleal, y también las de los Tribunales Superiores de Justicia.

En suma sostiene que se aparta la sentencia recurrida de esos criterios jurisprudenciales puesto que lo único acreditado es que durante los tres años de excedencia para cuidado de hijos se ha dedicado en cinco ocasiones puntuales, sin ninguna regularidad, a acudir a un edificio de oficinas donde la empresa de su esposa tiene su local, y cuyo objeto social sólo parcialmente coincide con el de la demandada, considerando que el despido no ha sido una respuesta proporcional ni adecuada a tal conducta del trabajador.

Recordamos los datos esenciales a considerar a la hora de resolver sobre la calificación que merece el despido del trabajador, que la empresa en la extensa y detallada comunicación de 19 de mayo de 2010 apoya en el art.54.2 d) ET, transgresión de la buena fe contractual; estos consisten en la constitución por el actor junto con su esposa, un mes después de solicitar la excedencia para cuidado de hijos el primero, de una sociedad limitada cuyo objeto social coincide con el de la demandada, tributando fiscalmente una y otra empresa en el mismo grupo de actividad económica, constando que el domicilio social de la empresa del actor es su propio domicilio familiar, y que tiene además un local donde el actor ha acudido una serie de días de los meses de abril y mayo de 2010 en los que se le hizo un seguimiento por un detective cumpliendo unos días jornada de mañana y tarde y otros de mañana, sociedad de la que su esposa es administradora única.

Expuestos así los hechos aclaramos que lo imputado es la concurrencia desleal con la empresa, vía la constitución de otra sociedad mercantil dedicada a la misma actividad económica, y en la que consta ha prestado servicios durante esa excedencia por cuidado de hijos. El despido se apoya, art.54.2 d) ET, en la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Se considera que se ha transgredido la buena fe contractual cuando existe una relación laboral, violación de los deberes de fidelidad y que el trabajador actúa con conocimiento de su conducta vulneradora. Como decíamos en sentencia de 2 de febrero de 2009, rec.2926/09, citando doctrina jurisprudencial ni se exige la

concurrancia de un dolo específico, basta la negligencia culpable, y no es imprescindible la existencia de perjuicio económico para la empresa.

La no concurrancia es un deber básico del trabajador que opera en forma de prohibición legal, esto es, no precisa de cláusula contractual o norma convencional que impida al trabajador concurrir con la empresa, limitando la prohibición a la concurrancia desleal. El Tribunal Supremo en sentencia de 8 de marzo de 1991 define la competencia desleal como "aquella actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito del mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes".

El elemento que define la competencia desleal no es el perjuicio o daño causado, sino la deslealtad de la conducta, en tanto medio empleado para la obtención de un resultado.

Consiguientemente, el incumplimiento del deber de no concurrancia configurado en los términos expuestos, puede justificar, en cada caso, el despido disciplinario del trabajador, sobre la base del artículo 54.2.d) ET, en la medida que dicho comportamiento suponga una trasgresión de la buena fe contractual. De ello se infiere, para la doctrina judicial que no es necesario que se cause un daño económico a la empresa, bastando el potencial perjuicio ( STS 30-3-1987 ). En sentencia de 22 de marzo de 1991 el Tribunal Supremo afirma que uno de los deberes básicos del trabajador es "no concurrir en la actividad de la empresa en los términos fijados en esta Ley", y define por tal 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 sociedades competitivas.

En este supuesto ha resultado probado que apenas un mes después de obtener la excedencia para el cuidado de hijo, el actor constituye con su esposa una sociedad mercantil cuya actividad coincide con la de la demandada, acreditándose que ha acudido regularmente al menos los meses en los que se ha realizado el seguimiento, a las oficinas y locales de esa entidad dentro de una jornada laboral ordinaria, todo ello, en el marco de la excedencia para cuidado de hijo.

En sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2008 (AS 2008, 1119), declaramos procedente el despido de un trabajador que estando en excedencia para el cuidado de hijo, comenzó a trabajar a tiempo parcial en otra empresa que era competencia de la entonces demandada. El supuesto actual tiene más ingredientes para ratificar la procedencia del despido acordado puesto que en este caso se ha procedido a la constitución de una sociedad mercantil que entra en competencia directa con la demandada.

Al haberlo apreciado así la sentencia de instancia ratificando el carácter procedente del despido, confirmamos la misma en su integridad, previa desestimación del recurso de suplicación.

#### **Cuarto.**

La desestimación del recurso de suplicación interpuesto por quien goza de beneficio de justicia gratuita y no ha litigado con temeridad, determina la no imposición del pago de las costas causadas (art.233 LPL ).

### **FALLAMOS**

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por D. Bartolomé contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Bilbao dictada el 18-10-10, en los autos de despido n.º 578/10, seguidos por el citado recurrente contra AGENCIA MARITIMA SEA SPAIN S.A., BREGA DE SERVICIOS MARITIMOS S.A., SEA WORDL FERIGHT SERVICES S.L. y AGENCIA MARITIMA TRANSMERIDIAN SHIPPING S.A. Se confirma la misma. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

*VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI en el recurso 278/11, el que se apoya en el art. 260 LOPJ y en los siguientes FUNDAMENTOS DE DERECHO, que paso a exponer:*

#### **Unico.**

Coincido con la sentencia recurrida en el exámen de los fundamentos primero y segundo, pero me separo de la conclusión que obtiene en el tercero, cuando analiza la cuestión jurídica, y ello con el máximo respeto que me merece la fundamentación que efectúa así como los precedentes que se citan. Sin embargo, entiendo que en la situación del demandante se ha generado una suspensión del contrato de trabajo articulada por la vía del art. 45 ET, en relación al art. 46, n.º 3 ET, que da lugar a una excedencia voluntaria y que por tanto incide directamente en una suspensión del contrato de trabajo. Parto, de todas maneras, de la virtualidad constitucional que tiene el derecho al trabajo, y que el art. 35 CE consagra, en el sentido del derecho fundamental que todo español tiene de trabajar, así como a la libre elección de su profesión y oficio, como a la promoción a través del trabajo. Desde esta perspectiva la suspensión del contrato de trabajo que provoca la excedencia no implica la pervivencia de un deber ilimitado de fidelidad, puesto que, por un lado, no existe pacto de no concurrencia que implique su efectividad por extinción del contrato de trabajo; y, en segundo término, suspendida la efectividad de la prestación laboral, el trabajador se encuentra con un derecho superior que le afecta y le protege, y éste es el que precisa el art. 35 de la Constitución al que he aludido. No intento realizar ningún tipo de innovación en la doctrina, y simplemente me acogo a los precedentes jurisprudenciales, y entre ellos, a la sentencia de 7 de mayo de 1984 del TS, repertorio de Aranzadi 2972, en la que se indica que en la situación de suspensión del contrato de trabajo el operario mantiene la plenitud de sus derechos, de forma que no compete con el empresario, pues para que exista dicha competencia el contrato de trabajo debe mantener el contenido de las prestaciones, y en este caso ello no concurre. Así es, para que el trabajador pueda estar en una situación de ruptura del contrato de trabajo de acuerdo al art. 54 que cita la sentencia mayoritaria avalando el criterio de la instancia, se precisa que el contrato se mantenga en vigor, y que pueda existir el presupuesto fáctico de la transgresión, como es el prestar servicios y a la vez competir con la actividad empresarial.

Por tanto, a mi entender, debía estimarse el recurso, pues el trabajador en el tiempo de excedencia en modo alguno queda vinculado a su empresa, manteniendo la plenitud de sus derechos, y de manera concreta y específica el de acceder al mercado de trabajo, realizar otras actividades, o fomentar su promoción profesional, por cualquier cauce. Diferente es el caso en el que el contrato permanece en su actividad prestacional, pues entonces la reciprocidad de obligaciones, por vía del art. 1124 del Cc. y 1 y concordantes ET, hubiese llevado consigo un cercenamiento de posibles actividades paralelas; ahora bien, si el trabajador se encuentra con el contrato suspendido mantiene la efectividad del derecho al trabajo, e implica la posible actividad en otros ámbitos, incluso concurrentes, pues lo contrario supone llevar a cabo un prejuicio difícilmente compaginable con el derecho fundamental de trabajar.

En la anterior tesitura mi propuesta ha sido la de revocar la sentencia recurrida, y declarar la improcedencia del despido con las consecuencias inherentes a ello, y que son las del art. 56 ET .

Así, por este mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, junto con el VOTO PARTICULAR del ILMO. MAGISTRADO D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

#### ADVERTENCIAS LEGALES-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 300 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0278-11.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0030-1846-42- 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0278-11.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.