



Roj: **STSJ M 2154/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:2154**

Id Cendoj: **28079340022023100215**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **01/03/2023**

Nº de Recurso: **1242/2022**

Nº de Resolución: **218/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG: 28.079.00.4-2021/0130786

Procedimiento Recurso de Suplicación 1242/2022

M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 43 de Madrid Despidos / Ceses en general 1318/2021

Materia: Despido

Sentencia número: 218/2023

Ilmos/a. Srs./a.

DON FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

DOÑA M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

DON RAFAEL A. LÓPEZ PARADA

En Madrid, a 1 de marzo de 2023, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Segunda de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/la Ilmos/a. Srs/a. citados/a, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número 1242/2022 formalizado por el letrado DON ALAIN SIMÓN SOTÉS, en nombre y representación de AVIZOR, S.A., contra la sentencia número 267/2022 de fecha 14 de julio, dictada por el Juzgado de lo Social nº 43 de los de Madrid, en sus autos número 1318/2021, seguidos a instancia de DON Rodrigo frente a la recurrente, por despido, siendo magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. M. Virginia García Alarcón y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- El demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 6 de abril de 2011, con categoría profesional Grupo V como Comercial y con un salario mensual de 5.466,28 € brutos más 227,86 € de retribución en especie.

El centro de trabajo es el de Avenida de la Innovación nº 2 de Leganés (Madrid).

- Hecho no controvertido -

SEGUNDO.- El demandante, que es Comercial, tiene un horario de 9:30 a 17:30 horas, con flexibilidad de entrada y salida, estando en la actualidad realizando la modalidad de teletrabajo. El trabajador lleva a cabo su trabajo en horario distinto al establecido por la empresa, trabajando antes y después de dicho horario, en fines de semana y festivos, así como en vacaciones.

- De los documentos nº 3, 4 y 7 del ramo de prueba de la parte demandante -

TERCERO.- El demandante es Key Account Manager y sus funciones son las siguientes:

- Definir junto con la Dirección y ejecutar la política comercial del negocio de Grandes Cuentas de Óptica en España y Portugal

- Captación y desarrollo de nuevos clientes

- Negociación y firma de plantilla con las Grandes Cuentas de óptica

- Encontrar y desarrollar nuevas oportunidades de negocio

- Proponer estrategias comerciales tanto de sell in y sell out

- Gestión de las cuentas de resultado por cada cliente vía Mejora de Mix Producto/Nuevos productos y control de precio

- Analizar estadísticas y resultados para detectar posibles desviaciones y poder corregirlas aplicando las medidas necesarias

- Gestionar el presupuesto bajo su responsabilidad alcanzando los objetivos definidos por la compañía. Realizar puntuales supervisiones en el mercado cadenas.

- Conseguir los objetivos comerciales asignados, tanto en el ámbito cuantitativo como cualitativo

El demandante reporta directamente al Director de Ventas y al Director General, teniendo autonomía en la forma de trabajo y organización.

- Documento nº 8 del ramo de prueba de la parte demandada y de la testifical del Director de Recursos Humanos -

CUARTO.- En el año 2021, el trabajador ha conseguido el 100% de los objetivos fijados respecto de su puesto de trabajo.

- De los documentos nº 6 y 8 del ramo de prueba de la parte demandante -

QUINTO.- En fecha 26 de noviembre de 2021, la empresa le entrega carta de despido disciplinario por las razones que constan en la misma y que se dan por reproducidas.

- De la documental de ambas partes -

SEXTO.- El Convenio Colectivo de aplicación es el de Industrias Químicas.

SÉPTIMO.- El demandante es representante de los trabajadores siendo miembro del comité de empresa.

OCTAVO.- El trabajador presentó papeleta de conciliación en fecha 24 de diciembre de 2021 sin que se haya celebrado la misma.

- Hechos no controvertidos -"



TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Que ESTIMO la demanda de DESPIDO interpuesta por D. Rodrigo frente a AVIZOR, S.A. condenando a la empresa demandada a pasar por la declaración de DESPIDO IMPROCEDENTE con efectos de fecha 26 de noviembre de 2021 debiendo optar EL PROPIO TRABAJADOR en el plazo de cinco días por su readmisión con abono de los salarios de tramitación en la cantidad de 187,20 € día o por la indemnización en la cantidad correspondiente a 45 días por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades hasta 2012 y de 33 días por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades en la cantidad de 68.470,08 €."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada, formalizándolo posteriormente, y siendo impugnado de contrario por el letrado DON ALEJANDRO SERRANO SANGRADOR, en nombre y representación del demandante.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 3 de noviembre de 2022, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 1 de marzo de 2023 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.- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa la recurrente la introducción de los siguientes hechos como probados:

"Conforme al procedimiento de trabajo a distancia instaurado en la empresa, el ejercicio del teletrabajo debe realizarse desde el domicilio habitual del empleado o, si ello es debidamente justificado y autorizado por la dirección, desde la segunda residencia del mismo.

Además, se establece que el trabajo se compromete a estar disponible en su domicilio durante, al menos, el mismo horario laboral existente en la oficina."

"Según el registro de jornada del trabajador, estuvo prestando servicios los siguientes días:

Día 14 de septiembre, entre las 9:24 horas y las 14:07 horas y entre las 15:32 horas y las 19:29 horas.

Día 15 de septiembre de 2021, entre las 8:13 horas y las 14:27 horas.

Día 22 de septiembre, entre las 8:19 horas y las 14:34 horas y entre las 15:40 horas a las 19:37 horas.

Día 23 de septiembre, entre las 7:50 horas y las 15:10 horas y entre las 15:55 horas y las 18:32 horas.

Día 28 de septiembre, entre las 11:48 horas y las 13:57 horas y entre las 15:47 horas y las 19:40 horas.

Día 29 de septiembre, entre las 07:53 horas y las 14:26 horas y entre las 15:38 horas y las 19:02 horas.

1 de octubre de 2021, entre las 7:58 y las 16:17 horas.

27 de octubre, entre las 09:34 horas y las 13:57 horas y entre las 15:37 horas y las 18:26 horas.

28 de octubre de 2021, refleja que está durante cuatro horas (entre las 11:04 y las 15:24 horas) visitando a cliente.

29 de octubre de 2021, entre las 08:13 horas a las 15:30 horas."

"Según la agenda del trabajador, realizó las siguientes visitas presenciales:

El día 22 de septiembre, visitaba al cliente Ópticas 2000.

El día 23 de septiembre, visitaba al cliente Visión Lab.

El día 23 de septiembre, visitaba al cliente Alain Afflelou.

Las reuniones agendadas no llegaron a producirse".

Asimismo, pretende la revisión del hecho probado cuarto, en la siguiente forma:

"En el Año 2021, el trabajador ha conseguido el 66,5% de los objetivos fijados respecto de su puesto de trabajo".

Sobre la base del documento 19 de su ramo de prueba.

Y para el hecho probado segundo, propone la siguiente redacción:



"El demandante, que es Comercial, tiene un horario de 9:30 horas a 17:30 horas, pudiéndose adelantar la hora de entrada de lunes a jueves desde las 8:00 y retrasándola hasta las 9:15, cumpliendo siempre la duración completa de la jornada, es decir, pudiendo salir desde las 17:30 hasta las 18:45. Los viernes el horario de entrada podrá ser, desde las 8:50 hasta las 9:15; siendo el horario de salida de 14:00 a 14:25 h, estando en la actualidad realizando la modalidad de teletrabajo. El trabajador lleva a cabo su trabajo en horarios distintos al establecido por la empresa, trabajando antes y después de dicho horario, en fines de semana y festivos, así como en vacaciones."

SEGUNDO.- No tiene en cuenta la recurrente que la revisión de los hechos probados solamente puede fundarse en la prueba documental o pericial obrante en autos, no contradicha por otros medios de prueba, e identificada de forma precisa por el recurrente, que revele de modo inmediato y evidente un error del órgano judicial, sin necesidad de deducciones, conjeturas o interpretaciones de la parte recurrente, debiéndose formular la redacción del hecho probado tal como solicita que se recoja, como reitera constantemente la jurisprudencia y la doctrina de suplicación, pues el proceso laboral se basa en la instancia única y el recurso de suplicación es un recurso extraordinario, de motivos tasados, en el que no es posible el enjuiciamiento pleno del litigio y la nueva valoración del material probatorio como si de una segunda instancia se tratara.

En resumen, las exigencias son las siguientes:

- a) El recurrente debe expresar si pretende la modificación, supresión o adición de hechos. En los dos primeros casos, debe señalar concretamente qué apartado o apartados de la relación fáctica de la sentencia, quiere revisar, y en todos los casos debe manifestar en qué consiste el error, y ofrecer la redacción que se estime pertinente
- b) El recurrente debe citar con precisión el documento o pericia, obrante en autos, en que se funde su alegación de error, no siendo admisible la remisión genérica a la prueba documental, ni menos la cita de otras pruebas de distinta naturaleza (interrogatorio de las partes, declaración de testigos, etc.) ni de actuaciones procesales (acta del juicio, resoluciones, actos de comunicación, etc.). Es rechazable, por ello, la mera alegación de que no hay prueba en autos que sustente la conclusión del juzgador
- c) El error debe apreciarse directamente y de modo evidente a partir del contenido manifiesto del documento o pericia, mostrando el recurrente esa conexión inmediata, pero sin necesidad de deducciones, razonamientos, interpretaciones o conjeturas del recurrente. Por ello, no es admisible el intento de valoración conjunta de todo o gran parte del material probatorio, ni la cita de documentos o pericias ya valorados por el juzgador, o contradichos por otras pruebas, pues ello implicaría la sustitución del criterio valorativo del órgano judicial por el del recurrente
- d) El error debe resultar decisivo en relación con el signo del fallo, debiendo la parte razonar la influencia de la alegada equivocación judicial en el resultado decisorio del litigio
- e) No es admisible el intento de introducir en la relación fáctica conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, ni cualquier valoración jurídica, respecto de los hechos, que en este tipo de motivos es por completo inoperante

Las anteriores reglas derivan de los artículos 193 b) y 196.3 de la LRJS y se justifican en atención al carácter extraordinario del recurso de suplicación en el proceso laboral, regido por el principio de instancia única, reconociéndose al órgano judicial de instancia amplias facultades de valoración de la prueba, en atención al principio de inmediación, siendo perfectamente constitucional esta configuración legal del proceso laboral, no observándose por la recurrente, que pretende que prevalezca su criterio sobre el de la juzgadora a quo que es quien tiene la facultad de valorar objetivamente la prueba valorada en su conjunto, no evidenciándose, de los documentos a los que se remite, error alguno en dicha valoración y siendo irrelevantes los datos relativos al procedimiento de trabajo a distancia de la empresa y el registro de jornada, habida cuenta de que consta acreditado que el actor tenía autonomía en la forma de trabajo y organización, así como que lo llevaba a cabo en horario distinto al establecido por la empresa, trabajando incluso en fines de semana, festivos y vacaciones, lo que no se cuestiona. Tampoco puede admitirse el hecho negativo que se pretende respecto de las reuniones agendadas, lo que por otra parte sería irrelevante sin constar que la omisión fuera imputable al actor.

En corolario la revisión fáctica se rechaza.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción del artículo 55.4, en relación con el 54.2.d), ambos del Estatuto de los Trabajadores, y del 65.4 del convenio colectivo general de la Industria química, alegando que han quedado acreditados los hechos contenidos en el informe elaborado por el detective, que la juzgadora de instancia considera no justificativos del despido, lo que no comparte, porque durante el periodo de seguimiento el trabajador se dedicó a realizar, de manera habitual, actividades personales durante el tiempo en el que, según su registro de jornada, se encontraba prestando servicios, por lo que entiende que cometió una falta muy grave de deslealtad.



CUARTO.- Por el demandante se ponen de relieve los fundamentos de derecho de la resolución impugnada, y resalta que el propio detective dice en su informe que, en algunas de las ocasiones en las que se le imputa estar en actividades particulares, está en la parte posterior de su vehículo con el ordenador trabajando.

QUINTO.- La juzgadora a quo razona en su fundamentación jurídica como sigue:

"Al trabajador se le imputan una serie de hechos en la carta de despido, que en resumen, consisten en que el mismo no lleva a cabo su trabajo de forma continuada en su domicilio, y que fichando a la hora en que debe comenzar y terminar su jornada, sale en las fechas del mes de septiembre y octubre de 2021 que figuran en el informe del detective que se acompaña como documento nº 17 del ramo de prueba de la parte demandada, a llevar y recoger a su hija al colegio, va en alguna ocasión al gimnasio y/o pádel, y queda a tomar algo con una persona, entre otras actividades, entendiéndose la empresa que tales actitudes no son las que se le exigen para llevar a cabo su trabajo de forma correcta.

Tales hechos han sido expuestos ampliamente en el acto de la vista, llevándose a cabo las pruebas propuestas por las partes y admitidas por la juzgadora, llegándose a la conclusión de que los mismos no han causado perjuicio alguno a la empresa, es más, el trabajador, realiza su trabajo correctamente y así lo demuestra el hecho de que los objetivos que se le fijan los cumple al 100% (documentos nº 6 y 8 del ramo de prueba de la parte demandante).

El puesto de trabajo del actor es el de comercial, y si efectivamente, debe llevar a cabo su trabajo dentro de un horario, también y por la propia naturaleza del mismo, lo lleva fuera de dicho horario y así se prueba con la documentación aportada en el acto de la vista por la parte demandante en que se demuestra la implicación en su trabajo llevándolo a cabo, fuera del horario de éste, muchos de ellos son de las 6 o 7 de la mañana, después de éste, y en fines de semana e incluso vacaciones (documentos nº 3, 4 y 7 del ramo de prueba de la parte demandante).

Todo ello nos lleva a entender que el trabajo del demandante no es un trabajo de administrativo o teleoperador o peón que conlleve el estar en su puesto de trabajo de forma fija y sin moverse durante toda la jornada, es un trabajo dinámico que implica el estar pendiente del mismo durante todo el día y que se puede llevar a cabo perfectamente en un vehículo, como parece que ocurre, según el informe del detective o incluso tomando algo, no olvidemos que los móviles nos permiten mandar mails desde cualquier lugar y a cualquier hora.

El demandante, si bien es cierto que aprovecha horas de su trabajo en quehaceres domésticos, también lleva a cabo su trabajo de forma intachable, o al menos no se ha demostrado por parte de la empresa que haya faltado a alguna de sus citas, ya que si bien, dice que el día 28 de septiembre no acude a la reunión con la empresa AFFLELOU, no ha sido acreditado como tampoco han sido acreditados los hechos que alega respecto de su dejación de funciones, siendo esencial en este procedimiento que la empresa acredite cada uno de los hechos de la carta de despido, y la repercusión de los mismos en el resultado o producción del trabajo del demandante, no habiéndose producido tal circunstancia."

Y, conforme a estos razonamientos, hemos de convenir con la magistrada de instancia en que no ha acreditado la empleadora incumplimiento alguno por parte del trabajador, y menos aún una trasgresión de la buena fe contractual, cuando consta acreditada la plena dedicación del actor a su actividad, prescindiendo de un horario, sin duda para ceñirse al interés de los clientes, siendo relevante el hecho probado de que a tenía autonomía en la forma de trabajo y organización, lo que resulta nada menos que de la testifical del director de Recursos Humanos, de manera que, si tenía conferida tal autonomía, es evidente que podía llevar a cabo sus funciones fuera del horario que pretende ahora la empresa, máxime cuando consta su actividad en días de descanso como domingos, festivos y vacaciones.

Consecuentemente el recurso se desestima.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 1242/2022 formalizado por el letrado DON ALAIN SIMÓN SOTÉS, en nombre y representación de AVIZOR, S.A., contra la sentencia número 267/2022 de fecha 14 de julio, dictada por el Juzgado de lo Social nº 43 de los de Madrid, en sus autos número 1318/2021, seguidos a instancia de DON Rodrigo frente a la recurrente, por despido, confirmamos la resolución impugnada y condenamos a la recurrente a la pérdida del depósito y de la consignación a los que se dará el destino legal, así como al pago de los honorarios del letrado de la parte recurrida en cuantía de 500 euros más IVA.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.



Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-1242-22 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827- 0000-00-1242-22.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.