



Roj: **STSJ CL 2165/2013 - ECLI: ES:TSJCL:2013:2165**

Id Cendoj: **47186340012013100777**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2013**

Nº de Recurso: **453/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ESCUADRA BUENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 00893/2013

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID

C/ANGUSTIAS S/N

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2012 0003897

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000453 /2013-C

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000981 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de VALLADOLID

Recurrente/s: Jacobo

Abogado/a: DANIEL PALMERO RABANO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: MOZO GRAU S.L.

Abogado/a: FERNANDO MARIA NOGUES GUILLEN

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Rec. Núm 453 /13

Ilmos. Sres.

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente Sección

D^a M^a Carmen Escuadra Bueno

D. Rafael A. López Parada / En Valladolid a ocho de Mayo de dos mil trece.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 453 de 2.013, interpuesto por D. Jacobo contra sentencia del Juzgado de lo Social TRES DE VALLADOLID (Autos 981/12) de fecha 20 DE NOVIEMBRE DE 2012 dictada en virtud de demanda promovida por D. Jacobo contra MOZO GRAU S.L, sobre DESPIDO, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. DOÑA M^a Carmen Escuadra Bueno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de septiembre de 2012 se presentó en el Juzgado de lo Social de Valladolid Tres demanda formulada por el actor en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:

" **PRIMERO.-** La parte actora, D. Jacobo , viene prestando servicios para la entidad demandada, que se dedica a la actividad de comercio mayor instrui. Médico y ortopédico, siendo de aplicación el Convenio Colectivo provincial del comercio general, con antigüedad desde el 25 de mayo de 2009, con la categoría de comercial, jornada 40 horas semanales lunes a sábado, desarrollando sus funciones en la zona norte comprensiva de Burgos, León y Palencia y percibiendo un salario diario con inclusión de prorrata de pagas extras, de 93,02 euros, según obra a los folios 22 a 51 y 149 a 191 de autos por reproducidos en aras a la brevedad.

SEGUNDO.- El actor que ha venido suscribiendo, en los años 2010, 2011 y 2012 plan de incentivos y competencias de obligado cumplimiento en lo que respecta a raport de visitas, vacaciones, uniformidad y coche de empresa, folios 24 a 29 de autos por reproducidos, disponía además de vehículo de empresa, del correspondiente móvil de empresa con red de localización, folios 51 y 52 de autos, estando obligado a efectuar las visitas a la clientela de 9 a 14 y de 16 a 19 horas, tanto en invierno como en verano, folios 103 a 106 de las actuaciones por reproducidos en aras a la brevedad.

TERCERO.- El actor que fue sancionado por falta grave por uso indebido de la tarjeta de crédito de la empresa, el 3-5-2010, y por una falta muy grave en fecha 1-7-2011 que se sancionó con amonestación y retirada de la tarjeta Visa de la empresa, de que disponía, fue nuevamente sancionado en fecha 10-6-2011 por incumplimiento del horario de visitas reseñado en el hecho probado segundo, tipificándose estos hechos como falta grave por la empleadora por reconocimiento del accionante de los hechos, que generaron la sanción, siendo suspendido de empleo y sueldo durante una semana , según obra a los folios 100 a 106 de las actuaciones por reproducidos en aras a la brevedad.

CUARTO.- Como quiera que la mercantil demandada se percatara de que el accionante en el horario de tarde, en el mes de abril desviaba el teléfono móvil de la empresa al suyo particular, siendo imposible su geolocalización, contrató a un detective privado a fin de que efectuara un seguimiento entre los días 22 de junio a 11 de julio de 2012. Seguimiento verificado a través de localizador colocado en el vehículo de empresa y constatación personalizada. El actor en los días, 29 de junio, 2, 3, 4 , 5, 6, 10 y 11 de julio, laborables (en los que se efectuó el correspondiente seguimiento) abandonaba su domicilio particular alrededor de las 9 horas regresando al mismo no más tarde de las 17 horas, desplazándose a las localidades de Burgos, León y Falencia a excepción del 9-7-2012 en que no realizó ningún desplazamiento, habiendo participado en la localidad de Valladolid, el 22-6-2012, en un Congreso organizado por la empleadora desde las 9 hasta las 19 horas y habiéndose desplazado el sábado 23 de junio de 2012 a las 15,40 horas hasta el 25-6-2012 lunes, a la ciudad de Barcelona llegando a Valladolid a las 15.15 horas, según se concluye a los folios 52, 108 a 147 y 203 de las actuaciones por reproducidos en su integridad. En fecha 19-7-2012, a las 18,05 horas, el actor acudió a una visita concertada con el DR. Cantera García en bañador y chanclas de piscina motivo por el que su compañero Sr. Ambrosio le impidió acudir a la misma, habiendo descendido el volumen de ventas realizadas por el accionante en el periodo de enero a junio de 2012 en 17.139,80, en relación con el mismo periodo de la anualidad anterior, folio 107 de autos por reproducido.

QUINTO.-La mercantil demandada entregó al trabajador comunicación de extinción de la relación laboral que les vinculaba, de fecha 27 de julio de 2012, causa disciplinaria y con efectos desde esa fecha, calificando los hechos antedichos como falta muy grave, según consta a los folios 7, 8 ,9 de autos por reproducidos en su integridad.

SEXTO.- La parte actora no ha ostentado en la entidad demandada la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores.



SÉPTIMO.- Es aplicable el Convenio Colectivo provincial de comercio en general, publicado en el BOP el 3-7-2010, que tipifica en el artículo 36 , como falta muy grave:

23. *La impuntualidad no justificada en la entrada o en la salida del trabajo en diez ocasiones durante seis meses o en veinte durante un año debidamente advertida.*

25. *El fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas o la apropiación, hurto o robo de bienes propiedad de la empresa, de compañeros o de*

cualesquiera otras personas dentro de las dependencias de la empresa.

30. *La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo normal o pactado.* Estableciéndose como sanción el despido en su artículo.

OCTAVO.- El 4-9-2012 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante la SMAC que concluyó con el resultado de intentado y sin efecto tras presentarse demanda de conciliación en fecha 20-8-2012."

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por el demandante, fue impugnado por el demandado. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N.º 3 de VALLADOLID en la que se desestima la demanda de DON Jacobo , sobre Despido, contra la Empresa MOZO GRAU SL, se alza el referido demandante, solicitando que se revoque la misma por motivos tanto de orden fáctico como jurídico.

SEGUNDO.- Al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se solicita la modificación del relato fáctico, concretamente de los hechos probados segundo y cuarto.

En el caso del hecho probado segundo, se propone que desde la frase " *a partir de los folios 51 y 52 de los autos* " el texto tenga el contenido siguiente:

"(..) estando obligado a realizar su actividad laboral en jornada de 40 horas semanales de lunes a sábado conforme al contrato, actividad laboral que además de la realización de visitas a clientes comprende a otras muchas labores, de las cuales, especialmente las tareas administrativas, era trabajo de despacho en el domicilio, tareas todas ellas que viene perfectamente especificadas en la ficha de responsabilidades del puesto emitido por la empresa que en aras de la brevedad se da por reproducido al obrar al folio 197 de los autos "

Se apoya esta modificación en la prueba obrante en autos a los folios 22, 149, 150 (contrato de trabajo) y 197 (ficha de responsabilidades del puesto de trabajo). Se remite a las testificales practicadas en el acto del juicio y al informe del detective contratado por la empresa, obrante al folio 144, para reafirmar la flexibilidad del horario del que gozaba el trabajador en la empresa.

Debe rechazarse la primera modificación interesada, dado que de la prueba documental alegada para fundamentarla, como son los contratos de trabajo, no se deduce la flexibilidad defendida, ya que, siendo cierto que solo establece respecto a la jornada que será de 40 horas semanales que se prestarán de lunes a sábados, también lo es que no se indica en los mismos que las tardes de verano no sean laborables, que es lo trascendente en el presente procedimiento. La prueba testifical, como bien dice el recurrente, es inhábil para la revisión del relato fáctico en el recurso de suplicación.

En cuanto al Informe del detective privado, es ineficaz a los efectos de revisar el relato fáctico en sede de recurso de suplicación, pues, pese a su apariencia documental, es clara su naturaleza testifical (S. 5-11-96 TSJ Madrid y S. 7-4-97 TSJ Cataluña), y así el Tribunal Supremo en SS. 28-6- 83 , 12-9-86 , 12-2-87 y 24-2-92 , entre otras, ha sentado la doctrina uniforme de negar valor documental a efectos de revisión de hechos en un recurso de casación a los informes de detectives privados aportados al proceso, exponiendo que se trata de una prueba testifical impropia, que adquiere todo su valor procesal como tal prueba testifical cuando el informe ha sido ratificado en juicio por su firmante. En suma, dicha prueba es inhábil a efectos revisorios, siendo su valoración de la incumbencia exclusiva del Magistrado de instancia, sin que su criterio al respecto sea susceptible de ser revisado ni enmendado en grado de suplicación.

Por último, la ficha de responsabilidades del puesto de trabajo, aportado a los autos por el demandante-recurrente, que si bien pudo ser valorado por la Juzgadora de instancia, este es inhábil a efectos revisorios en sede de recurso de suplicación, ya que carece de fuerza probatoria, por no estar firmado desconociéndose quien es el autor del mismo. En todo caso, no recoge expresamente la flexibilidad horaria que defiende el actor.

Respecto al hecho probado cuarto, se propone el texto alternativo siguiente:



" Conforme consta en la carta de despido la empresa demandada contrata un detective privado para realizar un seguimiento del horario del trabajador a través de la geolocalización del automóvil de empresa que tiene asignado, seguimiento que se efectúa entre los días 22/6 y 11/7, realizando el detective el informe que obra a los folios 108-147 que se da por reproducido. Tal seguimiento dio como resultado que el trabajador salía ordinariamente de su domicilio sobre las 9 horas de la mañana con el vehículo y regresaba de las visitas sobre las 17 horas de la tarde, a excepción de un único día que no realizó desplazamiento (9-7-12) y otro (22/6/12) que participó en un curso organizado por la empleadora que duró todo el día (25/6/12) que el actor se encontraba en Barcelona y regresó a Valladolid a las 15,15 horas. Lo ocurrido los días 22/6 y 25/6 demuestran una anomalía del localizador puesto que el actor no movió el vehículo de la empresa.

El volumen de ventas acumuladas del actor, según los datos aportados por la propia empresa y que obran al folio 107, durante el periodo de enero a junio de 2012 han descendido en 17.139,80 euros de una cifra de ventas acumulada de 169.023,30 , si bien aquella cifra mejoró a 9702,13 en la misma comparativa acumulada a julio/2012, y señalando que comparativamente los últimos meses de mayo, junio y julio/2012 -el despido se produce el 27/7/12- el volumen de ventas fue mucho mayor (28.214,00, 41.436,90 y 20.809,80, respectivamente) que en el mismo periodo de referencia del año anterior, dado que en los meses correlativos mayo/junio/julio de 2011 (20.042,71 , 19.702,55 y 13.372,13 , respectivamente). En cualquier caso, a junio de 2012 el actor está en los objetivos anuales pactados para el año 2012 (ventas por importe de 169.833,10 para un objetivo anual de 325.000,00 anuales). Asimismo, los recibos salariales del año 2011 y 2012 acreditan una continuidad en las comisiones, sin que exista descenso en las comisiones abonadas al actor. Asimismo, el kilometraje de su vehículo de empresa presenta un recorrido de 53.813 km a fecha 19/7/12, lo que acredita una media anual muy alta de visitas, en el año y tres meses transcurridos desde que le fue entregado dicho vehículo (11-3-2011). "

Se apoya esta segunda modificación en la prueba consistente en Informe del detective contratado por la empresa, obrante a los folios 108 a 147; en el documento obrante al folio 203 (billete de avión Barcelona-Valladolid); documental obrante al folio 107, consistente en relación comparativa de ventas aportada por la empresa; a los folios 28 y 195, consistente en los objetivos 2012; folios 30 a 50 y 152 a 190, consistente en nóminas del actor 2011 y 2012, y folios 198-199 (entrega de vehículo de empresa y kilometraje).

Pretende el recurrente que del relato fáctico desaparezcan conclusiones a las que ha llegado la Juzgadora en relación a los hechos imputados en la carta de despido, como son la desviación del teléfono móvil del trabajo al suyo particular, así como que acudiera a la visita de un cliente en bañador y chanclas de piscina, y en su lugar se incluyan datos sobre el volumen de ventas del actor, que, además de referirse la Juzgadora a ello en el ordinal impugnado, dado el contenido de la carta de despido y de los hechos imputados en la misma, no tiene especial relevancia para la modificación del sentido del fallo, como luego se verá. En definitiva, esta modificación debe ser igualmente rechazada.

TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se denuncia por la parte recurrente la infracción de lo establecido en los artículos 54.1 y 55.1 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 54.2, d) y e), del propio Estatuto de los Trabajadores y con el artículo 36, apartados 23 , 25 y 30, del Convenio Colectivo de Comercio en General de la provincia de Valladolid.

Defiende el recurrente que las conclusiones que él obtiene tras la celebración del juicio son distintas a las de la Juzgadora. Defiende que no ha existido el incumplimiento que se le imputa ni en la gravedad que se califica por la empresa para justificar su despido. En esencia, su oposición se centra en los siguientes razonamientos: a) no existe horario definido sino que este es libre y flexible; b) el horario de trabajo no se agota con las salidas y visitas a clientes, pues debe realizar tareas administrativas que desarrolla en su domicilio; c) en todo caso cumple el horario de 40 horas semanales; d) niega que los seguimientos de los detectives constituyan prueba alguna, ya que detecta algunos errores cometidos en el informe; e) no ha existido bajo rendimiento, pues ha realizado un número importante de kilómetros con el vehículo de empresa, ha habido continuidad en las comisiones, incluso con más producción en el año 2012 que en el 2011, y cumple con los objetivos anuales a junio de 2012.

A dichas alegaciones se opone la recurrida, admitiendo que, aunque la flexibilidad a que se refiere el trabajador es en parte cierta, en cuanto podía fijar las visitas a realizar a los clientes, él era condecorador de que su jornada era de 9 a 14 horas y de 16 a 19 horas, esto es, mañana y tarde, pues se le había sancionado con anterioridad por no concertar visitas a clientes por las tardes; que las labores administrativas no pueden ocuparle todas las tardes de la semana, pues es esencialmente vendedor; niega los errores en el informe del detective privado; aclara que no se le ha despedido por no alcanzar el umbral de ventas mínimo sino por el incumplimiento contractual de sus obligaciones; que el bajo rendimiento lo mantiene la empresa en base a la falta de visitas a clientes por las tarde. En definitiva, solicita la desestimación del recurso.



El recurso va a ser desestimado, por las razones que a continuación se pasan a exponer. La empresa sanciona al actor con su despido esencialmente por no haber concertado visitas con clientes las tardes de verano, cuestión esta por la que ya había sido sancionado con anterioridad y que no recurrió, por lo que era consciente de que, aunque tuviera flexibilidad en su jornada, esta no llegaba hasta el punto de que en verano no se realizaran visitas a clientes; además, la empresa detecta que el trabajador, para impedir ser localizado por la empresa en las tardes de verano, desviaba el teléfono de la empresa al suyo propio, al saber, tras la sanción anteriormente impuesta por hechos semejantes, que este tenía un servicio de geolocalización. Esto significa que el trabajador intentaba sustraer a la empresa el derecho de control del horario realizado por sus trabajadores para seguir realizando un horario reprobado por la empresa. Esto denota una actuación de mala fe y un incumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones, por el que ya había sido sancionado, esto es, conocía expresamente que las tardes de verano debía trabajar igual que el resto del año. No consta que el actor, si entendía que conforme al contrato de trabajo no debía trabajar las tardes estivales, recurriera el horario que le exigía la empresa ni que recurriera aquella sanción anterior impuesta por su incumplimiento. A esto debemos unir que el día 9 de julio de 2012 no realizó ninguna visita y que el día 25 de junio de 2012 el trabajador se encontraba en Barcelona sin que conste relación con su trabajo, que el 19 de julio pretendiera realizar una visita a un cliente en bañador y en chanclas de piscina. Por todo lo dicho, las alegaciones efectuadas por el trabajador sobre el hecho de que había alcanzado los objetivos o si las ventas eran unas u otras no tienen trascendencia a efectos de modificar el sentido del fallo que el mismo le confiere pues, como dice la recurrida, el rendimiento de haber trabajado en jornada completa sería lógicamente superior a la obtenida y en ese sentido es la disminución del rendimiento que se le imputa. No obstante, el mero incumplimiento de un horario por el que ya había sido sancionado anteriormente sería suficiente para concluir, como lo hace la Juzgadora, que en este caso se da una trasgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza en el desempeño de su puesto de trabajo, calificable de falta muy grave y merecedora del despido comunicado por la empresa demandada.

En consecuencia, no habiéndose producido las infracciones fácticas y jurídicas denunciadas, debe desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia de instancia.

Por lo expuesto y

EN NO MBRE DEL REY,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación formulado por DON Jacobo contra la sentencia dictada en fecha 20 de noviembre de 2012 por el Juzgado de lo Social N.º 3 de VALLADOLID (Autos 981/12), en virtud de demanda promovida por el recurrente frente a la empresa MOZO GRAU SL, sobre DESPIDO, debiendo confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600.00 euros** en la cuenta num. 2031 0000 66 453 13 abierta a **no mbre** de la Sección 2 de la Sala de lo Social de éste Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.C de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- En la misma fecha leída y publicada la anterior sentencia, por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy Fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ