

AS 2007\3037

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad de Madrid núm. 578/2007
(Sala de lo Social, Sección 2), de 27 junio

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 2233/2007.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Virginia García Alarcón.

DESPIDO IMPROCEDENTE: falta de gravedad de las ausencias al trabajo y utilización del teléfono móvil y vehículo de la empresa para fines particulares: tolerancia empresarial; indemnización: salario regulador: salario en especie: disfrute de vehículo y de teléfono móvil: concepto no computable: consideración de medios o herramientas necesarias para el trabajo.DERECHOS FUNDAMENTALES: derecho a la intimidad: alcance y límites; vulneración del derecho: contratación de detective privado por parte de la empresa: seguimiento del trabajador en su vida privada: falta de justificación de la medida.PRUEBAS: informe de detective: valor probatorio: desestimación: vulneración de derechos fundamentales.

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm.30 de Madrid, de fecha 05-02-2007, en autos promovidos sobre despido, que queda revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Texto:

En Madrid, a veintisiete de junio de dos mil siete, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Segunda, compuesta por los Ilmos. Srs. citados

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA:

En el recurso de suplicación número 2233/07 interpuesto por DON Augusto, frente a la sentencia número 31/07, dictada por el Juzgado de lo Social número Treinta de los de Madrid, el día 5 de febrero de 2007, en los autos número 697/06, siendo ponente la Ilma. Sra. Doña M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO Según consta en autos, se presentó demanda por DON Augusto, por despido, contra ARMSTRONG DLW IBÉRICA, SA y en su día se dictó la sentencia que ahora se recurre, que en su parte dispositiva dice:

"Que desestimando en su totalidad la excepción de prescripción así como la demanda interpuesta por Augusto como parte actora contra ARMSTRONG DLW IBERICA SA declaro la procedencia del despido y extinguida la relación laboral con efectos de la fecha de producción el mismo, sin derecho a salarios de tramitación ni a indemnización alguna.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 150 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y 270 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) notifíquese la presente resolución al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social a los efectos que pudieran desprenderse de lo consignado en el Fundamento Jurídico quinto de la presente resolución en relación con los hechos probados."

SEGUNDO En dicha resolución se declaran probados los siguientes hechos:

"1.- A) La parte actora, Augusto, ha prestado servicios a la demandada, que comercializa en España los productos de su empresa matriz alemana DLW (objeto social estatutario, folio 79 documental actor), y en concreto suelo para construcción de oficinas y viviendas, y en concreto el denominado suelo técnico -suelo especial de oficinas, destinado a permitir los diversos usos y aplicaciones necesarias, así como a soportar las conducciones precisas, de coste elevado y muy superior al habitual en construcción, según se explicó con exhaustividad en el acto de juicio durante las alegaciones y la testifical por ambas partes- como delegado comercial, desde 20.1.1998, con salario anual total por todos los conceptos de 64.735,76 euros (45.179,96 euros anuales como salario fijo, distribuido en catorce pagas, más 2000 euros como aportación a plan de pensiones. incluido y prorrateado en nómina, y 8.777,90 euros percibidos en los primeros seis meses de 2006, lo que supone un total de 17.555,80 al año como salario variable o bonus de productividad concepto que se fija según objetivos anuales, en función de cifra de ventas de la zona, cifra de ventas de la filial en España, relación costes cifra de ventas, ventas de textil, según el desglose fijado en el documento de establecimiento inicial de dicho complemento, al f/31 de la documental del demandante, sin perjuicio de la actualización posterior que se ha ido produciendo en las cuantías a percibir.

B) El actor ha dispuesto, por otra parte, de un coche de empresa (contratado por leasing o arrendamiento financiero por la demandada, para su utilización nominativa por el actor, con unas cuotas de arrendamiento de 436,19 euros mensuales, más 117,35 euros mes por cuota de servicios) (doc. 31 empresa, Pág. 19 de su documental) y de un teléfono móvil facilitado por la empresa para su labor de agente de ventas (que devolvió a su cese, como la tarjeta de crédito facilitada por la empresa, doc. 9 actor, si bien sobre la trascendencia del uso de dicha tarjeta a efectos salariales no se ha suscitado controversia) e igualmente utilizaba tanto desde su domicilio como desde el centro de trabajo una tarifa plana de acceso a Internet establecida por la empresa, como se ha reconocido de contrario.

2.- A) El contrato de trabajo se formalizó por escrito -doc. 1 actor, por reproducido- concertándose ocupación exclusiva -cláusula octava -, y que en el sueldo se consideran remunerados todos los servicios propios de la unción, incluso cuando signifiquen trabajos adicionales a prestar", así como deber de confidencialidad, "el delegado se compromete a guardar secreto de todos los negocios de la sociedad" incluso tras la finalización del contrato de trabajo.

B) El contrato fue seguido de una adenda de fecha 2.11.2000, igualmente por reproducida -doc. 2 actor-, que deja en vigor expresamente los extremos no rectificados en ella -cláusula cuarta-, y en la que se establece -estipulación primera - que el lugar de prestación de servicios será el domicilio particular del actor, sin perjuicio de los desplazamientos que sean necesarios, pactándose que la empresa ha de poner a

disposición del actor un documento de control de la actividad laboral en el que conste la clase y tiempo de trabajo, si bien dicho extremo venía siendo dilatado por el actor y hubo de ser objeto de expresos requerimientos al efecto (doc. 77 y 80 empresa), que no enviaba los informes y reportes solicitados y fijados en el anexo a su contrato de trabajo al pasar a prestar trabajo a domicilio.

3.- En fecha de 20.6.2006 fue despedido el actor por la demandada de forma escrita, por reproducida no obstante el extracto que de la misma se efectúa a continuación, alegando en dicha carta que el demandante se ha venido dedicando a actividades lucrativas por cuenta propia o de terceros sin prestar trabajo para la empresa en dicho tiempo, utilizando los medios y los conocimientos adquiridos durante su prestación, lo que se materializa, siempre según la carta de despido, en los siguientes extremos:

I.- Haber constituido junto con otro socio al 50% una sociedad denominada ACCESS. FLOOR CRESPI SL. (denominada CRESPI en lo sucesivo), dedicada al mismo sector "de actividad que la mayoría de los clientes de la empresa, es decir, fabricación e instalación de suelo técnico, concediendo a la empresa citada trato de favor y en concreto, mediante compras hechas por un intermediario, REPSAL SL, así, en una gran operación de suelo para la sede del grupo Telefónica en Las Tablas, Madrid, gracias al conocimiento de datos confidenciales, pudo colocar a CRESPI en posición de ventaja al conocer los datos y mejorar así otras ofertas, de modo que CRESPI se adjudicó más de 150.000 metros cuadrados de suelo técnico.

I- Dirige y administra directamente los intereses de su sociedad, acudiendo con asiduidad a las instalaciones de ACCESS. FLOOR en Burriana 66 Madrid, en la que ha sido constatada su presencia en los días 8, 9, 13, 14, 15 de marzo, 6 abril, 8, 30 y 31 de mayo, todos de 2006, en violación del pacto de dedicación exclusiva.

III.- Los días citados, y además los días 1, 2 y 3 de febrero 2006 y el 10 de abril del mismo año constituyen ausencias injustificadas. El 3 de abril se le requirió para que visitara a un cliente en Málaga los días 5 ó 6 de abril y se negó alegando que se tenía que desplazar a El Corte Inglés de Cáceres, y sin embargo estuvo en las oficinas de CRESPI;

IV- Haber utilizado medios de trabajo facilitados por ARMSTRONG para estas actividades lucrativas ajenas a la empresa, así los desplazamientos desde su domicilio a la sede de CRESPI, y desde ésta a los restaurantes bancos y demás gestiones realizadas para la misma, han sido efectuados con el vehículo BMW SW 3171-BTK del que le ha provisto la empresa para los desplazamientos necesarios de su actividad, en los días antes señalados -más el 29 de mayo, no mencionado en la primera ocasión, menos el 2 de febrero-, haciendo constar además los consumos de combustible en las liquidaciones de gastos que ha presentado a Armstrong, así como el 10 de marzo que se desplazó a la obra de CRESPI a la obra de Telefónica en Las Tablas; también ha utilizado el móvil num. 607790390, incluyéndose en las facturas del mismo las llamadas a Italia a CRESPI SPA, de la que CRESPI se presenta como delegación en España. También ha liquidado consumiciones con la Administradora de REPSAL SL los jueves 2 y 23 de febrero de 2006 por importe de 88,30 y 72,50 Eur., respectivamente, y el 7.2.2006 por importe de 161,22 Eur.; ha liquidado gastos por invitaciones a clientes que no se corresponden con la realidad como el 1.2.2006 que supuestamente invitó a comer a Jose Francisco de la empresa cliente de Armstrong INTEC, cuando lo cierto es que invitó a

una señora con la que salió de las oficinas de CRESPI, retornando después ambos a dicha empresa tras la comida.

V- Lo anterior considera que constituye las siguientes faltas:

- a) incumplimiento de los deberes de lealtad y buena fe contractual, con abuso de la confianza depositada por la empresa;
- b) ausencias injustificadas del puesto de trabajo
- c) utilización de recursos de la empresa con fines ajenos a la misma
- d) violación del pacto de exclusividad
- e) violación del secreto profesional de confidencialidad
- f) violación del código de conducta profesional de la empresa, incurriendo en un conflicto de intereses expresamente prohibido por el mismo.

3.- Con fecha 23.1.2001 el hoy actor constituye, con otra persona, al 50% de su capital social cada uno de ellos, y designándose ambos administradores solidarios, FINUPE ESPANA SL, con un capital social de 8.414 euros, sociedad cuyo objeto es la comercialización de productos destinados a la ejecución de obras y edificaciones, entre otros fines, art. 2º de sus Estatutos (doc. 54 actor, por reproducido) y que llevaba la representación en España de los productos de la empresa portuguesa FINUPE, siendo D. Ramón quien llevaba las relaciones con la empresa principal portuguesa y la dirección de las obras y el Sr. Augusto la distribución y la agencia de tales productos en España, como expresó el testigo Sr. Jose Enrique, confirmando que en ocasiones llegaron a mejorar precios y pedidos de Armstrong asumiéndolos directamente, ratificando igualmente otro testigo, el Sr. Eusebio quien fuera empleado de CRESPI que los dos socios, Augusto y Ramón, llevaban conjuntamente la empresa, encargándose el Sr. Augusto de las obras, y el demandante la parte comercial. El 3.2.2005 el demandante comparece en su calidad de administrador solidario y otorga escritura de cambio de denominación social a ACCES FLOORS CRESPI SL y cambia su domicilio a Burriana 66 Madrid. La mención social respectiva corresponde a la sociedad cuyos productos -de suelos para construcción y en concreto suelo técnico, como la hoy demandada, según acredita la testifical practicada- comercializan por medio de esta sociedad sucesivamente, la primera de ellas FINUPE portuguesa y la segunda CRESPI italiana. La sociedad no tiene empleados, declara como actividad intermediarios comercio y en sus cuentas anuales (f/178 y ss, en la documental de la demandada) arroja beneficios derivados de la mediación mercantil, sin actividad de contratación o instalación propia el actor no comunicó en momento alguno a la empresa para la que trabajaba su participación societaria, condición de administrador, relación comercial propia y actividad personal en estas empresas, tanto la que constituye como las matrices portuguesa e italiana, como tampoco su relación con la empresa REPSAL a la que se hará mención separada más adelante.

4.- En las fechas indicadas en la carta de despido, el actor fue sometido un seguimiento por detectives (primer informe de 24.2.2006 y ampliaciones sucesivas de 3.4.06, 8.5.06, 7.6.06, todos ellos obrantes a los folios 113-170 de la documental de la demandada y

por reproducidos), tras conocerse que podía estar haciendo competencia a la empresa, comprobándose que acudía regularmente a la sede de otra empresa, de la que es administrador solidario, ACCES FLOORS CRESPI, antes FINUPE ESPAÑA (ya que en 2005 paso, de comercializar productos de un fabricante portugués FINUPE a los de CRESPI en Italia, como ratificó el testigo aportado por la demandada que en su momento estableció la relación comercial con la empresa portuguesa). La empresa CRESPI fabrica y comercializa componentes de suelos para oficinas y empresas, como la hoy demandada. El demandante ha venido participando simultáneamente por medio de esa otra empresa, CRESPI, como titular, y de la empresa demandada, ARMSTRONG, en ofertas y concursos de obras para a adjudicación de suelo técnico, entre ellos de modo más significado el citado de Las Tablas en Madrid destinado al Grupo Telefónica, conceptuado pacíficamente por ambas partes como uno de los mayores concursos de suelo técnico de oficinas celebrados hasta el momento dentro y fuera de nuestro país, en el que se adjudicaron finalmente suelo de oficinas tanto la empresa hoy demandada -por la mediación comercial del propio actor, que ofertaba en nombre de la demandada en su calidad de delegado comercial de ésta- como la empresa de la que es cotitular el demandante. Este realizó a tal efecto en la obra de referencia gestiones para obtener dicha adjudicación, tanto las obtenidas por la empresa hoy demandada, como otras, y en concreto las que menciona la carta de despido, para la adjudicación de suelo a favor de la empresa de la que es titular, obteniendo a su vez tanto para la empresa de la que es cotitular, como para la empresa en la que venía trabajando como delegado comercial, la concesión de una importante superficie y en concreto una de las mayores operaciones comerciales practicadas por la empresa -como se reconoce por ambas partes-, colocando en ambos casos productos de ARMSTRONG DLW, tanto por medio de ACCES FLOOR como de su actuación como delegado comercial de ARMSTRONG, si bien con diferente margen de beneficio, ya que es mayor el margen de beneficio del producto colocado directamente respecto de aquel que se vende a un tercero. El actor, por otra parte, por su condición de delegado, dispone de un amplio margen de libertad en la fijación de los precios de los productos que coloca (comunicación de 17.12.2005 con los precios para 2006, doc. 33 Pág. 22 de la empresa, en cuya Pág. 57 se especifica que esta lista de precios es confidencial y en ningún caso puede ser entregada a un cliente, nota 2), ya que los descuentos pueden llegar al 10%, con posibilidad de descuentos adicionales en grandes proyectos, y a clientes determinados de gran cifra de negocio se les fijan por el delegado unas condiciones especiales, facultad que el actor ha venido usando para fijar las tarifas aplicables como clientes a las propias empresas extranjeras que él representaba en España (doc. 63 empresa, f/297-298 documental empresa) y negociando, o aparentando hacerlo, con tales empresas y sus productos -que él representaba en España- en nombre de ARMSTRONG como si fuera efectivamente un representante de ésta última, y no el delegado a su vez de las citadas firmas extranjeras y facturando el resultado en consecuencia ARMSTRONG a esas otras empresas extranjeras (doc. 63-f/ 297 y ss. dda.).

5.- De acuerdo con el informe de detectives, el actor se dirige a las oficinas de ACCES FLOOR CRESPI, a las que se desplaza en el automóvil facilitado por ARMSTRONG, y permanece en ellas realizando diversas gestiones y actividades los días 1-3 febrero, 8-10 de marzo, 13-15 de marzo, 6 de abril, 29-31 de mayo, todos ellos de 2006, en cuyas fechas factura a su vez gastos de automóvil por desplazamiento, parking y lavado, gasoil y peajes, y reparaciones (gastos que incluye por todo el período mensual y el total de kilómetros realizados durante el mes, como resulta de los partes de gastos que bajo

su firma ha aportado la demandada), como si hubiera causado los respectivos conceptos al servicio de Armstrong e incluyendo notas de gastos causados en esas fechas. Así, la comida del mediodía en restaurante del 1.206 -Restaurante Asiático- que imputó a un cliente cuando en realidad comió con otra persona desconocida, con la que salió a comer y regresó después desde las oficinas de CRESPI, y del 2.206 -Rest. La Alpargatería- (DOC. 84 y ss. demandada) que no constan causados para Armstrong, o el 30 de mayo 2006 en que factura a ARMSTRONG su comida en el Restaurante Nuevo con el otro administrador de ACCES. FLOOR CRESPI, su consocio en la citada firma, y el 31 de mayo en que factura a ARMSTRONG material de oficina adquirido a las 17,14 horas de ese mismo día, inmediatamente antes de acceder a la oficina de la empresa de la que es cotitular, todo ello unido a la nota de gastos del citado mes de mayo. El día 6 de abril rehúsa desplazarse a visitar a un cliente junto con otros directivos de ARMSTRONG, alegando otros compromisos de la empresa, sin embargo ese día trabajó en ACCES FLOOR CRESPI y utiliza el coche de la empresa para desplazarse a dicha oficina, facturando ese mismo día por el carburante cargó en el coche la cantidad de 62,91 euros y que unió mediante justificante del cargo en su visa a la nota de gastos del mes (doc. 91 empresa, último de los tickets unidos al mismo). El actor dispone de teléfono de empresa, cuya última facturación es la que se aporta como doc. 95-96 por la empresa para los meses de mayo y junio 2006, y en el que consta la realización a la empresa matriz italiana de las llamadas que se relacionan en la carta de despido.

6.- La empresa REPSAL SL es una sociedad unipersonal titularidad de D. Erica que es también su administradora única, con un capital social de 3010 euros, constituida el 23.9.2004 ante Notario. La citada Erica se presenta como representante de la sociedad italiana CRESPI (doc. 213 dda.) y como tal comercial actuaba también para su agente en España CRESPI, junto con el demandante y el Sr. Ramón, como integrada en la empresa ACCES FLOOR, y también cursaba como gerente de REPSAL, que actuaba conjuntamente con la otra empresa, como ratifica el testimonio Don. Eusebio. El Sr. Augusto propone en diversas ocasiones para la misma REPSAL precios por debajo de lo autorizado y los pedidos son por ello posteriormente revocados y desautorizados por la dirección (doc. 244 y ss. empresa). El 30.10.2006 el delegado de Armstrong en Galicia formula queja a través de un acta notarial (doc. 76 empresa) sobre la actuación de esta empresa REPSAL que comercializaba en su zona los productos de Armstrong (en cuantía relativamente elevada que le factura Armstrong según las facturas aportadas) si bien dicha empresa no tiene plantilla propia, ya que usa solamente autónomos, según manifiesta su representante; mejorando las condiciones que estaban autorizados a ofertar los agentes de Armstrong. La práctica de ofrecer por ambos conductos, en representación de ARMSTRONG y por medio de las empresas ACCES FLOOR CRESPI o REPSAL, precios a los mismos clientes, en peores condiciones económicas los primeros y dando lugar a su adjudicación a los segundos en detrimento de los encargos directos a ARMSTRONG, seguida por el demandante, las relaciones entre éste, su socio y la Sra. Erica, conceptuada generalmente en el sector como empleada y comercial de los dos anteriores, el acceso a información privilegiada al contar con ese doble conducto y el malestar entre las empresas terceras y clientes de la demandada han sido igualmente confirmados por el testigo D. Federico.

7.- El código de conducta profesional de la demandada, en su apartado relativo a los conflictos de intereses -doc. 30, f/13 de la documental de la empresa- define la situación de tal conflicto, y obliga a participar a la compañía cualquier situación de esa clase, en

particular la de fungir como director, empleado o socio de una empresa competidora actual o potencial de la empresa.

8.- Se ha intentado la vía previa como se acredita con la demanda."

TERCERO Contra dicha resolución se interpone recurso de suplicación por el demandante, con intervención del Letrado DON JESÚS DOMINGO ARAGÓN, habiendo sido impugnado de contrario por la Letrada DOÑA MARÍA CUBIÁN MARTÍNEZ, en representación de la demandada. Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Social se dispuso el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO Con amparo en el apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563), denuncia la recurrente la vulneración de los artículos 72 y 105.2 de la citada Ley y 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836), por considerar que se le ha ocasionado indefensión, solicitando que se retrotraigan las actuaciones, alegando que en el acto del juicio la demandada basó su oposición a la demanda en una serie de motivos que son totalmente ajenos a los contenidos en la carta de despido o no fueron suficientemente concretados en la misma, señalando que no consta en la carta que el actor no entregara a la empresa puntualmente reportes de actividad; datos relativos a la empresa FINUPE, a la que no se menciona en dicha carta; la referencia que contiene la carta de despido respecto a la multinacional italiana CRESPI, S.P.A., imputándole exclusivamente haber tenido acceso a información confidencial para posicionar a CRESPI en el mercado delante de los clientes de la demandada, al mejorar las ofertas de los mismos, refiriéndose a la operación del grupo Telefónica en las Tablas, sin que se mencionen el tipo de información confidencial ni los clientes delante de los cuales se habría posicionado a CRESPI, ni en qué consiste la operación de Las Tablas, por lo que considera que la imputación es inconcreta y ambigua al afectar a dos empresas, la española y la italiana, dejándole indefenso, incluso a pesar de que quedó probado que la demandada consiguió la obra de Las Tablas y que fue la mejor operación en la historia de la compañía en España, dando por probado la sentencia, erróneamente que A.F. CRESPI fue adjudicataria, cuando lo fue la multinacional italiana; alude también a la inconcreción de la carta de despido; respecto del código de conducta profesional de la empresa, puso de manifiesto en el acto del juicio que lo desconocía, ocasionándole indefensión; en cuando a la prueba de detectives, la tacha de desproporcionada, constando de 57 folios de investigación durante el mes de febrero, marzo, abril, mayo y junio, vulnerándose sus derechos; se pregunta el recurrente cómo es posible que no se haya reflejado nada que le benefició de la prueba documental presentada, pese a haber sido reconocido en su totalidad de contrario, no diciéndose que era el comercial o delegado que mejores ventas obtuvo, que había cobrado todos los bonus, que era el que mejor margen comercial obtenía, que había enviado correos los días en que le imputan falta de asistencia, así como llamadas telefónicas; igualmente manifiesta que se declaró probado lo que dijeron los testos en lo que le perjudicaba pero no en lo que le beneficiaba, así todos dijeron que la única persona activa de la sociedad era su socio y administrador Sr. Ramón y ni siquiera los detectives pudieron decir que él trabajaba para esa sociedad, reconociendo también que CRESPO sociedad italiana y ARMSTRONG no eran competidoras entre sí, sino complementarias o necesarias entre sí para llegar al cliente final; no se hace alusión a la prueba de confesión de la demandada en lo que a él le beneficiaba, habiendo reconocido el extremo antes citado

respecto de la complementariedad de las multinacionales, diciendo el Juzgador a quo que no lo ha probado, cuando corresponde la prueba a la empresa. Finalmente indica que ha formulado en la correspondiente protesta a efectos de recurso de amparo.

El motivo no puede tener favorable acogida, por cuanto, es evidente que la carta de despido es la rectora del debate y que no pueden tenerse en cuenta hechos que en la misma no figuren, no siendo necesaria la nulidad de la sentencia, sino que la Sala, por imperativo de lo dispuesto en el artículo de 105.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, únicamente va a tener en cuenta esos hechos, no pudiéndose admitir a la empresa otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido.

Tampoco puede dar lugar a la nulidad que la inconcreción de la carta de despido, que no es una actuación procesal y que ha de ser valorada, pudiéndolo hacer la Sala, si así se solicita por el cauce correspondiente, en sede de recurso, lo mismo que sucede con la valoración de la prueba por el Juzgador a quo, a quien corresponde, sin perjuicio de la revisión que en esta sede se efectuará por el cauce procesal oportuno, por lo que el motivo se desestima.

SEGUNDO Con amparo en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563), interesa el recurrente la modificación del hecho probado segundo apartado B), proponiendo para el mismo la siguiente redacción:

"El contrato fue seguido de una adenda de fecha 2.11.2000, igualmente por reproducida -doc. 2 actor-, que deja en vigor expresamente los extremos no rectificadas en ella - cláusula cuarta-, y en la que se establece -estipulación primera - que el lugar de prestación de servicios será el domicilio particular del actor, sin perjuicio de los desplazamientos que sean necesarios, pactándose que la empresa ha de poner a disposición del actor un documento de control de la actividad laboral en el que conste la clase y tiempo de trabajo"

Basándose para ello en primer lugar en que se trata de hechos no imputados en la carta de despido, por lo que tenerlos en cuenta le causa indefensión y además por la indebida valoración de los documentos 77, 78, 79 y 80 del ramo de prueba de la empresa, e-mails, los dos primeros de requerimiento de los partes por la directora Sra. Vicente, el tercero otro de la misma señora dirigido a doce trabajadores entre ellos el demandante y la respuesta de éste a los dos días y el último otro email dirigido a él en el que le dice que es el único que no envía los partes semanales, siendo solamente el que no aparece como contestado, sin que pueda conocerse desde cuándo se le dice que no envía los partes, pese a lo cual se tiene como probado que "ha omitido por completo" elaborar los reportes de actividad, cuando si consta que ha enviado varios informes a la Sra. Vicente.

El motivo ha de prosperar por cuanto, ciertamente, ninguna imputación se hace al actor en la carta de despido, relativa a los partes de trabajo, por lo que ni debió de admitirse alegación alguna al respecto, ni menos aún practicarse prueba ni, por consiguiente, llevar al relato de probados hechos que no fueron objeto de dicha comunicación.

Asimismo solicita el recurrente la supresión de parte del hecho 3.II a la vista de la carta de despido en la que no se imputa que el actor acudiera el día 8 de mayo de 2006 a la sede de ACCES FLOOR, por lo que propone la siguiente redacción:

"II- Dirige y administra directamente los intereses de su sociedad, acudiendo con asiduidad a las instalaciones de ACCESS. FLOOR en Burriana 66 Madrid, en la que ha sido constatada su presencia en los días 8, 9, 13, 14, 15 de marzo, 6 abril, 30 y 31 de mayo, todos de 2006, en violación del pacto de dedicación exclusiva."

Efectivamente no figura el día 8 de mayo en la carta de despido, por lo que se admite la modificación interesada. También solicita la supresión de parte del apartado III del hecho probado 3, postulando que su tenor pase a ser el siguiente:

"III.- Los días citados, y además los días 1, 2 y 3 de febrero 2006 constituyen ausencias injustificadas. El 3 de abril se le requirió para que visitara a un cliente en Málaga los días 5 ó 6 de abril y se negó alegando que se tenía que desplazar a El Corte Inglés de Cáceres, y sin embargo estuvo en las oficinas de CRESPI"

Por no figurar el día 10 de abril en la carta de despido, lo que es cierto, por lo que se admite la modificación. Asimismo interesa que la redacción del apartado IV del mismo hecho, quede como sigue:

"IV- Haber utilizado medios de trabajo facilitados por ARMSTRONG para estas actividades lucrativas ajenas a la empresa, así los desplazamientos desde su domicilio a la sede de CRESPI, y desde ésta a los restaurantes bancos y demás gestiones realizadas para la misma, han sido efectuados con el vehículo BMW SW 3171-BTK del que le ha provisto la empresa para los desplazamientos necesarios de su actividad, haciendo constar además los consumos de combustible en las liquidaciones de gastos que ha presentado a Armstrong, así como el 10 de marzo que se desplazó a la obra de CRESPI a la obra de Telefónica en Las Tablas; también ha utilizado el móvil num. 607790390, incluyéndose en las facturas del mismo las llamadas a Italia a CRESPI SPA, de la que CRESPI se presenta como delegación en España. También ha liquidado consumiciones con la Administradora de REPSAL SL los jueves 2 y 23 de febrero de 2006 por importe de 88,30 y 72,50 Eur., respectivamente, y el 7.2.2006 por importe de 161,22 Eur.; ha liquidado gastos por invitaciones a clientes que no se corresponden con la realidad como el 1.2.2006 que supuestamente invitó a comer a Jose Francisco de la empresa cliente de Armstrong INTEC, cuando lo cierto es que invitó a una señora con la que salió de las oficinas de CRESPI, retornando después ambos a dicha empresa tras la comida."

Siendo lo cierto que la carta no se refiere al 2 de febrero ni al día 29 de mayo, pero sí a los días 1 y 3 de febrero, 8, 9, 13, 14 y 15 de marzo, 6 de abril y 29, 30 y 31 de mayo de 2006, a los que se refiere el apartado II del hecho que revisamos, por lo que no puede suprimirse la referencia a tales días, quedando el hecho como sigue:

"IV- Haber utilizado medios de trabajo facilitados por ARMSTRONG para estas actividades lucrativas ajenas a la empresa, así los desplazamientos desde su domicilio a la sede de CRESPI, y desde ésta a los restaurantes bancos y demás gestiones realizadas para la misma, han sido efectuados con el vehículo BMW SW 3171-BTK del que le ha provisto la empresa para los desplazamientos necesarios de su actividad, en los días antes señalados, haciendo constar además los consumos de combustible en las liquidaciones de gastos que ha presentado a Armstrong, así como el 10 de marzo que se desplazó a la obra de CRESPI a la obra de Telefónica en Las Tablas; también ha utilizado el móvil num. 607790390, incluyéndose en las facturas del mismo las

llamadas a Italia a CRESPI SPA, de la que CRESPI se presenta como delegación en España. También ha liquidado consumiciones con la Administradora de REPSAL SL los jueves 2 y 23 de febrero de 2006 por importe de 88,30 y 72,50 Eur., respectivamente, y el 7.2.2006 por importe de 161,22 Eur.; ha liquidado gastos por invitaciones a clientes que no se corresponden con la realidad como el 1.2.2006 que supuestamente invitó a comer a Jose Francisco de la empresa cliente de Armstrong INTEC, cuando lo cierto es que invitó a una señora con la que salió de las oficinas de CRESPI, retornando después ambos a dicha empresa tras la comida."

También solicita la supresión parcial del hecho probado sexto, para darle la siguiente redacción: "La empresa REPSAL SL es una sociedad unipersonal titularidad de D. Erica que es también su administradora única, con un capital social de 3010 euros, constituida el 23.9.2004 ante Notario. La citada Erica se presenta como representante de la sociedad italiana CRESPI (doc. 213 dda.) y como tal comercial actuaba también para su agente en España CRESPI, junto con el demandante y el Sr. Ramón, como integrada en la empresa ACCES FLOOR, y también cursaba como gerente de REPSAL, que actuaba conjuntamente con la otra empresa, como ratifica el testimonio Don. Eusebio. El 30.10.2006 el delegado de Armstrong en Galicia formula queja a través de un acta notarial (doc. 76 empresa) sobre la actuación de esta empresa REPSAL que comercializaba en su zona los productos de Armstrong (en cuantía relativamente elevada que le factura Armstrong según las facturas aportadas) si bien dicha empresa no tiene plantilla propia, ya que usa solamente autónomos, según manifiesta su representante; mejorando las condiciones que estaban autorizados a ofertar los agentes de Armstrong. La práctica de ofrecer por ambos conductos, en representación de ARMSTRONG y por medio de las empresas ACCES FLOOR CRESPI o REPSAL, precios a los mismos clientes, en peores condiciones económicas los primeros y dando lugar a su adjudicación a los segundos en detrimento de los encargos directos a ARMSTRONG, seguida por el demandante, las relaciones entre éste, su socio y la Sra. Erica, conceptuada generalmente en el sector como empleada y comercial de los dos anteriores, el acceso a información privilegiada al contar con ese doble conducto y el malestar entre las empresas terceras y clientes de la demandada han sido igualmente confirmados por el testigo D. Federico." Y subsidiariamente, con la siguiente redacción: La empresa REPSAL SL es una sociedad unipersonal titularidad de D. Erica que es también su administradora única, con un capital social de 3010 euros, constituida el 23.9.2004 ante Notario. La citada Erica se presenta como representante de la sociedad italiana CRESPI (doc. 213 dda.) y como tal comercial actuaba también para su agente en España CRESPI, junto con el demandante y el Sr. Ramón, como integrada en la empresa ACCES FLOOR, y también cursaba como gerente de REPSAL, que actuaba conjuntamente con la otra empresa, como ratifica el testimonio Don. Eusebio. El Sr. Augusto propone en alguna ocasión para la misma REPSAL, precios por debajo de lo autorizado y los pedidos son por ello posteriormente revocados y desautorizados por la dirección (doc. 244 y ss. empresa). En otras ocasiones los pedidos son aprobados por ésta. El 30.10.2006 el delegado de Armstrong en Galicia formula queja a través de un acta notarial (doc. 76 empresa) sobre la actuación de esta empresa REPSAL que comercializaba en su zona los productos de Armstrong (en cuantía relativamente elevada que le factura Armstrong según las facturas aportadas) si bien dicha empresa no tiene plantilla propia, ya que usa solamente autónomos, según manifiesta su representante; mejorando las condiciones que estaban autorizados a ofertar los agentes de Armstrong. La práctica de ofrecer por ambos conductos, en representación de ARMSTRONG y por medio de las empresas ACCES FLOOR CRESPI o REPSAL,

precios a los mismos clientes, en peores condiciones económicas los primeros y dando lugar a su adjudicación a los segundos en detrimento de los encargos directos a ARMSTRONG, seguida por el demandante, las relaciones entre éste, su socio y la Sra. Erica, conceptuada generalmente en el sector como empleada y comercial de los dos anteriores, el acceso a información privilegiada al contar con ese doble conducto y el malestar entre las empresas terceras y clientes de la demandada han sido igualmente confirmados por el testigo D. Federico." Señalando que el documento 244 a que se refiere el Juzgador a quo, es el 58 obrante a los folios 244-245 de la prueba de la empresa, siendo un email de 16 de mayo de 2005, en el que la Sra. Vicente no aprueba el precio ofrecido por el actor para un pedido de REPSAL, argumentando éste que el precio es el mismo ofrecido a otro cliente (LANCÔME) a lo que Don. Vicente contesta denegando la autorización por segunda vez, habiendo tomado el Juzgador a quo un caso aislado para sentar una regla general, cuando además consta en otros casos que se aprobaron los descuentos solicitados por debajo del mínimo para otros clientes, sin que de ello se pueda concluir que pretendiera favorecer a un cliente por encima de los demás, teniendo los comerciales unos precios mínimos, deba de los cuales necesitaban autorización; se refiere también al documento número 21 de su ramo de prueba, folios 114-116, es un correo electrónico de 7 de noviembre de 2005, en el que consta aprobado por la empresa un pedido de REPSAL; el 22, folios 117-118, es otro correo que aprueba el precio de otro pedido y el 24, folio 121, una factura de la demandada a REPSAL que acredita que es cliente de la demandada y que las operaciones habían sido autorizadas, pruebas conforme a las cuales procede la modificación subsidiariamente interesada, al ser más acorde con tal documental. Se postula por el recurrente la adición de nuevos hechos probados con el siguiente contenido: "El actor tal y como queda reflejado en la tabla contenida en el documento número 17 (folio 108) aportado por la parte actora, alcanzó la cifra total de 1.805.943 euros de facturación de ventas durante el 2005 para la empresa ARMSTRONG DLW IBÉRICA, con un margen del 54,2%." "El actor tal y como queda reflejado en la tabla contenida en el documento número 19 (folios 110 y 111) aportado por la parte actora, alcanzó la cifra total de 846.610 euros de facturación de ventas, durante los meses de enero a mayo de 2006 para la empresa ARMSTRONG DLW IBÉRICA." "La cifra total de facturación por ventas de la empresa ARMSTRONG DLW IBÉRICA durante los meses de enero a mayo de 2006 fue de 3.810.974 euros, según se deduce del documento número 20 (folios 112-113) aportado por la parte actora en el ramo de prueba documental." "El trabajador, el día 1 de febrero de 2006 permaneció en su domicilio, siendo vigilado desde las 6,00 h. hasta las 12,25 h. en que salió de su domicilio con dirección a las oficinas de A.F. CRESPI como resulta del documento número 40 (folio 117 aportado por la empresa. Además tal y como resulta del documento número 27 (folios 138-154) aportados por la parte actora, envió varios correos electrónicos ese mismo día 1 de febrero de 2006 para la empresa demandada desde su domicilio, a las 10,15 h (folio 138), a las 10,18 h (folio 141), a las 10,25 h (folio 144) a las 10,55) (folio 150), a las 10,59 (folio 151) y a las 11,11 h (folio 154). Asimismo realizó llamadas telefónicas ese mismo día 1 de febrero de 2006, tal y como resulta de la factura 28-C682-250769, aportada por la empresa en la página 5/47, a las 11,50 h, a las 1,05 h, a las 12,28 h., a las 14,19 h. a las 18,10 h. y a las 19,37 h; en la página 7/47, a las 19,01 h, a las 19,54 h, a las 20,01 h y a las 20,11 h y en la página 7/47 a las 19,04 h." "El trabajador, el día 2 de febrero de 2006 permaneció en su domicilio, siendo vigilado desde las 7,00 h. hasta las 20,00 h. sin que conste que ese día saliera para nada, como resulta del documento número 40 (folio 114 aportado por la empresa. Además tal y como resulta del documento número 28 (folios 155-167) aportados por la parte actora, envió varios correos electrónicos para la empresa

demandada desde su domicilio, a las 11,43 h (folio 155), a las 11,47 h (folio 157), a las 12,03 h (folio 159) a las 12,04 (folio 160), a las 12,10 (folio 161) a las 12,11 h (folio 163), a las 12,19 (folio 164) y a las 14, 07 (folio 167). Asimismo realizó llamadas telefónicas, tal y como resulta de la factura 28-C682-250769, aportada por la empresa en la página 5/47, a las 11,11 h, a las 11,33 h, a las 11,35 h., a las 11,37 h. a las 13,00 h. a las 13,23 h, a las 14,56 h, a las 15,04 h, a las 23,28 h y a las 23,36 h; en la página 7/47, a las 11,18 h, a las 11,59 h, a las 12,27 h a las 13,16 h, a las 14,11 h, a las 17,30 h, a las 19,06 h a las 19,44 y a las 20,33 h y en la página 7/47 a las 12,13 h y a las 19,24 h." "El trabajador, el día 3 de febrero de 2006 permaneció en su domicilio, siendo vigilado desde las 7,00 h. hasta las 11,15 h. en que salió de su domicilio con dirección a las oficinas de A.F. CRESPI, regresando al mismo a las 20,30 h como resulta del documento número 40 (folio 118 y 119) aportado por la empresa. Además tal y como resulta del documento número 29 (folios 168-174) aportados por la parte actora, envió varios correos electrónicos para la empresa demandada desde su domicilio, a las 07,18 h (folio 168), a las 07,51 h (folio 171) y a las 07,54 h (folio 173). Asimismo realizó llamadas telefónicas ese mismo día 1 de febrero de 2006, tal y como resulta de la factura 28-C682-250769, aportada por la empresa en la página 5/47, a las 10,30 h, a las 10,32 h, a las 10, 37 h., a las 10,41 h. a las 11,04 h. y a las 11,07 h; en la página 7/47, a las 10,39 h, a las 11,47 h, a las 12,23 h a las 16,37h, a las 17.11 h y a las 17,12 h y en la página 8/47 a las 18,12 h." "El trabajador, el día 8 de marzo de 2006 permaneció en su domicilio, bajo vigilancia desde las 7,00 h. a 14,30 h y de 15,06 h a 16,45 h. en que salió de su domicilio con dirección a las oficinas de A.F. CRESPI como resulta del documento número 41 (folios 127 y 128 aportado por la empresa. Además tal y como resulta del documento número 30 (folios 175-186) aportados por la parte actora, envió varios correos electrónicos para la empresa demandada desde su domicilio, a las 10,03 h (folio 175), a las 10,09 h (folio 177), a las 10,12 h (folio 178) a las 11,10 h (folio 182), a las 11,12 (folio 183), a las 12,19 (folio 184) y a las 12,21 h (folio 186). Asimismo realizó llamadas telefónicas y tal y como resulta de la factura 28-D683-038158, aportada por la empresa en la página 5/53, a las 11,11 h, a las 12,30 h, a las 13,14 h., a las 14,11 h. a las 18,43 h.; en la página 7/53, a las 12,12 h, a las 13,01 h, a las 13,15 h y a las 13,22 h y a las 17,51 h; y en la página 8/53 a las 18,07 h.; a pesar de todo lo cual se le imputa una supuesta falta de asistencia a su puesto de trabajo ese día." "El trabajador, el día 9 de marzo de 2006 permaneció en su domicilio, bajo vigilancia desde las 9,14 h. a 12,15 h y de 12,54 h a 16,46 h. en que salió de su domicilio con dirección a las oficinas de A.F. CRESPI, regresando a su domicilio a las 20,30 como resulta del documento número 41 (folios 129 y 130) aportado por la empresa. Además tal y como resulta del documento número 31 (folios 185-188) aportados por la parte actora, envió varios correos electrónicos para la empresa demandada desde su domicilio, a las 10,01 h (folio 185), a las 10,03 h (folio 136), a las 10,20 h (folio 187). Asimismo realizó llamadas telefónicas y tal y como resulta de la factura 28-D683-038158, aportada por la empresa en la página 5/53, a las 11,51 h, a las 16,14 h, a las 16,48 h., a las 16,50 h. a las 17,07 h. y a las 20,34 h; en la página 7/53, a las 11,50 h, a las 11,53 h, a las 14,27 h, a las 17,49 h, a las 19,43 h y a las 20,20 h; y en la página 8/53 a las 11,50, a las 12,18, a las 14,28 y a las 17,03 h." "El trabajador, el día 10 de marzo de 2006 permaneció en su domicilio, bajo vigilancia desde las 7, 00 h. hasta las 18, 00 como resulta del documento número 41 (folios 130 y 131) aportado por la empresa. Asimismo realizó llamadas telefónicas y tal y como resulta de la factura 28-D683-038158, aportada por la empresa en la página 5/53, a las 9,25 h, a las 19,50 h en la página 7/53, a las 9,13 h; y en la página 8/53 a las 9,25 h." "El trabajador, el día 13 de marzo de 2006 permaneció en su domicilio, bajo vigilancia desde las 7,00 h. a 9,04 h y de 9,25 h a 17,50 h. en que salió

de su domicilio con dirección a las oficinas de A.F. CRESPI como resulta del documento número 41 (folios 131 y 132) aportado por la empresa. Además tal y como resulta del documento número 32 (folios 189-196) aportados por la parte actora, envió varios correos electrónicos para la empresa demandada desde su domicilio, a las 11,25 h (folio 189), a las 11,29 h (folio 190), a las 11,39 h (folio 191) a las 11,51 h (folio 192), a las 13,58 (folio 194) y a las 14,24 h (folio 195). Asimismo realizó llamadas telefónicas y tal y como resulta de la factura 28-D683-038158, aportada por la empresa en la página 5/53, a las 10,54 h, a las 19,57 h; en la página 7/53, a las 10,32 h, a las 10,52 h, a las 11,15 h, a las 13,20 h a las 13,42 h a las 14,18 h a las 16,47 h y a las 18,26 h y a las 17,51 h; y en la página 8/53 a las 11,02 h. y a las 13,40 h." "El trabajador, el día 14 de marzo de 2006 permaneció en su domicilio, bajo vigilancia desde las 7,00 h. a 17,06 h y de 15, 06 h a 16,45 h. en que salió de su domicilio con dirección a las oficinas de A.F. CRESPI regresando a su domicilio a las 20,30 h, como resulta del documento número 41 (folio 133) aportado por la empresa. Además tal y como resulta del documento número 33 (folios 197-208) aportados por la parte actora, envió varios correos electrónicos para la empresa demandada desde su domicilio, a las 10,08 h (folio 197), a las 10,09 h (folio 198), a las 10,15 h (folio 199) a las 10,16 h (folio 201), a las 14,04 (folio 203), a las 14,10 (folio 204) y a las 14,11 h (folio 205), a las 14,13 h (folio 206) y a las 14,25 h (folio 207). Asimismo realizó llamadas telefónicas y tal y como resulta de la factura 28-D683-038158, aportada por la empresa en la página 5/53, a las 11,27 h.; en la página 6/53, a las 12,35 h, a las 14,15 h, a las 16,22 h, a las 17,37 y a las 19,53 h; en la página 7/53 a las 10,01 h, a las 10,02 h, a las 10,12 h, a las 10,19 h, a las 11, 52 h, a las 12,07 h, a las 14,15 h, a las 14,42 h y a las 16,19 h; y en la página 8/53 a las 10,04 h." "El trabajador, el día 15 de marzo de 2006 permaneció en su domicilio, bajo vigilancia desde las 7,00 h. a 9,08 h en que llevó a sus hijos al colegio y procedió posteriormente a volver a su domicilio, donde permaneció hasta las 16,50 h. en que salió de su domicilio con dirección a las oficinas de A.F. CRESPI, regresando a su domicilio a las 20,00 h, como resulta del documento número 41 (folios 134 y 135) aportado por la empresa. Además tal y como resulta del documento número 34 (folios 209-216) aportados por la parte actora, envió varios correos electrónicos para la empresa demandada desde su domicilio, a las 10,09 h (folio 209), a las 10,14 h (folio 210), a las 10,48 h (folio 211) a las 11,43 h (folio 213), a las 12,00 (folio 214), a las 12,37 (folio 215) y a las 16,36 h (folio 216). Asimismo realizó llamadas telefónicas y tal y como resulta de la factura 28-D683-038158, aportada por la empresa en la página 6/53, a las 10,16 h a las 11,12 h a las 12,41 h. a las 14,07 h. a las 14,27 h a las 18,53 h a las 19,55 h.; en la página 8/53, a las 10,18 h a las 10,54 h a las 12,01 h a las 12,02 h a las 12,20 h a las 14,12 h a las 14,26 h a las 16,44 h a las 17,49 h a las 19,53 h a las 11,20, a las 12,01 h y a las 12,32 h."

"El trabajador, el día 6 de abril de 2006 permaneció en su domicilio, bajo vigilancia desde las 7,00 h. a 16,35 h en que salió de su domicilio con dirección a las oficinas de A.F. CRESPI, regresando a su domicilio a las 21,30 h., como resulta del documento número 41 (folios 127 y 128) aportado por la empresa. Además tal y como resulta del documento número 35 (folios 217-238) aportados por la parte actora, envió varios correos electrónicos para la empresa demandada desde su domicilio, a las 10,16h (folio 217), a las 10,31 h (folio 218), a las 10,36 h (folio 219) a las 10,42 h (folio 222), a las 11,47 (folio 223), a las 10,49 (folio 226) y a las 10,54 h (folio 227), a las 10,55 h (folio 229), a las 11,07 h (folio 226) a las 10,54 h (folio 227), a las 10,55 h (folio 229), a las 11,07 h (folio 231) a las 11,11 h (folio 232), a las 11,29 h (folio 234) a las 11,23 h (folio 235) a las 11,54 h (folio 236), a las 12,09 h (folio 237) y a las 12,50 h (folio 238)."

"El trabajador, el día 29 de mayo de 2006 permaneció en su domicilio, bajo vigilancia desde las 7,00 h. a 9,55 h en que fue a comprar el pan para luego volver y quedarse hasta las 17,14 h. en que salió camino de A.F. CRESPI, regresando a su casa a las 22,05 h como resulta del documento número 43 (folios 157 y 158) aportado por la empresa. Además tal y como resulta del documento número 36 (folios 239-248) aportados por la parte actora, envió varios correos electrónicos para la empresa demandada desde su domicilio, a las 10,08 h (folio 239), a las 11,45 h (folio 240) y a las 16,23 h (folio 246). Asimismo realizó llamadas telefónicas y tal y como resulta de la factura 28-G683-023101, aportada por la empresa en la página 4/58, a las 10,27 h a las 11,25 h a las 12,49 h. a las 22,07 h.; en la página 5/58, a las 10,37 h a las 10,56 h a las 11,06 h y a las 11,47 h a las 11,55 h a las 19,37 h, en la página 6/58 a las 13,30 h y a las 13,31 h." "El trabajador, el día 30 de mayo de 2006 permaneció en su domicilio, bajo vigilancia desde las 7,00 h. a 12,55 h en que salió de camino a A.F. CRESPI, regresando a su casa a las 22,00 h, como resulta del documento número 43 (folios 157 y 158) aportado por la empresa. Asimismo realizó llamadas telefónicas y tal y como resulta de la factura 28-G683-023101, aportada por la empresa en la página 4/58, a las 11,13 h a las 11,49 h a las 12,14 h. a las 17,20 h. y a las 17,28 h.; en la página 5/58, a las 10,18 h a las 10,27 h a las 11,03 h a las 11,29, a las 11,47, a las 16,42 h a las 17,31 y a las 21,49 h; en la página 6/58 a las 11,46 h y a las 11,04 h." "El trabajador, el día 31 de mayo de 2006 permaneció en su domicilio, bajo vigilancia desde las 7,00 h. a 17,00 h (con un breve paréntesis de 14,48 h a 15,15 h en que sale a hacer footing) en que sale de camino a A.F. CRESPI, regresando a su casa a las 21,25 h como resulta del documento número 43 (folios 160 y 161) aportado por la empresa. Además tal y como resulta del documento número 37 (folios 249-256) aportados por la parte actora, envió varios correos electrónicos para la empresa demandada desde su domicilio, a las 10,22 h (folio 249), a las 10,56 h (folio 252), a las 10,58 h (folio 253) a las 11,37 h (folio 254), a las 12,01 (folio 225) y a las 13,19 h (folio 256).

Asimismo realizó llamadas telefónicas y tal y como resulta de la factura 28-G683-023101, aportada por la empresa en la página 4/58, a las 10,40 h a las 10,47 h a las 12,07 h. a las 12,37 h. a las 12,49 h. a las 13,00 h a las 13,06 h y a las 19,00 h; en la página 5/58, a las 10,42 h a las 10,48 h a las 10,53 h a las 11,06 h a las 11,12 h a las 11,48 h a las 12,29 h a las 13,02 h a las 17,02 h a las 17,29 y a las 17,55 h." La prueba de detectives no es documental, ni por tanto susceptible de revisión en fase de recurso, al ser una prueba testifical, no obstante lo cual, el extremo de dicha prueba que quiere incorporar el recurrente, es un hecho conforme, al haberse aportado por la demandada, por lo que no hay inconveniente en añadirlo al relato fáctico de la sentencia, como tampoco los datos que efectivamente constan en los documentos citados, que fueron reconocidos de contrario en el acto del juicio, por lo que se admite la adición interesada. Postula la adición de otro hecho probado con la siguiente redacción:

"Que el objeto social de ARMSTRONG DLW IBÉRICA, SA, es la representación y comercialización en España de los productos de DLW AKTIENGESSELLSCHAFT y de sus filiales y como resulta del documento número 14 (folio 79) aportado por la parte actora." El dato se encuentra ya recogido como probado en el hecho 1 de la resolución incurrido, que se remite también al documento dictado por el recurrente, por lo que no ha lugar a su reiteración. Si se admite la incorporación al relato de probados del siguiente hecho: "El objeto social de FINUPE ESPAÑA, SL (más tarde denominada ACCESS. FLORS CRESPI, SL) comprende: La comercialización de productos destinados a la ejecución de obras, conservación de las mismas y a todo tipo de

edificaciones, así como la venta de dichos productos. El mantenimiento, gestión y explotación de edificios de infraestructura u otros bienes inmuebles, urbanos o rústicos. La adquisición, comercialización, administración, arrendamiento activo o pasivo, enajenación o gravamen de bienes inmuebles, así como su explotación, construcción, transformación y mantenimiento, con exclusión de arrendamiento financiero o leasing, y La ejecución de obras públicas y privadas. Tal y como resulta del documento número 12 (folio 55) aportado por la parte actora." Lo que resulta del documento al que se refiere el recurrente, reconocido de contrario. Solicita que se añada también el siguiente hecho: "Los principales competidores de la empresa ARMSTRONG DLW IBÉRICA según un estudio elaborado por la propia empresa a nivel interno, aportado por la parte actora a la documental como documento núm. 26, son las empresas Interface, Tarkjett, Bramerx/CT, Milliken (todas enumeradas en el folio 124); Amtico, Halstead/Karndean, Marley, AFPE (todas enumeradas en el folio 126); Gerlor y Objekflor/Polyflor" (enumeradas en el folio 127); Buflon, Forbo, Dunlop (enumeradas en el folio 128), Altro (folio 129), Bewe (folio 134)."

Constando los datos en el documento citado, aportado por la empresa, por lo que se trata de un hecho conforme, que no hay obstáculo en incorporar al relato fáctico de la sentencia.

No ha lugar a añadir a dicho relato la relación de las facturas que ARMSTRONG ha dirigido a TELEFÓNICA por la obra de las Tablas, ya que la misma se ha acreditado, sin ser necesario especificar tales documentos.

SEGUNDO Por la vía del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563), denuncia el recurrente la infracción de los artículos 90.2 de la misma Ley, 10, 14, 18 y 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que cita, así como de los artículos 4.1.c) y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) en relación con el citado artículo 18 de la Constitución, alegando que para que pueda considerarse legítimo el empleo de detectives privados contratados por la empresa para controlar a los trabajadores, es necesario que exista una sospecha fundada de un incumplimiento contractual por parte del trabajador; que el empresario no tenga otros medios eficaces para comprobarlo y que no se empleen para preconstituir una prueba, considerando que no se cumple ninguno de tales requisitos, habiéndosele vigilado cinco meses, permanentemente, desde las 6 ó 7 de la mañana hasta la noche, rebuscando incluso en la basura de su domicilio que a su vez era el centro de trabajo al ser tele trabajador, y en la basura de la empresa de la que era cotitular, iniciando la investigación sin que haya quedado acreditado de ningún modo que para esa fecha ya tuviera la sospecha fundada de un incumplimiento contractual, disponiendo de otros medios eficaces para controlar su actividad, como exigirle los reportes de actividad con mayor insistencia, asiduidad y detalle o llamarle por la línea fija de teléfono, por lo que concluye que la prueba es ilícita, vulnerando su derecho fundamental a la intimidad y que el despido ha de ser declarado nulo. Hemos de tener en cuenta la doctrina constitucional que cita el recurrente, respecto del derecho fundamental a la intimidad, que, en el ámbito laboral, se recoge en la sentencia TC Sala 1ª, S 10-4-2000, núm. 98/2000, rec. 4015/1996, BOE 119/2000, de 18 mayo 2000 [RTC 2000, 98]: "El derecho a la intimidad, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE (RCL 1978, 2836) implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario,

según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (SSTC 209/1988 [RTC 1988, 209], 231/1988 [RTC 1988, 231], 197/1991 [RTC 1991, 197], 99/1994 [RTC 1994, 99], 143/1994 [RTC 1994, 143] y 207/1996 [RTC 1996, 207], entre otras). Igualmente es doctrina reiterada de este Tribunal que "el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho" (SSTC 57/1994 [RTC 1994, 57] y 143/1994, por todas).

En este sentido debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el art. 20 LET (RCL 1995, 997) atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales (art. 20.3 LET). Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda la normativa laboral (arts. 4.2 e y 20.3 LET).

Y sobre los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control, debe tenerse en cuenta, en cuanto a la cuestión que aquí interesa, que el art. 7 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982, 1197), de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con el art. 2 de la misma ley, considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras (sin perjuicio de los supuestos de consentimiento expreso del titular del derecho y de actuaciones autorizadas por una ley) "el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas" y "la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción".

SEXTO Precisando más, para enjuiciar desde la perspectiva constitucional la cuestión objeto del presente recurso de amparo, debe recordarse que la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (STC 88/1985 [RTC 1985, 88], fundamento jurídico 2, cuya doctrina se reitera posteriormente, entre otras, en las SSTC 6/1988 [RTC 1988, 6], 129/1989 [RTC 1989, 129], 126/1990, 99/1994, 106/1996 [RTC 1996, 106], 186/1996 [RTC 1996, 186] y 90/1997 [RTC 1997, 90]). En consecuencia, y como también ha afirmado este Tribunal, el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE (RCL 1978, 2836) y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos (SSTC 99/1994 [RTC 1994, 99], fundamento jurídico 4; 6/1995 [RTC 1995, 6], fundamento jurídico 2; 106/1996,

fundamento jurídico 5, y 136/1996 [RTC 1996, 136], fundamento jurídico 6), perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral (SSTC 99/1994 [RTC 1994, 99], fundamento jurídico 4, y 6/1995, fundamento jurídico 2).

Debe por ello rechazarse la premisa de la que parte la Sentencia recurrida, consistente en afirmar que el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores, de tal manera que las conversaciones que mantengan los trabajadores entre sí y con los clientes en el desempeño de su actividad laboral no están amparadas por el art. 18.1 CE y no hay razón alguna para que la empresa no pueda conocer el contenido de aquéllas, ya que el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en el centro de trabajo hay que entenderlo limitado a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, lavabos o análogos, pero no a aquéllos lugares en los que se desarrolla la actividad laboral.

En efecto, si bien hemos afirmado en alguna ocasión que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona (SSTC 180/1987 [RTC 1987, 180], fundamento jurídico 4; 142/1993 [RTC 1993, 142], fundamento jurídico 7 y 202/1999 [RTC 1999, 202], fundamento jurídico 2; ATC 30/1998 [RTC 1998, 30 AUTO], fundamento jurídico 2), no es menos cierto que también hemos matizado esa afirmación inicial señalando que no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de esos hechos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador (SSTC 142/1993, fundamento jurídico 8 y 202/1999, fundamento jurídico 2), que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad personal protegido por el art. 18.1 CE.

En consecuencia, la tesis de partida de la Sentencia recurrida no puede compartirse, al limitar apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional, negando sin excepción que pueda producirse lesión del referido derecho fundamental en el ámbito de desempeño de las tareas profesionales. Tal afirmación resulta rechazable, pues no puede descartarse que también en aquéllos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo (SSTC 231/1988 [RTC 1988, 231], fundamento jurídico 4 y 197/1991 [RTC 1991, 197], fundamento jurídico 3, por todas).

En suma, habrá que atender no solo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.) para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control

respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores. Ciertamente, la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, a fortiori, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias (amén de que puede lesionar otros derechos fundamentales, como la libertad sindical, si la instalación se produce en los locales de los delegados de personal, del comité de empresa o de las secciones sindicales). Pero ello no significa que esa lesión no pueda producirse en aquéllos lugares donde se realiza la actividad laboral, si concurre alguna de las circunstancias expuestas que permita calificar la actuación empresarial como ilegítima intrusión en el derecho a la intimidad de los trabajadores. Habrá, pues, que atender a las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto para determinar si existe o no vulneración del art. 18.1 CE.

SÉPTIMO En definitiva, los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993 [RTC 1993, 292], fundamento jurídico 4). Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994 [RTC 1994, 99], fundamento jurídico 7, y 106/1996 [RTC 1996, 106], fundamento jurídico 4), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (SSTC 99/1994, fundamento jurídico 7, 6/1995 [RTC 1995, 6], fundamento jurídico 3 y 136/1996 [RTC 1996, 136], fundamento jurídico 7). Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984 [RTC 1984, 94], 108/1989 [RTC 1989, 108], 171/1989 [RTC 1989, 171], 123/1992 [RTC 1992, 123], 134/1994 [RTC 1994, 134] y 173/1994 [RTC 1994, 173]), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981 [RTC 1981, 11], fundamento jurídico 22).

Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional" (STC 6/1988 [RTC 1988, 6]). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva" (STC 99/1994). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada (SSTC 20/1990 [RTC 1990, 20], 171/1990 y 240/1992 [RTC 1992, 240], entre otras muchas), que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo (SSTC 170/1987 [RTC 1987, 170], 4/1996 [RTC 1996, 4], 106/1996, 186/1996 [RTC 1996, 186] y 1/1998 [RTC 1998, 1], entre otras muchas).

Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de

manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad.

OCTAVO No existe normativa específica que regule la instalación y utilización de estos mecanismos de control y vigilancia consistentes en sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos dentro de los centros de trabajo, por lo que son los órganos jurisdiccionales (y, en último caso, este Tribunal) los encargados de ponderar, en caso de conflicto, en qué circunstancias puede considerarse legítimo su uso por parte del empresario, al amparo del poder de dirección que le reconoce el art. 20 LET (RCL 1995, 997), atendiendo siempre al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, y muy especialmente al derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836), teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad.

Por ello, el control que debe realizar este Tribunal de la Sentencia recurrida en amparo ha de recaer precisamente en enjuiciar si, como exige la doctrina reiterada de este Tribunal que ha quedado expuesta, el órgano jurisdiccional ha ponderado adecuadamente si la instalación y empleo de medios de captación y grabación del sonido por la empresa ha respetado en el presente caso el derecho a la intimidad personal de los trabajadores.

Doctrina que igualmente se reitera en la STC Sala 1ª, S 10-7-2000, núm. 186/2000, rec. 2662/1997 (RTC 2000, 186), BOE 192/2000, de 11 agosto 2000, señalando en ambas el Alto Tribunal que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que (como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66], F. 5; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55], FF. 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 207], F. 4.e) y 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37], F. 8) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Puesto en relación el supuesto que nos ocupa, con la citada doctrina, hemos de destacar en primer lugar que la actividad que cualquier persona pueda llevar a efecto fuera de su centro de trabajo, pertenece a la esfera de su vida privada, aun cuando se desarrolle en espacios públicos, y no puede ser fiscalizada por la empresa, porque formar parte de su intimidad, no teniendo los empleadores derecho alguno a conocer a qué dedican los trabajadores su tiempo, qué actividades pueden desarrollar, que aficiones pueden tener o, en fin, cuales son sus intereses o las personas con las que se relacionan, por lo que aun cuando el seguimiento se haga en la calle, constituye una intromisión en su vida privada, porque las ocupaciones o actividades de las personas en espacios públicos siguen perteneciendo a su intimidad, en tanto son compartidos con quienes ellos quieran o amparados por el anonimato cuando lo deseen y, en ningún caso tienen porque ser

conocidos por la empresa, exactamente igual que la actividad que pueda llevar a efecto un trabajador dentro del centro de trabajo pero en las zonas de recreo o descanso a las que se refiere el Tribunal Constitucional en los supuestos concretos que se le han planteado, que igualmente son espacios públicos en los que no debe de introducirse la vigilancia empresarial, por lo que su doctrina es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa.

Así pues, hemos de partir de la prevalencia del derecho a la intimidad del recurrente que, de acuerdo con dicha doctrina solo puede ser limitado por parte de las facultades empresariales por una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar dicho derecho fundamental del trabajador, por eso, el alto Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional", lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada, mediante la constatación de si cumple los tres juicios que hemos visto exige el Tribunal Constitucional, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Para ello, en este caso hemos de resaltar lo siguiente:

1º) No hay en la sentencia dato alguno del que colegir la necesidad de utilizar medios de espionaje de la vida del trabajador a partir de su salida diaria de su domicilio en el que, además, realizaba su trabajo para la empresa. El Juzgador a quo en el hecho probado 4 dice que fue sometido a un seguimiento por detectives "tras conocerse que podía estar haciendo competencia a la empresa" y en la fundamentación jurídica señala que "guardan estricta proporcionalidad con la constatación previa de indicios suficientes de incumplimiento contractual. Es el trabajador el que rehúsa reiteradamente dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales de dar cuenta de su actividad", de manera que en el citado hecho justifica la vigilancia en una presunta competencia que no se imputa en la carta de despido ni se concreta ni se recoge hecho alguno del que colegir qué conocimiento pudo tener la empresa respecto de tal posible competencia y cuándo, mientras que en los fundamentos de derecho se avala la medida en la negativa del trabajador a dar cuenta de su actividad, negativa que, como se ha dicho anteriormente, tampoco se imputa en la carta de despido, ni ha quedado probado que se produjera antes de poner el seguimiento al trabajador sino que, por el contrario, los documentos en los que el Juzgador a quo basaba el hecho probado al respecto que se ha suprimido, eran posteriores al inicio del seguimiento y por lo que respecta a la empresa de la que era socio el actor, la demandada, incluso en su escrito de impugnación, niega que lo conociera antes y manifiesta haber tenido noticia precisamente por el informe de los detectives y que en un principio pensó que trataba de captarla como cliente, por lo que en ningún caso puede avalarse la intrusión de un espía en la vida privada del trabajador para la obtención de información de la que no se tenía sospecha alguna y que, por otra parte, podía obtenerse de la simple consulta del Registro Mercantil, información que, desde luego, no consta que fuera indispensable para la seguridad y buen funcionamiento de la empresa, por lo que, desde luego la contratación del detective no supera el juicio de necesidad.

2º) La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982, 1197), de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, considera en

su artículo 7.2 como intromisión ilegítima en el ámbito de protección de esta Ley la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción, siendo incuestionable que las actividades del trabajador, en cualquier espacio público o privado, ajenas a su actividad laboral, pertenecen a su ámbito de privacidad y que la utilización de un espía para tomar conocimiento de ellas, es un medio todavía más perverso, si cabe, que los aparatos de escucha o dispositivos ópticos, porque carece de la objetividad de éstos y ofrece una versión subjetiva, tamizada por el filtro de la persona que la transmite y que, además, no es imparcial sino que actúa por cuenta y órdenes del destinatario ilícito de la información recogida. No se supera tampoco el juicio de idoneidad.

3º) Resulta pues inadmisibles la utilización por parte de la empresa de un detective que vulnera evidentemente el derecho de intimidad del trabajador en aquellas actividades a las que no puede llegar lícitamente la vigilancia de la empresa, actuando como verdaderos ojos y oídos del empresario en los lugares en los que los trabajadores no cuentan con su presencia por estar destinados, precisamente, al esparcimiento fuera del puesto de trabajo, durante tantos días y horas como aqué ha acontecido, por lo que tampoco se supera el juicio de proporcionalidad.

Así pues el uso de un sistema que permite a la empresa tener noticias permanentes respecto de todo tipo conductas del trabajador en un ámbito que le es privado constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET (RCL 1995, 997) y supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) que no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues no consta siquiera qué finalidad se persigue para el seguimiento por un detective por parte del empresario por lo que toda la prueba presentada a través de su informe ha sido obtenida ilícitamente, pero la prueba ilícita no tiene como efecto la nulidad del despido, en tanto que este en si mismo no se produce aquí para lesionar un derecho fundamental, sino por hechos intralaborales indebidamente conocidos por la empresa y, por tanto el resultado es la nulidad de dicha prueba que carece de virtualidad para acreditar los incumplimientos que a través de ella se atribuyen al recurrente.

Además denuncia la vulneración de los artículos 60.2 del Estatuto de los Trabajadores y 61 del Convenio colectivo del Comercio Textil, ya que los hechos imputados datan de los meses de febrero, marzo y abril de 2006 y el despido tuvo lugar en junio, prescribiendo las faltas muy graves a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento, datando la constitución de la sociedad ACCESS. FLOR CRESPI de 2001, por lo que el primer motivo de la carta de despido está, a su juicio prescrito, e igualmente el segundo, porque ya en febrero se comprobó que era socio y administrador de dicha empresa y que iba en ocasiones por la tarde a sus oficinas, por lo que no era necesario investigar más al respecto.

En cuanto a las faltas de asistencia, ya constan las de febrero en el primer informe de los detectives de fecha 24 de febrero de 2006 y las de marzo en el de 3 de abril de 2006, por lo que tuvo la constancia de la comisión de esas supuestas faltas ese día, estando

también prescritas el 20 de junio en que se le despide, siendo únicamente las de mayo, que se contienen en el informe de 7 de junio, las que no estarían prescritas, pero consta que el día 29 estuvo en su domicilio hasta las 17,15 horas y los días 30 y 31 prácticamente toda la mañana, así como que contactó con clientes y realizó gestiones para la demandada.

También considera prescrito el cuarto y último motivo, referido a la utilización del vehículo de la empresa para realizar sus desplazamientos y gestiones para ACCESS. FLOR CRESPI, que fue constatada los días 1 y 3 de febrero, 8, 9, 13, 14 y 15 de marzo, 6 de abril y 29, 30 y 31 de mayo de 2006, así como la utilización del móvil para fines ajenos y los gastos por invitaciones a clientes, siendo éstos exclusivamente del mes de febrero.

Ciertamente ha de compartirse el razonamiento del recurrente, porque, acontecido el despido el 20 de junio de 2006, es evidente que a esta fecha se habían rebasado ampliamente los 60 días establecidos por los preceptos que cita, para la prescripción de las faltas muy graves, habiendo tenido la empresa conocimiento de la constitución por parte del actor de la sociedad ACCESS. FLOR CRESPI, SL desde el mes de febrero en que, a través del primero de los informes del detective, que recibió en ese mes, conoció que acudía regularmente a la sede de dicha entidad, del mismo modo que tuvo noticia de la utilización para tales fines del vehículo de la empresa y, evidentemente, conocía de primera mano la utilización del móvil de la empresa, teniendo detalle mensual de la compañía operadora, en la que, como de todos es sabido, se especifican los números a los que se han dirigido las llamadas, no tratándose de faltas continuadas, sino perfectamente individualizadas y susceptibles de ser sancionadas independientemente y, en todo caso, corregidas puntualmente llamando al orden al trabajador, por lo que únicamente estarían sin prescribir los hechos datados en los meses de mayo y junio.

Considera asimismo, vulnerados los artículos 55.1 del Estatuto de los Trabajadores y 105.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563), manifestando que muchas de las alegaciones efectuadas por la empresa en el acto del juicio no figuraban en la carta de despido, por lo que no pueden tenerse en cuenta, siendo además los hechos imputados inconcretos.

Así, el primer motivo de despido es la constitución de la sociedad ACCESS. FLOR, que se dice dedicada al mismo sector de actividad de la mayoría de los clientes de la demandada - fabricantes e instaladores de suelo técnico- imputándole haberle concedido un trato de favor, en detrimento de los intereses de ARMSTRONG y en perjuicio de sus clientes; además de estar prescrito, por remontarse a 2001, ni se indica qué trato de favor se ha dado, ni a quién, ni en qué momento, si se hizo descuento, ni ningún otro dato, habiéndose declarado en el hecho probado 3, una serie de cuestiones a las que no se aluden en dicha carta, en la que ni se menciona a la mercantil FINUPE, ni a REPSAL, a la que se refiere también el hecho probado 6, incorporando una serie de datos de los que nada dice la carta de despido.

Asimismo denuncia indefensión respecto de la imputación relativa a haber posicionado a CRESPI en el mercado por delante de otros clientes de la demandada, mejorando las ofertas de los mismos, como en la operación de Telefónica en Las Tablas, no pudiéndose saber si se refiere a la empresa italiana o a la española, ni tampoco si se le acusa de haberse llevado la citada operación a su empresa o de haber ayudado a la

multinacional italiana a que se la adjudicaran, cuando lo que importa y está probado es que el revestimiento o recubrimiento del suelo técnico instalado en Telefónica se lo llevó ARMSTRONG gracias, entre otras cosas, a su actividad comercial por cuenta de la demandada, habiendo reconocido el propio delegado de ésta, en confesión, que nunca habían conseguido en España un contrato tan grande y de tantos metros cuadrados.

Señala también que el Juzgador a quo confunde a la empresa italiana con la española, en el hecho probado cuarto, creyendo que es a ésta, de la que es socio el recurrente, la que se adjudicó suelo, cuando no es así, sino que la que concursaba era la multinacional italiana.

En cuanto al segundo motivo de la comunicación de la extinción, relativo a la violación del pacto de dedicación exclusiva, por la imputación de acudir con asiduidad a las instalaciones de ACCESS. FLOR CRESPI, el Juzgador a quo no lo tiene en cuenta, por no haber compensación económica que remunere el pacto de exclusividad.

Respecto de las faltas injustificadas, pone de manifiesto que la empresa se entera de ellas por el informe de los detectives, no indicando además las horas concretas a las que llegó a la empresa de la que era titular, pese a tenerlas la demandada en los informes de los detectives, ocasionándole indefensión, señalando que consta que en esos días envió e-mails e hizo gestiones para la empresa.

Y, finalmente, en el último motivo de la carta de despido, en que se le imputa la utilización indebida de los medios de trabajo puestos a su disposición por la demandada y la presentación de gastos indebidos, no se indica en la carta cuántos bancos ha visitado en su coche, o a qué restaurantes o comidas se refiere, cuando, por su función de comercial, invitaba continuamente a clientes, ascendiendo las notas de gastos mensuales a 1.000 euros aproximadamente, por lo que también se le causa indefensión, máxime cuando conocía la empresa detalles, que no introduce en dicha carta y que después se declaran probados en el hecho quinto, como la comida de mediodía en un restaurante asiático, de 1 de febrero de 2006, la del restaurante La alpargatería de 2 de febrero y la de Nuevo Porche de 30 de mayo, conteniendo también este hecho probado, datos relativos a hechos que no se imputan, como la compra de material de oficina, la utilización del vehículo el día 6 de abril para ir a ACCESS. FLOR, pese a haber rehusado desplazarse a visitar a un cliente de la demandada y, asimismo considera probadas las llamadas de los meses de mayo y junio que el actor ha hecho a la empresa matriz italiana que se relacionan en la carta de despido, estando además la mayoría de tales hechos prescritos y no pudiendo considerarse como sancionables, porque, tal y como quedó probado, la empresa satisfacía los gastos privados de vehículo, incluso en fines de semana y festivos, por lo que le pagaba el coche y el móvil tanto para su uso personal como profesional.

En cuanto a la imputación de violación del código de conducta profesional de la empresa, afirma que no lo conoció hasta el acto del juicio, no acreditando la empresa lo contrario ni constado que le fuera comunicado.

Denuncia el demandante la infracción del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) y de la jurisprudencia que cita y la aplicación indebida de los artículos 54.2.e) y 55 del Estatuto de los Trabajadores, al declarar procedente el despido, cuando debió ser declarado improcedente, ya que, descartada la existencia de violación del

pacto de exclusividad, resta por examinar si hubo concurrencia desleal lo que afirma la resolución combatida, poniendo de manifiesto que la empresa conocía la existencia de su empresa desde el año 2001, y que tal apreciación es errónea, porque no se le imputa en la carta de despido, sino que hacía competencia a clientes de la demandada pero no a ella y, además, no inciden en el mismo mercado, ya que ARMSTRONG comercializa revestimiento de suelo técnico (moqueta, madera, etc.), lo que hace imposible que pueda competir con la multinacional italiana CRESPI, que no es su empresa, y que se dedica a fabricar suelo técnico sin recubrimiento alguno y por eso necesita a empresas como la demandada que venden tal recubrimiento, lo que explica que ambas resultaran adjudicatarias del concurso de suelo de Telefónica en Las Tablas.

Alude a la teoría gradualista y dice que la buena fe no solo vincula al trabajador, sino también a la empresa, resaltado que, si tras nueve años en la empresa, sin tacha, demostrando ser su mejor comercial, hubiera incurrido en faltas de asistencia y puntualidad como las que se describen, siendo especialmente vigilado, el empresario debió de advertirle de estar incurriendo en una actuación sancionable, dándole la oportunidad de corregirla o procediendo a imponer una sanción más leve, y no esperar a la acumulación de faltas suficientes para obtener una conducta de mayor gravedad y lo mismo cabe decir respecto de la imputación de gastos indebidos.

Finalmente, en el motivo trigésimo segundo y último del recurso, estima infringidos los artículos 26.1 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y doctrina jurisprudencial que cita, por no haberse tenido en cuenta para el cálculo del salario ni la cantidad correspondiente al pago del renting por el vehículo de empresa, ni la abonada por gastos de gasolina, habiéndolas cuantificado en el acto del juicio en 140 euros mensuales, atendiendo al uso en los fines de semana; tampoco se ha incluido el bonus, habiendo percibido 3.939 euros en febrero más 2.404,19 en marzo de 2006, que han de computarse como salario, por lo que en total han de añadirse al sueldo anual 6.343,19 euros.

En resumen solicita que la Sala se pronuncie respecto de la proporcionalidad de la prueba de detectives y que se declare el despido nulo o subsidiariamente improcedente, manteniendo como subsidiaria la solicitud de nulidad de actuaciones.

Partiendo pues de la prescripción de todos los hechos imputados anteriores al 20 de abril de 2006, quedarían por examinar únicamente las imputaciones posteriores que se concretan en la carta de despido, prescindiéndose también de las genéricas, como la de conceder un trato de favor en detrimento de los intereses de la empresa y en perjuicio de clientes, sin especificar en qué pudo haber consistido el favorecimiento, qué intereses se menguaron para la empresa ni qué clientes se perjudicaron, por lo que, los hechos de la carta a considerar son los siguientes:

1º) Posicionar a CRESPI en el mercado por delante de otros clientes de nuestra empresa al mejorar las ofertas de los mismos, como ha sucedido con la operación con telefónica en Las Tablas, donde CRESPI obtuvo el suministro y colocación de 150.000 m² de suelo.

Esta imputación, aunque no es un dechado de claridad, si tiene algunos puntos concretos al referirse a la operación con Telefónica, pero hemos de resaltar que no se alude a perjuicios ocasionados a la demandada, sino a otros clientes, mejorando sus ofertas, lo

cual no alcanzamos a entender que falta disciplinaria podría configurar, porque no se trata de una operativa contraria a los intereses de la empresa sino de otros clientes, no habiendo prueba ni dato alguno respecto del beneficio que pudiera obtener la empresa de la adjudicación de la operación a la que se refiere a otros clientes en lugar de a CRESPI, por lo que, en fin, este hecho no es susceptible de sanción, máxime cuando, como se declara en el hecho probado 4, el actor consiguió igualmente la adjudicación de la operación de Telefónica para la demandada, que se califica en ese ordinal, como una de las mayores operaciones comerciales practicadas por la empresa, siendo obvio que la obra captada para ésta no podía ser la misma que la conseguida para la empresa en la que participa el trabajador y, en todo caso que no se imputa a éste que en tal operación haya perjudicado los intereses de la empresa como queda dicho.

2º) Violar el pacto de dedicación exclusiva por atender a la gestión de su propia empresa, acudiendo a su sede social, hecho éste que no se considera por el Juzgador a quo sancionable por estimar inoperante el aludido pacto al no ser retribuido, por lo que tampoco este motivo tiene eficacia para el despido.

3º) Ausencias injustificadas los días 1, 2 y 3 de febrero, 14 y 15 de marzo, 6 de abril y 29, 30 y 31 de mayo de 2006, de las que, como se ha dicho, estarían prescritas todas las anteriores al 20 de abril y, consecuentemente sólo podrían tenerse en cuenta tres, de haberse constatado lícitamente, pero, en cualquier caso, hemos de resaltar, en primer lugar que el trabajador es el delegado comercial de la empresa en Madrid, no teniendo ésta sede en esta ciudad, sino que el actor presta sus servicios en su propio domicilio, sin que conste que tuviera que cumplir un horario concreto y si que, dada su actividad, tenía que desplazarse a menudo en el vehículo de la empresa puesto a su disposición, comer con clientes, etc., por lo que, en fin, el actor, como la mayoría de los comerciales, tiene un cometido que desarrollar y ha de ceñirse a los horarios que los clientes marcan, por lo que no puede considerarse que se ausente injustificadamente de su puesto de trabajo los días reseñados en la carta de despido, máxime cuando consta acreditado que permaneció cierto tiempo en su domicilio, lugar de prestación de servicios, pudiendo además haber realizado tareas para la empresa desde la sede de la sociedad para la que participa, pero, lo que es aún más importante es que de las tres que no estarían prescritas, el Juzgador a quo únicamente considera dos como probadas, no refiriéndose como tal al día 30 de mayo, no siendo por tanto, en ningún caso, constitutivas de falta muy grave ni teniendo entidad para justificar el despido.

3º) Tampoco sería sancionable la utilización del vehículo para gestiones particulares, si se hubiera probado lícitamente, porque la empresa lo había puesto a su disposición de forma permanente sin que conste limitación alguna de uso, prueba que competía a la demandada y, por consiguiente su utilización para fines particulares es lícita y lo mismo ha de decirse respecto del teléfono móvil, siendo evidente que la empresa, en todo momento, podía controlar su uso a través del detalle de llamadas de la factura, no constando que nunca le hubiera dado instrucciones al respecto, limitado sus llamadas ni cobrado las que no correspondieran a gestiones profesionales, por lo que no puede después imputarse un uso indebido, cuando se ha tolerado a lo largo de toda la relación laboral.

4º) Se le imputa haber "liquidado gastos por invitaciones a clientes que no se corresponden con la realidad", señalando tan solo la carta un caso concreto que es, por consiguiente, el único que se podría tener en cuenta a efectos del despido, si se hubiera

probado válidamente, acontecido el día 1 de febrero de 2006 y, por tanto prescrito, pero es que además, no ha quedado acreditado que, como se afirma en dicho escrito, no invitara al cliente que cita, limitándose el Juzgador a declarar probado en el ordinal 5, que comió "con otra persona desconocida", lo que en sí mismo no acredita que no fuera un cliente.

No incluyendo la carta de despido ninguna imputación más, no habiéndola de competencia desleal como erróneamente ha entendido el Juzgador a quo, ya que lo que se dice respecto de la sociedad ACCESS. FLOR CRESPI, SL en la que participa el recurrente, es que se dedica "al mismo sector de actividad que la mayoría de nuestros clientes", estando probado que efectivamente dicha sociedad es cliente de la demandada, lo que en absoluto supone, por tanto, la concurrencia indebida del actor, no siendo en sí mismo sancionable que participe en un negocio similar al de clientes de la empresa, ni existiendo ninguna imputación en la carta de despido de la que pudiera colegirse que dicha participación ha ocasionado algún perjuicio a la empresa, tal y como se ha dicho, sin que pueda derivarse de los hechos no imputados tenidos en cuenta por el Juzgador a quo, tales como las operaciones propuestas por el actor a la empresa con descuentos no autorizados, operaciones que en ningún caso pudieron ser traídas a colación al no detallarse en dicha carta, impidiendo por tanto al trabajador su defensa, y que, incluso consideradas, a meros efectos dialécticos, carecen de relevancia disciplinaria porque evidencian que el actor no actuaba por su cuenta ni ocultaba a la empresa los descuentos, sino que, por el contrario, los sometía a su aprobación y, si se le denegaban no los aplicaba, actuación plenamente conforme a derecho y respetuosa de la buena fe contractual; tampoco se imputa al actor el no entregar los partes de trabajo, por lo que tal circunstancia no puede ser tenida en cuenta en esta litis.

En corolario, aun prescindiendo de la ilícita prueba de detectives y de la prescripción de la mayoría de los hechos imputados, no se ha acreditado por la demandada incumplimiento alguno grave y culpable susceptible de ser sancionado por el despido, por lo que en todo caso ha de declararse improcedente.

El artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) determina, para los supuestos de despido improcedente, las siguientes indemnizaciones:

a) Cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y hasta un máximo de 42 mensualidades.

Esta corresponderá excepto en el caso de que el empresario, en el plazo de cinco días, opte por la readmisión del trabajador.

b) En todo caso una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir, desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia de la jurisdicción competente, o hasta que haya encontrado otro empleo, si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se prueba por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Así en el presente caso corresponden las indemnizaciones siguientes, siendo los años de servicio ocho y cinco meses y el salario diario de 177,36 euros, sin tener en cuenta salario en especie ya que, tal y como pone de manifiesto el Juzgador a quo, el vehículo era un instrumento más de trabajo, imprescindible al ser el demandante el delegado

comercial de la empresa, no teniendo la consideración de salario su utilización para fines particulares, sino que únicamente la empresa le permitía, graciosamente, usar el coche para tales fines, obviamente porque tampoco podía impedírselo, dado que no tenía sede en Madrid, siendo el actor su delegado y trabajando en su propio domicilio, por lo que era prácticamente imposible una prohibición al respecto, pero la tolerancia dista de ser una cesión al trabajador de un vehículo para su uso particular, lo que si constituiría salario en especie, no siéndolo tampoco el uso del móvil, igualmente tolerado, quizás por la utilización de tarifas planas, pero en cualquier caso no constando el gasto que pudiera haber hecho el actor por llamadas particulares, por lo que no se ha acreditado un salario en especie por este concepto, debiéndose de estar al salario en metálico fijado, que ya comprende el bonus, tal y como se recoge en el hecho probado primero que no ha sido impugnado:

-379 días x 177,36 euros 67.219,44 euros

-salarios de tramitación a razón de euros diarios.

A la vista de cuanto antecede,

F A L L A M O S:

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DON Augusto, frente a la sentencia número 31/07, dictada por el Juzgado de lo Social número Treinta de los de Madrid, el día 5 de febrero de 2007, en los autos número 697, en procedimiento por despido seguido contra ARMSTRONG DLW IBÉRICA, SA y en consecuencia revocamos la misma y declaramos el despido del trabajador improcedente, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión o el abono de una indemnización cifrada en SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (67.219,44 euros), y en todo caso a que abone al actor los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que haya encontrado otro empleo, si tal colocación es anterior a la misma y se prueba por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, en el presente caso a razón de 177,36 euros diarios, así como a mantenerle en alta en Seguridad Social durante el mismo período.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, que ha de prepararse por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DIAS siguientes a su notificación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563), advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que cuando el recurrente no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita ni ostente la condición de trabajador o beneficiario de la Seguridad Social, o causahabiente de alguno de ellos, ni se trate del Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u Organismo Autónomo dependiente de alguno de ellos, deberá acreditar ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso la consignación del importe de la condena en la cuenta corriente número 2827000000223307, que esta Sección Segunda tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal núm. 1.026, sita en la Calle Miguel Ángel núm. 17 de Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación

en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista y además deberá depositar 300 euros ingresándolos en la cuenta 2410 del Banco Español de Crédito, Sucursal de la Calle Barquillo núm. 49 (oficina 1.006) de Madrid, que tiene abierta la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de dicha Sala al tiempo de personarse en ella.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo./a. Sr./a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.