



Roj: **STSJ AS 3032/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:3032**

Id Cendoj: **33044340012017102196**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2017**

Nº de Recurso: **1908/2017**

Nº de Resolución: **2191/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 02191/2017**

**T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**NIG:** 33044 44 4 2017 0001602

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0001908 /2017**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 258/2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** Pablo Jesús

**ABOGADO/A:** JOSÉ CUÉ ALONSO

**RECURRIDO/S D/ña:** MANUEL OREJAS SA

**ABOGADO/A:** JOSE IGNACIO RODRIGUEZ-VIJANDE ALONSO

Sentencia nº 2191/2017

En OVIEDO, a tres de octubre de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el Tribunal de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, formado por los Ilmos. Sres. D. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. MARÍA VIDAU ARGÜELLES y D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**



En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN **1908/2017**, formalizado por el Letrado D. José Cué Alonso, en nombre y representación de D. Pablo Jesús , contra la sentencia número 279/2017 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de OVIEDO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 258/2017, seguido a instancia del citado recurrente frente a la empresa MANUEL OREJAS SA, representada por el Letrado D. José Rodríguez-Vijande Alonso, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- D. Pablo Jesús presentó demanda contra la empresa MANUEL OREJAS SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 279/2017, de fecha once de mayo de dos mil diecisiete .

**SEGUNDO.**- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

**1º.**- Pablo Jesús , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada el día 20 de octubre del año 2008, ostentando la categoría profesional de vendedor junior, teniendo asignada la ruta que comprende occidente interior, Avilés hasta Luarca y todas la costa de Lugo. Es de aplicación a la relación laboral el Convenio colectivo de empresa y, en lo no previsto en él, el Convenio colectivo nacional de mayoristas e importadores de productos industriales y de droguería.

**2º.**- Conforme a sus nóminas percibió las siguientes cantidades:

- Febrero de 2016: Salario base: 832,59 euros; prorrata pagas extras: 208,14 euros; comisiones: 475,43 euros; gastos de manutención: 150 euros. Total 1.666,16 euros.

- Marzo de 2016: Salario base: 832,59 euros; prorrata pagas extras: 208,14 euros; comisiones: 219,52 euros; gastos de manutención: 180 euros. Total 1.440,25 euros.

- Abril de 2016: Salario base: 853,40 euros; prorrata pagas extras: 213,36 euros; comisiones: 233,09 euros; gastos de manutención: 200 euros. Total 1.499,85 euros.

- Mayo de 2016: Salario base: 853,40 euros; prorrata pagas extras: 213,36 euros; gastos de manutención: 200 euros. Total 1.266,76 euros.

- Junio de 2016: Salario base: 853,40 euros; prorrata pagas extras: 213,36 euros; gastos de manutención: 210 euros. Total 1.276,76 euros.

- Julio de 2016: Salario base: 853,40 euros; prorrata pagas extras: 213,36 euros; comisiones: 758,99 euros; gastos de manutención: 180 euros. Total 2.005,75 euros.

- Agosto de 2016: Salario base: 853,40 euros; prorrata pagas extras: 213,36 euros; gastos de manutención: 200 euros. Total 1.266,76 euros.

- Septiembre de 2016: Salario base: 853,40 euros; prorrata pagas extras: 213,36 euros; comisiones: 360,99 euros; gastos de manutención: 180 euros. Total 1.607,75 euros.

- Octubre de 2016: Salario base: 853,40 euros; prorrata pagas extras: 213,36 euros; comisiones: 336,18 euros; gastos de manutención: 200 euros. Total 1.602,94 euros.

- Noviembre de 2016: Salario base: 853,40 euros; prorrata pagas extras: 213,36 euros; gastos de manutención: 200 euros. Total 1.266,76 euros.

- Diciembre de 2016: Salario base: 853,40 euros; prorrata pagas extras: 213,36 euros; gastos de manutención: 190 euros. Total 1.256,76 euros.

- Enero de 2017: Salario base: 853,40 euros; prorrata pagas extras: 213,36 euros; gastos de manutención: 160 euros. Total 1.226,76 euros.

- Febrero de 2017: Salario base: 853,40 euros; prorrata pagas extras: 213,36 euros; gastos de manutención: 160 euros. Total 1.226,76 euros.

- Marzo de 2017: Salario base: 85,34 euros; prorrata pagas extras: 21,33 euros; vacaciones: 38,97 euros. Total 1.45,64 euros.

Percibe un salario bruto diario, a efectos indemnizatorios, de 41,60 euros.



3º.- El día 31 de agosto de 2015 la empresa le remite el documento denominado "Cláusula confidencialidad y competencia desleal", copia de la misma obra unida al ramo de prueba de ambas partes, dándose su contenido por íntegramente reproducido. En la misma se recoge, entre otros extremos, que la empresa adopta medidas de control y vigilancia para verificar el cumplimiento por parte de los trabajadores de las obligaciones y deberes laborales. Y que para mantener un adecuado control de sus actividades y administrar de manera adecuada las rutas comerciales que deberán gestionarse, así como el control horario, gestión de los dispositivos y desarrollo de objetivos acordados, se hará entrega a los trabajadores de una Tablet con funciones de teléfono móvil incorporadas, para uso exclusivamente laboral, que dispondrán de tres sistemas de gestión OPTIMIZA, MERAKI CISCO y TEAMVIEWER para control remoto por medio de los cuales se controlará el servicio de venta a distancia y se supervisará el equipo comercial de la empresa. Se hacía constar, igualmente, que al sistema Optimiza se había incorporado además de una plataforma base que servía para la gestión óptima de la cartera de clientes, un módulo GPS, que tenía como finalidad controlar las visitas de los trabajadores y no permite la geolocalización del dispositivo de manera ininterrumpida, por lo que se crea una marca cartográfica en el momento que el trabajador realiza alguna acción. Durante la jornada laboral ese dispositivo debería mantenerse en perfecta operatividad y funcionamiento, siendo responsabilidad del trabajador mantenerlo en tales condiciones, como una función más asignada a su puesto. En el aparatado relativo a los incumplimientos se hacía constar "El incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del presente, podrá dar lugar al ejercicio de acciones por parte de la entidad y a la reclamación de la responsabilidad que pudiera corresponder al trabajador. En concreto, podrá dar lugar a acciones de carácter disciplinarias y otras de índole laboral, incluyéndose el despido disciplinario, reclamación de daños y perjuicios o acciones de carácter penal. Se incluyen expresamente aquellas acciones derivadas de actos de competencia desleal".

4º.- El día 13 de noviembre de 2015 se había entregado al actor comunicación del siguiente tenor literal "La Dirección de esta empresa ha podido observar y comprobar la comisión reiterada y sistemática por usted de conductas totalmente contrarias a los más elementales deberes laborales y que se resumen en dos:

En primer lugar la que supone un incumplimiento reiterado y sistemático de su jornada laboral, siendo habitual que a partir del medio día no desempeña actividad laboral de ningún tipo no cumpliendo con ello la jornada establecida para su puesto de 8 horas en horario de comercio y todo ello con un número de visitas ínfimo en muchos de los casos.

En segundo lugar la que implica un grave fraude, deslealtad y abuso de derecho, al pasar dietas por comidas en lugares distintos de la geografía asturiana cuando a la hora de hacerlas se encontraba en su domicilio habitual.

Solo a título de ejemplo, pues los casos son numerosísimos, podemos señalar:

- El 7 de agosto de 2015 realiza una primera visita y un primer pedido a las 10,39 horas. Durante el resto de la jornada se limita a realizar otra única visita y a cursar un pedido desde su domicilio en Tellego a las 14,22 horas. A pesar de todo ello pasa dieta por comida.
- El 13 de agosto de 2015 únicamente realiza siete visitas. La primera a las 8,50. El pedido correspondiente a su última visita lo realiza desde su domicilio a las 13,45. Pasa dieta diciendo haber comido en Tineo.
- El 9 de septiembre de 2015 efectúa 10 visitas. La primera a las 9,11. El pedido correspondiente a la última lo efectúa desde su domicilio a las 13,19 horas. Pasa dieta diciendo haber comido en Tiver (Ribadeo).
- El 10 de septiembre de 2015, 5 visitas. La primera a las 8,57. El pedido de la última, lo vuelve a hacer desde su domicilio y vuelve a pasar dietas por comida diciendo haberlo hecho en Tineo.
- El 17 de septiembre de 2015, 6 visitas. La primera a las 9,22 y última a las 10,32.
- El 24 de septiembre de 2015, 13 visitas. La primera a las 8,34. El pedido de la última también lo hace desde su domicilio a las 13,45, pasando dieta por comida en Oviedo.

De conformidad con el artículo 5 en su apartado a) del Estatuto de los trabajadores es deber básico del trabajador en su relación contractual, cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia, realizando el trabajo convenido ( artículo 20.1 ET ), estando calificados los incumplimientos antes descritos como faltas laborales de carácter muy grave por el artículo 73, capítulo X, régimen disciplinario del Convenio colectivo nacional de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería y en consecuencia sancionables hasta con el despido.

No obstante y por esta vez, la Dirección de la empresa ha tomado la decisión de no sancionarle, y si advertirle, en la confianza de que corrija su conducta y hechos como los expuestos no vuelvan a repetirse, pero con la expresa advertencia, que, de volver a ocurrir, esta dirección adoptará, con el máximo rigor, las medidas sancionadoras que al respecto prevé la legislación vigente y todo ello sin perjuicio de exigirle la devolución inmediata de todas las cantidades indebidamente cobradas en concepto de dietas".



Hasta ese momento el abono de las dietas se realizaba tras cumplimentar el trabajador un listado haciendo constar el día y ruta colocando una cruz en el apartado de dieta. Como consecuencia de ello se consideró que había percibido indebidamente 68 dietas, que importaban 680 euros, que fueron descontadas de las comisiones que tenía pendientes de percibir de los meses de septiembre y octubre de 2015 en la nómina del mes de noviembre de 2015. A partir de ese momento, en lugar de cubrir ese documento, se abona la dieta por cada día trabajado salvo que el trabajador remita un correo a la empresa diciendo que comió en su domicilio o que ese día no trabajó por algún motivo. El demandante remitió un correo el día 4 de noviembre de 2016 señalando que ese viernes comió en su casa, otro correo el día 23 de diciembre diciendo que ese día lo cogía de vacaciones y tres correos en el mes de enero de 2017, el día 5 señalando que cogía ese día de vacaciones, el 13 diciendo que había comido en su casa y el 20 de enero que cogía ese día de vacaciones.

**5º.-** El importe de las ventas realizadas por el actor ascendió a las siguientes cantidades:

- Durante el año 2015: 29.708,76 euros en enero por 148 ventas, 23.333,55 euros en febrero por 127 ventas, 46.694,63 euros en julio por 188 ventas, 39.637,67 euros en agosto por 155 ventas, 36.397,40 euros en septiembre por 160 ventas, 39.285,43 euros en octubre por 174 ventas, 37.010,68 euros en noviembre por 154 ventas y 36.736,94 euros en diciembre por 147 ventas.

- Durante el año 2016: 31.695,15 euros en enero por 152 ventas, 29.268,70 euros en febrero por 139 ventas, 36.650,22 euros en octubre por 167 ventas, 34.264,49 euros en noviembre por 169 ventas, 27.339,66 euros en diciembre por 136 ventas.

- Durante el año 2017: 23.998,11 euros en enero por 123 ventas y 23.093,50 euros en febrero por 123 ventas.

**6º.-** Consta incorporado al ramo de prueba de la empresa demandada el informe de actividad del demandante desde el día 1 de octubre de 2016 al 28 de febrero de 2017 obtenidos a través del programa Optimiza, los mapas de geoposicionamiento de los días 6, 7, 13, 21 y 24 de octubre, 2, 8, 10, 17,22, y 29 de noviembre, 7, 12, 15, 20, y 21 de diciembre de 2016, 9, 16, 18, 24 y 31 de enero, 2, 6, 7, 8, 9, 14 y 16 de febrero de 2017 y un informe técnico elaborado por Simón que realiza un análisis de los datos de la aplicación Optimiza correspondiente al actor en el período anteriormente referido, dándose su contenido por íntegramente reproducido. Del mismo se desprenden los siguientes datos:

- El día 6 de octubre realizó cinco visitas entre las 9,03 y las 12,24 horas en las localidades de Salas y San Esteban de Pravia y dos pedidos desde Ribera de Arriba a las 14,24 y a las 17,25 horas.

- El día 7 de octubre realizó a las 12,28 horas una visita a un cliente en Salas y a las 12,46 horas, desde la misma localidad de Salas un pedido para un cliente de Cancienes.

- El 13 de octubre realizó 6 acciones entre las 9,50 y las 12,56 horas en relación a clientes de Tineo, San Martín de Teverga, Pola de Allande, Tineo, Cornellana y Belmonte, encontrándose posicionado entre las 9,50 y las 10,30 en Pola de Allande, a las 11,43 en Bedures y a las 12,56 Longoria y dos pedidos desde Ribera de Arriba a las 19,14 y a las 19,33 horas.

- El 21 de octubre realizó a las 9,12 y 9,21 dos consultas desde La Morgal, a las 10,52 otras consulta desconociéndose el lugar, una visita a un cliente en Oviedo a las 11,18 horas y 7 pedidos desde Ribera de Arriba entre las 12,20 y las 13,52 horas.

- El 24 de octubre realizó una consulta a las 9,28 desconociéndose el lugar y visitas a cinco clientes entre las 10,41 y las 13,13 horas en Tineo y Pola de Allande.

- El 2 de noviembre realizó cuatro acciones desconociéndose localización y cuatro visitas a clientes entre las 9,37 y las 10,57 horas en Cadavedo y Luarca, siendo la última acción a las 12,09 horas.

- El 8 de noviembre realizó seis visitas entre las 9,28 y las 12,21 en San Martín de Teverga y Proaza, tres acciones entre las 9,09 y las 13,15 horas desconociéndose localización y dos pedidos desde Ribera de Arriba a las 14,18 y 14,20 y desde Olloniego a las 17,11 horas.

- El 10 de noviembre realizó tres visitas entre las 9,20 y las 10,59 en Pravia y Muros de Nalón, dentro del mismo período de tiempo dos pedidos correspondientes a clientes de Soto del Barco y San Juan de la Arena y un pedido desde Ribera de Arriba a las 19,25 horas.

- El 17 de noviembre realizó seis visitas entre las 9,47 y las 13,12 horas en Villayón, Mezana, Villayón, Novellana, Ballota y Lugones, dentro del mismo horario tres pedidos correspondiente a clientes de Oviedo y un pedido desde Ribera de Arriba a las 17,10 horas.

- El 22 de noviembre realizó 10 visitas entre las 9,10 y las 11,54 en San Martín de Teverga, Proaza y Grado y dentro del mismo horario dos pedidos correspondientes a clientes de Proaza y Grado, realizando, además a



- las 11,20 horas un pedido desde Proaza correspondiente a un cliente de Oviedo y a las 13,02 desde Grado un pedido correspondiente a un cliente de Ribadeo.
- El 29 de noviembre realizó 10 acciones entre las 9 y las 12,50 horas, correspondientes a clientes de Soto del Barco, Cadavedo, Luarca, Piedras Blancas, Avilés, La Espina y Belén (Luarca), encontrándose el actor posicionado en cuatro de ellas, entre las 9,14 y las 11,32 en Muros de Nalón, Cadavedo y Luarca, realizando un pedido desde Ribera de Arriba a las 18,35 horas.
  - El 7 de diciembre realizó acciones en relación con 7 clientes de Ribadeo, Muros de Nalón, Granda, Siero, Luarca, Cancienes y Piedras Blancas, encontrándose el actor posicionado a las 8,42 en su domicilio, a las 11,10 en Muros de Nalón hasta las 11,59 y a las 12,29 en El Montico, realizando dos pedidos desde Ribera de Arriba a las 20,01 y a las 22,24 horas.
  - El 12 de diciembre realizó acciones en relación con 8 clientes de Avilés, Corvera, Salinas, Piedras Blancas y Teverga, encontrándose el actor posicionado a las 8,56 horas en Avilés hasta las 10,29, en Salinas a las 10,56 y en Piedras Blancas a las 11,15 horas. Realizó dos pedidos desde Ribera de Arriba a las 16,22, a las 16,28 y a las 17,14 otro desconociéndose posición.
  - El 15 de diciembre realizó entre las 9,16 y las 12,42 acciones relativas a cinco clientes de San Juan de la Arena, Salas, Grandas de Salime y Oviedo, encontrándose el actor posicionado en Salas a las 10,43 y en Oviedo a partir de las 12,42. Realizó un pedido desde Lugar de Abajo a las 17,45 horas.
  - El 20 de diciembre realizó entre las 9,15 y las 13,27 horas acciones en relación con diez clientes de San Martín de Teverga, Teverga, Proaza, Oviedo, Grado y Tineo, encontrándose el actor posicionado en San Martín de Teverga entre las 9,15 y las 10,45 horas, en Proaza entre las 12,12 y las 12,25 y en Grado a las 13,27 horas. Realizó dos pedidos desde Ribera de Arriba a las 19,07 y a las 19,20 horas.
  - El 21 de diciembre realizó entre las 10,10 y las 12,51 acciones en relación con seis clientes de Avilés, Salas, Muros del Nalón y Luarca, encontrándose posicionado el actor a las 10,10 en Pravia, a las 10,36 en Cornellana, a las 11,15 en Salas, a las 11,50 en Cornellana y entre las 12,46 y las 12,51 en Muros del Nalón. Realizó un pedido desde Ribera de Arriba a las 19,41 horas.
  - El 9 de enero realizó, entre las 8,54 y las 13,39, acciones en relación con quince clientes de Avilés. Corvera, Las Vegas, Canciones, Santa Eulalia de Oscos, Oviedo, Piedras Blancas, Trevias, La Espina y Tineo, encontrándose el actor posicionado a las 8,54 en Avilés, a las 9,43 y 10,09 en Corvera, entre las 10,25 y las 11,23 en Avilés, entre las 12,09 y las 12,14 en Piedras Blancas, entre las 13,01 y 13,04 en Trevias y entre las 13,28 y las 13,39 en Cadavedo.
  - El 16 de enero realizó, entre las 9,09 y las 12,20, visitas a nueve clientes de Cangas de Narcea y Tineo y un pedido desde Ribera de Arriba a las 18,23 horas.
  - El 18 de enero realizó, entre las 9,38 y las 11,40, acciones en relación a cuatro clientes de Ribadeo, Granda, Pravia y Belén (Luarca), encontrándose posicionado a las 9,58, 10,25 y 10,46 en Ribadeo y a las 11,40 en Barcia. Realizó dos pedidos desde su domicilio a las 18,23 y 18,24 y otro desde Ribera de Arriba a las 20,39 horas.
  - El 24 de enero realizó, entre las 9,24 y las 13,29 ocho acciones en relación a ocho clientes de Trevias, Cadavedo, Luarca, Piedras Blancas y Tineo, encontrándose posicionado el actor a las 9,39 en Trevias, a las 10,06 en Cadavedo, entre las 10,32 y las 11,18 en Luarca, a las 12,30 en Lamuño.
  - El 31 de enero realizó, entre las 9,08 y las 12,43, acciones en relación a doce clientes de Cangas del Narcea, San Martín de Teverga, Teverga, Avilés, proaza, Oviedo y Grado, encontrándose posicionado el actor entre las 9,08 y las 10,58 en San Martín de Teverga, entre las 11,18 y las 11,45 en Proaza y a las 12,43 en Grado.
  - El 2 de febrero realizó, entre las 7,54 y las 11,43 siete acciones en relación a nueve clientes de Tineo, Ribadeo, Avilés, Navelgas y Tineo, encontrándose entre las 7,54 y las 7,57 en su domicilio, entre las 9,35 y las 11,11 en Navelgas y entre las 11,28 y las 11,43 en Obona (Tineo).
  - El 6 de febrero realizó, entre las 9 y las 11,45, diez acciones en relación con clientes de Avilés, Corvera, Ribadeo, Tineo, Salinas y Piedras Blancas, encontrándose posicionado a las 9 en Avilés, a las 9,36 en Corvera, entre las 10,15 y las 10,28 en Avilés, entre las 10,54 y las 11,10 en Salinas y entre las 11,18 y las 11,45 en Piedras Blancas. Realizó dos pedidos desde su domicilio a las 17,58 y a las 19,10 horas.
  - El 7 de febrero, entre las 9,15 y las 13,37 acciones en relación a ocho clientes de Trevias, Cadavedo, Luarca, Soto del Barco, San Juan de la Arena y la Espina, encontrándose posicionado entre las 9,15 y las 9,25 en Trevias, a las 9,45 en Cadavedo, entre las 10,24 y las 10,39 en Luarca, a las 12,06 en San Juan de la Arena y a las 13,37 en Siero.



- El 8 de febrero, entre las 9,26 y las 12,20, realizó ocho acciones en relación a clientes de Oviedo, Salas, La Espina, Soto de Luiña, Cornellana, Belmonte y Oviedo, encontrándose posicionado el actor a las 9,26 en La Espina, a las 9,30 en Salas, entre las 10,22 y las 10,53 en Cornellana y entre las 11,48 y las 12,20 en Oviedo.
- El 9 de febrero realizó, entre las 10,14 y las 12,58 visita a tres clientes de Muros del Nalón, Belmonte y Colloto.
- El 14 de febrero realizó entre las 9,18 y las 12,21 nueve acciones en relación a clientes de San Martín de Teverga, Teverga, Proaza, Oviedo y Grado, encontrándose el actor posicionado entre las 9,18 y las 10,19 horas, en San Martín de Teverga y entre las 10,46 y las 11,24 en Proaza. A las 21,31 horas realizó un pedido desde Ribera de Arriba.
- El 16 de febrero realizó, entre las 9,16 y las 19,26, acciones en relación a cuatro clientes de Boal, Belmonte, La Espina y Cangas del Narcea, encontrándose posicionado el actor a las 9,16 en Ribera de Arriba, a las 9,19 en su domicilio, a las 10,14 en Ribera de Arriba y a las 19,26 en Parque Principado.

7º.- El día 3 de marzo de 2017 la empresa le entrega comunicación del siguiente tenor literal "Muy Sr. Nuestro:

Por la presente ponemos en su conocimiento que, con esta fecha, la dirección de la empresa ha tomado la decisión de proceder a su despido disciplinario, con efectos al día de hoy 3 de marzo de 2017 y en virtud de la facultad que le concede el artículo 54.1 del Estatuto de los trabajadores .

Tras advertir la empresa que su rendimiento mensual comenzaba a descender de manera alarmante, con una disminución del 7% en octubre y noviembre de 2016 respecto de los mismos meses de 2015, del 26% en diciembre de 2016 respecto de diciembre de 2015 y del 24% en enero de 2017 se procedió a efectuar una comprobación de su actividad laboral, resultado:

En primer lugar un incumplimiento reiterado y sistemático de su jornada laboral, siendo habitual que a partir de las 13,30 horas ya no realice visita alguna y apenas desempeñe actividad laboral de ningún tipo a pesar de no haber iniciado nunca su jornada antes de las 8,40 horas, y todo ello con un número de visitas y pedidos ínfimo.

En segundo lugar un grave fraude, deslealtad y abuso de derecho, al pasar dietas por comidas cuando a la hora de hacerlas se encontraba en su domicilio habitual.

Solo a título de ejemplo, pues los casos son numerosísimos, podemos señalar, por toda actividad que realiza:

En octubre de 2016:

- El día 6, sólo realiza 5 visitas, la primera a las 9,03 horas y la última a las 12,24. No realiza más visitas durante el resto de la jornada durante la que se limita a realizar dos pedidos desde su domicilio en Tellego, uno a las 14,24 y otro a las 17,35. A pesar de todo ello, pasa dieta por comida.
- El día 7, hace una única visita a las 12,28 horas y dos pedidos, uno a las 12,28 y otro a las 12,48. También pasa dietas por comida.
- El día 13, efectúa seis visitas. La primera a las 9,50 y la última a las 12,56. También pasa dieta por comida.
- El día 21, hace una única visita a las 11,8. Realiza 7 pedidos, el último a las 13,52 desde su domicilio. Pasa dieta de comida.
- El día 24, 5 visitas ente las 10,41 y las 13,134, hora en la que realiza el último pedido. Pasa dieta por comida.

En noviembre de 2016:

- El día 2, 4 visitas, la primera a las 9,37 y la última a las 10,57. Realiza 6 pedidos el último a las 12,09. Pasa dieta por comida.
- El día 8, 6 visitas la primera a las 9,28 y la última a las 12,21. Hace pedidos desde su domicilio entre las 14,18 y las 17,11, pasa dieta por comida.
- El día 10, 3 visitas y 5 pedidos ente las 9,20 y las 10,59. No realiza más actividad hasta un último pedido que realiza desde su domicilio a las 19,25. Pasa dieta por comida.
- El día 17, 6 visitas y 7 pedidos entre las 9,47 y las 13,12. A las 17,10 horas hace un último pedido desde su domicilio. Pasa dieta por comida.
- El día 22, 10 visitas entre las 9,10 y las 12,10. Pasa dieta de comida.
- El día 29, 10 visitas entre las 9 y las 12,50. Un pedido a las 18,35 horas desde su domicilio. Pasa dieta por comida.

En diciembre de 2016:



- El día 7, 7 visitas y 4 pedidos entre las 8,42 y las 12,29. Pasa dieta por comida.
- El día 12, 8 visitas y 6 pedidos entre las 8,56 y las 13,30. Desde su domicilio, 3 pedidos entre las 16,22 y las 17,14. Pasa dieta.
- El día 15, 5 visitas y 5 pedidos entre 9,16 y 12,42 con 5 pedidos. Desde su domicilio y a las 17,45 un último pedido. Pasa dieta.
- El día 20, 10 visitas entre 9,15 y 13,27, con 210 pedidos. 2 pedidos a las 19,07 y 19,20 desde su domicilio. Pasa dieta.
- El día 21, 6 visitas y 3 pedidos entre 10,10 y 12,51. A las 19,41 hace un pedido desde su domicilio. Pasa dieta.

En enero de 2017:

- El día 9, 15 visitas, 11 pedidos y un cobro entre las 8,54 y 13,39. Pasa dieta por comida.
- El día 16, 9 visitas y 8 pedidos entre las 9,09 y 12,20. Un pedido a las 18,27 desde su domicilio. Pasa dieta por comida.
- El día 18, 4 visitas y 3 pedidos entre las 9,58 y 11,40. Desde su domicilio otros tres pedidos entre las 18,23 y 20,39. Pasa dieta por comida.
- El día 24, 8 visitas con 6 pedidos entre las 9,24 y 13,29. Pasa dieta por comida.
- El día 31, 12 visitas y 10 pedidos entre las 9,08 y las 12,43. Pasa dieta por comida.

En febrero de 2017:

- El día 2, 6 visitas y 7 pedidos entre las 9,35 y las 11,43. Pasa dieta por comida.
- El día 6, 10 visitas y 9 pedidos entre las 9 y las 11,45. Entre las 17,58 y 19,10 desde su domicilio realiza otros dos pedidos. Pasa dieta por comida.
- El día 7, 7 visitas y 6 pedidos entre las 9,15 y 12,06. Pasa dieta por comida.
- El día 8, 8 visitas entre las 9,26 y 12,20, con 7 pedidos. Pasa dieta por comida.
- El día 9, 3 visitas y e pedidos entre las 10,14 y 12,58. Pasa dieta por comida.
- El día 15, 9 visitas y 9 pedidos entre las 9,18 y 12,21. A las 21,31 hace un pedido desde su domicilio. Pasa dieta por comida.
- El día 16, no hizo ninguna visita. Su única actividad fue la realización de 3 pedidos, 2 entre las 9,16 y 10,14 y un tercero a las 19,26. Pasa dieta por comida.

Los referidos hechos son constitutivos de integrar los incumplimientos graves y culpables tipificados como causa de despido en las letras a), d) y e) del Estatuto de los trabajadores y su conducta adquiere especial gravedad teniendo en cuenta la advertencia que se le cursó en noviembre de 2015 por hechos análogos y en los que, ahora, reincide.

En su virtud la dirección de la empresa ha tomado la decisión de sancionarle con despido disciplinario, sin perjuicio de reservarnos la acción para exigirle la devolución de todas las cantidades indebidamente cobradas en concepto de dietas.

Lo que se comunica a los efectos oportunos en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento habiéndole saber que contra la presente decisión podrá formular demanda ante el Juzgado de lo Social en el plazo de veinte días contados desde la fecha de efectividad del despido".

**8º.-** El actor no es ni ha sido representante de los trabajadores.

**9º.-** Se celebró acto de conciliación el día 3 de abril del año dos mil diecisiete terminando con el resultado de sin avenencia.

**TERCERO.-** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por D. Pablo Jesús contra la empresa Manuel Orejas SA absolviendo al demandado de todas las pretensiones de la demanda.

**CUARTO.-** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Pablo Jesús formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO.-** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 7 de julio de 2017.



**SEXTO.-** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 22 de septiembre de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La Sentencia del Juzgado de lo social núm. 1 de Oviedo de 11 de mayo de dos mil diecisiete desestimó la demanda formulada por el actor declarando la procedencia del despido acordado por la empresa demandada y, frente a dicha resolución, interpone recurso de Suplicación el demandante, desde la perspectiva que autoriza el Art. 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, interesando en definitiva que, previa la revocación de la resolución de instancia, se declare el despido del actor como improcedente con todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

**Segundo.-** En sede de censura jurídica denuncia el letrado recurrente la infracción, por aplicación indebida o interpretación errónea, del Art. 54.2.e) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por R.D.-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como de la jurisprudencia que lo aplica e interpreta.

Razona el letrado recurrente que yerra el juzgador al valorar los medios probatorios por cuanto de los datos objetivos obrantes en autos no se desprende la supuesta disminución del rendimiento. Sostiene que los niveles de facturación del trabajador se mantienen en una horquilla constante entre los 23.000 y los 39.000 euros a lo largo de los años, sin perjuicio de que existan mensualidades con una facturación superior. En todo caso un análisis pormenorizado de los datos fácticos pone de manifiesto que en el último trimestre del año 2016 el actor realizó más operaciones que en el año anterior y que el mes de febrero de 2017 no es de los meses puestos en entredicho en la carta de despido, y aún así la disminución fue insignificante.

El presupuesto básico del despido disciplinario es la existencia de un incumplimiento contractual; ahora bien a estos efectos, no todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es causa de despido, sino que la resolución unilateral del contrato sólo puede operar como reacción a un incumplimiento cualificado. Es un principio básico del derecho disciplinario que las sanciones deben guardar la debida proporcionalidad con los incumplimientos a que responden, de suerte que, siendo el despido la máxima sanción disciplinaria es justo que se reserve para aquellos incumplimientos que por su intensidad o intencionalidad resulten menos tolerables o incompatibles con la subsistencia del vínculo laboral o, como se deduce del artículo 54.1 del E.T., que se trate de un incumplimiento contractual grave y culpable.

Se trata de dos conceptos distintos, pues mientras la gravedad hace referencia a la índole o importancia de la obligación laboral quebrantada y al grado en que el trabajador la ha quebrantado -y por ello se construye sobre elementos de índole fundamentalmente objetiva- la culpabilidad se asienta en el reproche que atendidas las circunstancias del caso afectan subjetivamente al trabajador. La concurrencia de ambos requisitos resulta imprescindible para que el despido merezca el calificativo de procedente y para su apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en la conducta, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, valorando en particular las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la conducta atribuida al trabajador se dan o no esa gravedad y culpabilidad que exige el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, según constante doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, mantenida en sentencias de 26 de enero y 27 de febrero de 1987 y 22 de febrero y 18 de julio y 31 de octubre de 1988.

Esta conjunción de elementos subjetivos y objetivos del incumplimiento y demás elementos circunstanciales al mismo es lo que la doctrina y los tribunales denominan la teoría gradualista, y exige que el enjuiciamiento de los incumplimientos laborales deba abordarse analizando, tanto a efectos exculpatorios como agravatorios las circunstancias del caso concreto, ponderando de forma particularizada todos los aspectos concurrentes, de tal manera que hechos idénticos pueden ser tratados de forma distinta según las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en el mismo ( SSTS de 17 de noviembre de 1988, y 30 de enero de 1989 ); pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de ellas, lo que recuerdan las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000, y 10 de noviembre de 1998, cuando advierten que "las infracciones que tipifica el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, para erigirse en causa que justifique la sanción de despido han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficientes, lo que excluye su aplicación bajo nuevos criterios objetivos, exigiéndose análisis individualizados de cada conducta, tomando en consideración





las circunstancias que configuran el hecho, así como los de su autor, ya que solo desde esta perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, insistiéndose en que se exige la prueba plena de una acción u omisión del trabajador que sea culpable y tipificada por la normativa laboral, requisitos para cuya apreciación han de ponderarse de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo ( SSTS de 17 de noviembre de 1988 ; 24 de septiembre de 1990 ; 16 de mayo de 1991 ; STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2006, rec. 917/2005 )".

En suma, es necesario que quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido, por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, y en su caso, imponerse otras sanciones distintas de la del despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido - sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero y 22 de mayo de 1986 , y 26 de enero de 1987 -. Doctrina actualmente recogida en el Art. 108.1 de la L.R.J.S ., a cuyo tenor "en caso de improcedencia del despido por no apreciarse que los hechos acreditados hubieran revestido gravedad suficiente, pero constituyeran infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes, el juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, de no haber prescrito la de menor gravedad antes de la imposición empresarial de la sanción de despido; sanción que el empresario podrá imponer en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa readmisión del trabajador y siempre que ésta se haya efectuado en debida forma. La decisión empresarial será revisable a instancia del trabajador, en el plazo, igualmente de caducidad, de los veinte días siguientes a su notificación, a través de incidente de ejecución de la sentencia de despido, conforme al art. 238".

En concreto y por lo que se refiere a la disminución del rendimiento, la jurisprudencia ( SSTS de 16 de febrero de 1987 , 25 de enero y 20 de junio de 1988 , entre otras) pone de relieve la necesidad de que existan datos fiables que acrediten que el rendimiento exigido, y que no se alcanza, es normal, lo que requiere, aparte la voluntariedad y gravedad objetiva del incumplimiento y de su continuidad, que éste sea voluntario y su realidad pueda apreciarse a través de un elemento de comparación que opere dentro de condiciones homogéneas, bien con respecto a un nivel de productividad, previamente delimitado por las partes, o en función del que haya de considerarse debido dentro de un cumplimiento diligente de la prestación de trabajo, conforme al Art. 20.2 del ET , y cuya determinación remita a parámetros que, siempre dentro de la necesaria relación de homogeneidad, puedan vincularse al rendimiento del mismo trabajador o de otros compañeros de trabajo. De la llamada tesis objetiva se hace eco la STS de 17 de mayo de 1991 cuando habla de la necesidad de comparar el rendimiento del trabajador con el rendimiento medio de otros trabajadores que realicen las mismas funciones; mientras que al criterio subjetivo, que atiende al rendimiento anterior del propio trabajador, se refiere la STS de 21 de febrero de 1990 ; por último, la STS de 23 de marzo de 1990 , alude al imprescindible elemento comparativo mediante el contraste del rendimiento alcanzado por el trabajador despedido en el periodo considerado "con el de otros trabajadores en semejante posición en la empresa, o con el del propio trabajador en otros momentos de la prestación de servicios".

En otras palabras, compete al empresario acreditar que en la disminución del rendimiento del trabajador se dan las notas de gravedad y voluntariedad exigibles, así como la existencia del parámetro comparativo que sirva de referencia para sostener que se ha de producir la disminución del rendimiento, de forma que no procede el despido si el período de comparación es muy limitado, o bien, faltan los datos que puedan servir de elementos comparativos.

En el supuesto considerado la carta de despido imputa al trabajador una disminución del rendimiento a partir del último trimestre del año 2016, cifrado en una disminución del volumen de ventas de un 7% durante los meses de octubre y noviembre, de un 26% en el mes de diciembre, todo ello en comparación con idénticos meses del año 2015, y de un 24% en el mes de enero de 2017 en comparación ahora con idéntico mes del año anterior, detallando seguidamente el número de visitas realizadas durante los expresados meses.

La magistrada de instancia avala la viabilidad de la causa disciplinaria extintiva, ponderando los niveles de ventas, no solo durante los 4 meses invocados en la carta de despido sino también el mes de febrero de 2017, considerando que se aprecia una disminución muy significativa en el volumen de aquellas, cifradas en 98.254 euros en el último trimestre de 2015 frente a los 113.033 euros para el mismo periodo de 2015, y lo propio cabe decir de los 2 primeros meses del año 2017, en relación con los meses de enero y febrero de los años 2015 y 2016, con valores, respectivamente de 47.091, 53.042 y 60.963 euros para cada una de las anualidades mencionadas.

Sucede, sin embargo, que, como la propia juzgadora a quo pone de relieve, el actor, con la categoría profesional de vendedor junior, durante el último trimestre del año 2016 realizó un número de pedidos superior al efectuado durante el trimestre equivalente de 2015 tomado como referencial para fundamentar el despido (763 pedidos



en 2016 frente a 750 pedidos en el último trimestre de 2015), apreciando, por el contrario, una disminución en los dos meses siguientes; consideración esta última que no puede compartir la Sala puesto que las imputaciones realizadas en la comunicación escrita del despido se limitan al mes de enero de 2017.

Excluido del cómputo el mes de febrero de 2017 por la razón expresada, la valoración que los datos expuestos no acredita, visto el parámetro comparativo empleado por la demandada, la disminución del rendimiento voluntaria y grave imputada en la carta de despido, pues ni concurren las necesarias notas de reiteración y continuidad en la conducta ( STS de 7 julio 1983 ), ya que solo habría existido una esporádica o coyuntural bajada de pedidos en el mes de enero de 2017, ni se constata a través del elemento de comparación tomado en consideración una efectiva disminución del rendimiento en términos de pedidos tramitados, lo que obliga a estimar este primer motivo del recurso.

**Tercero.-** Se denuncia a continuación la infracción, por indebida aplicación, del Art. 54.2.a) del ET que califica como falta muy grave "las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo".

En la carta de despido se imputo al trabajador "un incumplimiento reiterado y sistemático de su jornada laboral, siendo habitual que a partir de las 13,30 horas ya no realice visita alguna y apenas desempeñe actividad laboral de ningún tipo a pesar de no haber iniciado nunca su jornada antes de las 8,40 horas, y todo ello con un número de visitas y pedidos ínfimo".

La juzgadora a quo considera acreditada la imputación realizada en la carta de despido, pues del informe elaborado por la empresa MOBENTIS sobre la geolocalización del actor se desprende que su actividad comercial durante el periodo considerado -octubre de 2016 a febrero de 2017- la desempeñó fundamentalmente en jornada de mañana y solo ocasionalmente realizó algún tipo de actividad desde su domicilio por la tarde. Es cierto, como señala el recurrente, que la propia juzgadora a quo advierte que "(el actor) no tiene una jornada establecida pues atendiendo a sus funciones de vendedor, no acude a ningún centro de trabajo a la hora de entrada y salida, pero sí que conforme al convenio colectivo de empresa, la jornada de los vendedores se realiza en horario comercial, horario que se desarrolla, salvo los sábados, en jornada de mañana y tarde", para a continuación considerar acreditado que el resto de los vendedores desarrollan una jornada diaria de 8 horas.

La primordial obligación del trabajador es la de la diligencia en el trabajo, la de colaborar en la buena marcha de la producción o en la prosperidad de la empresa, deber al que se falta claramente con faltas de puntualidad, que suponen un serio trastorno en la vida de la empresa, por lo que es lógico que se sancionen con rigor, hasta el extremo de llegar a la ruptura del vínculo laboral ( STS 07/03/80 ). Además, las faltas de asistencia al trabajo -como las de puntualidad- no operan como causa de despido objetiva y automáticamente, sino que han de ser analizadas en su realidad, en el momento en que se han producido y con los efectos que causan ( SSTS 18/10/87 y 31/10/88 ); debiendo ponerse en relación con la peculiaridad de la función profesional desarrollada y con el mayor o menor margen de libertad de actuación reconocida en el desenvolvimiento de la misma ( STS 27/03/90 ).

Conforme al art. 34.1 del ET "la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual", esto es, dentro del límite máximo legal, la determinación de la jornada corresponde fijarla a los convenios colectivos o contratos de trabajo.

En el supuesto considerado el Art. 8 del convenio colectivo de la empresa (BOPA de 16/6/2003) determina que "las condiciones de cada vendedor se pactarán entre vendedor y empresa en cada momento, respetándose como mínimos los salarios garantizados durante la vigencia del convenio", precisando en su anexo I, en relación con el horario de los vendedores, que será el horario del comercio.

El Art. 22.2 de la Ley 9/2010, de 17 de diciembre, de comercio interior del Principado de Asturias, después de establecer que los establecimientos comerciales ubicados en el territorio del Principado de Asturias podrán permanecer abiertos al público durante el conjunto de días laborables de la semana hasta un máximo de noventa horas, señala que "El horario de apertura y cierre será determinado libremente por cada comerciante, respetando siempre el límite máximo semanal establecido en el apartado anterior". Es decir, se produce una intervención de la Administración Autonómica para limitar la libertad individual a la hora de fijar la jornada máxima de apertura al público de estos establecimientos (90 horas semanales), pero a continuación se deja plena autonomía a sus titulares para fijar los horarios de apertura y cierre al público de los mismos.

En fin el Art. 73.a) del Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería y perfumería (BOE 6/8/2015), aplicable al supuesto de autos ante el silencio del convenio de empresa sobre la materia, califica como falta muy grave, susceptible de ser sancionada con la extinción del



contrato de trabajo, "más de diez faltas no justificadas de puntualidad, superior a cinco minutos cometidas en un período de seis meses o veinte durante un año".

En el presente caso, nada se dice en el convenio colectivo sobre la jornada de trabajo de los vendedores, y tampoco se constata acreditada cuál fue la jornada de trabajo pactada entre empresa y trabajador en su contrato de trabajo; por otra parte, conforme se acaba de ver, fuera de la jornada máxima legal de 90 horas de apertura al público, tampoco existe un horario de comercio, sino que cada dueño del negocio es libre de abrirlo y cerrarlo conforme tenga por conveniente.

Ahora bien, no cabe olvidar que el actor fue amonestado por su empresa el día 13 de noviembre de 2015 ante el incumplimiento reiterado y sistemático de su jornada laboral establecida en 8 horas en horario de comercio, y frente a dicha decisión empresarial, el actor se aquietó, no formulando ninguna reclamación, circunstancia que unida al hecho de que el resto de los vendedores de la plantilla venían desarrollando una jornada diaria de 8 horas de trabajo en régimen de jornada partida de mañana y tarde, autoriza a concluir con la Magistrada a quo que tal era el horario y jornada del trabajador, pues se trata de un juicio con un valor racional evidente, que no ha sido invalidado, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

En efecto, la parte recurrente no cuestiona el relato fáctico de la resolución impugnada y tampoco ha cuestionado ni en la instancia ni en sede de recurso de suplicación la licitud de la prueba de geolocalización utilizada por la empresa para llevar a cabo el registro y seguimiento de su actividad laboral, y, en consecuencia, habrá que estar a los datos que se recogen en el sexto de los ordinales, del que resulta que el actor prestó servicios en jornada de mañana y tarde durante 17 días de los 28 días considerados: los días 6 y 13 de octubre, 8, 10, 17 y 29 de noviembre, 7, 12, 15, 20 y 21 de diciembre de 2016; 16 y 18 de enero y el 6, el 8, el 14 y el 16 de febrero de 2017; en otras palabras, según la versión judicial de los hechos durante los otros 11 días el actor abandonó su trabajo en torno a las 13 horas, sin realizar jornada de tarde, lo que comporta un incumplimiento del horario de trabajo pactado, y esta falta de puntualidad dada la reiteración con la que se produce dentro del periodo de 5 meses considerado integra el supuesto del Art. 73.a) del Convenio colectivo de mayoristas e importadores citado, sin que la parte recurrente aporte otra justificación que no sea la afirmación de que en el trabajo del actor lo que importan son las ventas, cuando fue precisamente el descenso del nivel de las ventas experimentado en la cartera de pedidos del actor la causa que motivó la apertura de la investigación que culminó en la extinción del contrato examinada, lo que entraña que la sanción impuesta resulte codigna y proporcional a la infracción cometida.

Es actualmente pacífico que la presencia del trabajador durante una parte de la jornada, ausentándose solamente durante otra parte de la misma (sea al principio, al final o en su tramo medio) no constituye una falta de asistencia, sino una falta de puntualidad, por cuanto solamente supone un incumplimiento del horario. De esta manera no constituye falta de asistencia, sino de puntualidad, la conducta de un trabajador con jornada partida que un día acude a trabajar por la mañana, pero no por la tarde. En el supuesto considerado una vez acreditadas las faltas de puntualidad, sin que las mismas se puedan considerar como aisladas o esporádicas, mediando un requerimiento de la empresa para que no persistiese en esa actitud y habiendo sido ya objeto de sanciones previas por llevar a cabo la misma conducta, implica la comisión de un incumplimiento de la suficiente gravedad y culpabilidad como para justificar la adopción de la sanción de máxima gravedad en el ámbito laboral.

**Cuarto.-** El artículo 54.2.d) del ET , cuya infracción se denuncia en el último motivo del recurso, califica asimismo como infracción muy grave "la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo".

Antes del análisis del motivo se ha de insistir que no ha sido cuestionada en esta alzada la idoneidad y la proporcionalidad del medio de prueba -un sistema de geolocalización que permite un continuo y permanente seguimiento del trabajador instalado en la tablet entregada por la empresa para la gestión de pedidos y control de los asalariados durante su uso-, empleado por la empresa para acreditar los incumplimientos imputados al trabajador.

La transgresión de la buena fe contractual es una causa compleja y de amplios contornos en la que se pueden incluir conductas muy variadas que entrañan incumplimientos de aquel deber contractual, deber que en el caso del contrato de trabajo viene impuesto en los Arts. 5.a ) y 20 del ET en conexión con otros deberes laborales; en todo caso, para el precepto que ampara la sanción litigiosa se trata de corregir conductas graves, trascendentes y dolosas.

Señala en este sentido la STS/I 15-junio-2009 (rec. 2660/2004 ) que "La buena fe es un criterio objetivo, constituido por una serie de pautas coherentes con el comportamiento en las relaciones humanas y negociales, que en materia contractual no solo funciona como un canon hermenéutico de la voluntad reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, que actúa



por vía dispositiva, a falta de pacto y abstracción hecha de la intención o de la voluntad de las partes, de tal forma que estas consecuencias que complementan el contrato hayan su fundamento vinculante no solo en el mismo, en sus indicaciones explícitas o implícitas, sino en la norma o principio general de la buena fe", advierte la STS de 19 de julio de 2010 (rec. 2643/2009) que determinación de los presupuestos del "incumplimiento grave y culpable del trabajador" fundado en la "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo", como motivo de despido disciplinario, comporta:

A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual;

B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe;

C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados;

D) Igualmente carece de trascendencia y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo;

E) Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas;

F) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la "gravedad" con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado".

Los hechos imputados al trabajador y que resultaron acreditados en la resolución de instancia ponen de manifiesto que venía liquidando medias dietas por realizar la comida fuera de casa, cuando a dicha hora se encontraba en su domicilio; se declara concretamente que tal circunstancia tuvo lugar los días 7, 21 y 24 de octubre, 2, y 22 de noviembre de 2016 y los días 9, 24 y 31 de enero y el 2, el 7 y el 9 de febrero de 2017, entre otras fechas.

Consta acreditado asimismo que el actor ya había sido amonestado previamente por venir llevando a cabo esta práctica fraudulenta de liquidar dietas por comidas realizadas en distintos lugares de la geografía asturiana, cuando a dicha hora se encontraba en su domicilio habitual, en concreto en noviembre de 2015 se le habían descontado 680 euros por 68 dietas percibidas que no se correspondían con comidas efectuadas fuera de su domicilio.



De lo anterior, cabe concluir que el demandante ha transgredido la buena fe contractual al no dar exacto cumplimiento a sus obligaciones al liquidar y percibir en tiempo oportuno unas indemnizaciones en compensación de unos gastos que no habían sido realizados como consecuencia de su actividad laboral, al efectuar sus desplazamientos y visitas durante los días expresados en horario matutino, no teniendo necesidad de hacer la comida de mediodía fuera de su domicilio, por lo que dichas liquidaciones de gastos durante esos días no responden a la realidad. Tales incumplimientos resultan ser graves y culpables y de especial trascendencia, habida cuenta de que el trabajador realiza su actividad bajo unos criterios de autonomía, flexibilidad y amparados en la confianza, debido a la naturaleza del mismo. Por ello, debe estimarse que la sanción del despido disciplinario es adecuada a la entidad de los incumplimientos contractuales que han quedado acreditados en el proceso, debiendo desestimarse este tercer motivo del recurso.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la dirección letrada de D. Pablo Jesús contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo de fecha 11 de mayo de 2017, dictada en los autos núm. 258/2017, resolviendo la demanda sobre Despido instada contra la empresa "MANUEL OREJAS S.A.", y, en consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos.

### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

### *Depósito para recurrir*

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

**Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

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