



Roj: STSJ AS 2896/2012
Id Cendoj: 33044340012012101949
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Oviedo
Sección: 1
Nº de Recurso: 1288/2012
Nº de Resolución: 1957/2012
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: MARIA ELADIA FELGUEROSO FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01957/2012

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax:985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2012 0101336

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001288 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0001034/2011 JDO. DE LO SOCIAL nº003 de OVIEDO

Recurrente/s: Eutimio

Abogado/a: MARCELINO ABRAIRA PIÑEIRO

Recurrido/s: TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., MINISTERIO FISCAL , FONDO DE GARANTIA SALARIAL

Abogado/a: CESAR JOSE GARCIA AMAT

Sentencia nº 1957/12

En OVIEDO, a veintinueve de Junio de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los lltmos Sres. D. EDUARDO SERRANO ALONSO, Presidente, Dª. MARIA ELADIA FELGUEROSO FERNANDEZ, D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ y Dª. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0001288/2012, formalizado por el Letrado D. MARCELINO ABRAIRA PIÑEIRO, en nombre y representación de Eutimio , contra la sentencia número 140/2012 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N.3 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 0001034/2011, seguidos a su instancia

frente a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., MINISTERIO FISCAL, FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. **Dª MARIA ELADIA FELGUEROSO FERNANDEZ** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Eutimio presentó demanda contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., MINISTERIO FISCAL, FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 140/2012, de fecha veintinueve de Febrero de dos mil doce .

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

1º.- El actor, Eutimio , mayor de edad, DNI: NUM000 , con número de afiliación a la Seguridad Social NUM001 , fue contratado por la empresa TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U en virtud de un contrato indefinido a tiempo completo contando con una antigüedad en la empresa que data del 15 de septiembre de 1987, con la categoría de ingeniero técnico industrial. Sus funciones en los últimos años dentro de la empresa hasta que se extinguió su relación laboral con efectos a fecha 16 de noviembre de 2011, han sido como Coordinador de Creación de Planta Exterior, estando su relación laboral desde la fecha 1 de agosto de 2000 fuera de la aplicación del Convenio Colectivo que rige para los empleados de Telefónica España y cuya última actualización está publicada en el BOE de fecha 4 de agosto de 2011. El citado, a tal fecha tenía reconocidas unas percepciones de salario por desempeño de puesto de 4.029,32 euros en 15 pagas mensuales y un incentivo de objetivos para el año 2011 que asciende a 7.078,99 euros, en un total anual de 67.518,79 euros, y siendo su salario día a efectos indemnizatorios de 184,98 euros.

2º.- Las funciones del Coordinador Creación de Planta Exterior son múltiples y en esencia, se concretan en las siguientes: coordinar las actividades necesarias para asegurar la adecuación de la Red telefónica en el ámbito de la Unidad de Creación de Planta Exterior, garantizando el cumplimiento de los objetivos marcados y la optimización de los recursos utilizados, la planificación, control y seguimiento de la evolución del diseño de los proyectos y OCRAS de Planta Externa y su eficaz realización con aplicación de la normativa vigente y adoptando las medidas convenientes para la corrección de las desviaciones que se produzcan, el seguimiento y análisis de las actuaciones de atención a la demanda generada por la cartera de Clientes, la coordinación de la Unidad, la gestión y resolución de reclamaciones e incidencias en los Grupos Estables, y el establecimiento de las necesidades de formación de personal, la divulgación del conocimiento y desarrollo del Sistema de Calidad, y la coordinación de acciones de mantenimiento así como la implantación en su caso del registro digital cartográfico y de Planta, y la gestión ante los Organismos públicos de la obtención de los permisos necesarios para la consecución de los objetivos propuestos, todo ello aplicando la normativa vigente.

3º.- En fecha 24 de marzo de 2011, en la Dirección de Operaciones de Telefónica se recibe una denuncia anónima en la que se indica que la Empresa Colaboradora AVANZIT (EZENTIS) a través de su jefe provincial al que identifica la denuncia como D. Salvador , ha desmontado cables sin que esté amparado en ningún proyecto de desmontaje para posteriormente venderlos como chatarra y que se han facturado el desmontaje de los mismos como Unidades Singulares de otros proyectos así como que se han certificado trabajos que se ejecutaron por Aportaciones Ajenas. Con tales datos, los Servicios de Inspección de Telefónica inician una investigación que concluye desde sus primeros estudios que el cable denunciado ha desaparecido del lugar de su ubicación y que las Unidades Singulares objeto de denuncia presentan graves incongruencias, constatando una falta total de control, confirmando que algunos trabajos no ha sido realizados, continuando la investigación iniciada para la concreción de los hechos. En el curso de la citada investigación, se presentan varias denuncias mas, en fecha 19 de septiembre de 2011, el responsable de la empresa PRODICAM S. L, D. Jaime , envía una denuncia dirigida a la Alta Dirección de Telefónica España, en fecha 13 de octubre de 2011, se recibe por la empresa Telefónica un correo desde la dirección DIRECCION000 a nombre de "basta ya 2011", en fecha 19 de octubre de 2011 se recibe una denuncia de D. Alexis responsable de la empresa SOBECA 2005, y en fecha 19 de octubre de 2011 el responsable de la empresa CGS construcciones y obra de civil de nombre Cayetano , todas ellas poniendo de manifiesto varias irregularidades y posible vinculación con ellas, entre otras personas, de Eutimio en su función de Coordinador de Planta Externa Asturias Telefónica.

4º.- En fecha 30 de mayo de 2011, el Departamento de Auditoria, Inspección e Intervención de Telefónica emite un borrador en relación a investigación iniciada por la denuncia anónima referida en el hecho anterior, en la que entre otras conclusiones, hace constar textualmente que "existen evidencias suficientes que indican que los hechos reflejados en la denuncia tienen fundamento" y contiene una recomendación con

el siguiente tenor literal "en base a las irregularidades indicadas, el área de Operaciones debería considerar si procede emprender alguna actuación con el responsable de la unidad de ingeniería de planta externa".

En fecha 6 de julio de 2011, la Inspección de Telefónica España emite un informe identificado como nº037/2011/TE, en relación a la denuncia sobre irregularidades de la empresa Ezentis en el Principado de Asturias concluyendo, en un minucioso estudio que "no hay evidencias que demuestren que lo denunciado sea falso".

5º.- En fecha 18 de octubre de 2011, el Equipo de Recursos Humanos de Telefónica, convoca a D. Eutimio a una reunión para el día 19 de octubre de 2011, y en tal fecha, la jefa de Recursos Humanos le indica al citado que se va a proceder a la auditoria de su ordenador de trabajo mediante la realización de una copia del disco, dándole la oportunidad al citado de que le asista en el acto, si es su deseo algún representante sindical, opción que no ejerce el Sr. Eutimio sin dar muestras de oposición a que se investigue su equipo, mostrando su conformidad. En tal reunión se encuentran presentes además del Sr. Eutimio, Dña. Justa, Jefa de Recursos Humanos, D. Hilario, Gerente de Inspección de Telefónica, D. Marcos, Asesor de la Gerencia de Auditoria, D. Roque, jefe de Inspección y D. Jose Daniel, Consultor de Inspección. Del acto se levanta una Acta y en presencia del Sr. Eutimio se extrae el disco duro del ordenador para proceder a su clonado, y al fin del acto se precinta y custodia el disco duro del ordenador utilizado por el Sr. Eutimio que se deja en custodia a la Jefa de Recursos Humanos.

6º.- En fecha 8 de noviembre de 2011, Telefónica emite una nota de auditoria sobre el análisis de denuncia sobre Coordinación Creación de Red de Asturias en el que se indican las conclusiones del estudio e investigación de los hechos constatados en las diferentes denuncias y en relación con el análisis de los datos del ordenador de uso del Sr. Eutimio registrado.

En fecha 28 de noviembre de 2011, los Servicios de Inspección de la Dirección de Telefónica, emiten el informe nº 088/2011/TE en relación a denuncia empresa colaboradora Ezentis y Coordinador de Planta Externa Asturias.

7º.- El día 15 de noviembre de 2011, Eutimio recibe una carta de Telefónica datada del día 11 de noviembre de 2011 con el siguiente tenor literal: "Muy señor mío:

La Dirección de la Empresa ha tenido conocimiento, a través de denuncias de terceros, de su participación en actividades irregulares en la gestión y control de los trabajos realizados por la Empresa Colaboradora Ezentis en el Principado de Asturias, bien directamente o a través de empresas subcontratadas, amparados en el contrato bucle suscrito con Telefónica de España SAU.

A raíz de estas denuncias, la Dirección de la Empresa inició una exhaustiva investigación de los hechos que dio lugar a la emisión de un informe preliminar por Auditoria e Inspección (nº 37/2011/TE), en el que se constató la falta de cable denunciado como sustraído, así como irregularidades en las partidas de Unidades Singulares denunciadas como compensaciones de otros trabajos de retirada de cable.

Como quiera que en los meses de Septiembre y Octubre de 2011 se han dirigido a Telefónica nuevas denuncias, presentada por responsables de empresas subcontratadas por Ezentis, de las que se derivan imputaciones directas frente a Vd., la Dirección de la Empresa ha ampliado las investigaciones iniciales, incluyendo la realización de la auditoria del ordenador que tiene asignado para realizar su trabajo, así como varias entrevistas con colaboradores de su Unidad, con responsables de empresas colaboradoras (contratas y subcontratas) y con Vd. mismo, los días 19 y 20 del pasado mes de octubre. Estas investigaciones han dado lugar a la emisión de un nuevo informe/Nota de Auditoria e Inspección de fecha 8/11/2011, en el que se constata su directa implicación en las actuaciones que seguidamente se detallan y que constituyen incumplimientos laborales muy graves y dejación de las obligaciones que como Coordinador de Creación de la Planta Externa en Asturias le corresponde desempeñar:

1. Vinculación directa con la empresa INCATEL (Ingeniería, Canalizaciones y Telecomunicaciones, S.L) con domicilio social en la C/Hernán Cortés 9, 3º Raíces Nuevo Castrillón-Oviedo. Esta Empresa consta inscrita en el Registro Mercantil desde el 27 de octubre de 2010, con objeto social dedicado a la construcción completa, reparación, conservación y acabado de obras de todo tipo, y de obras públicas y privadas de toda clase (obra civil) y con tres o cuatro trabajadores a su cargo (según consta en la TGSS). Se ha comprobado su vinculación personal y familiar con la citada Empresa, en la que participan y prestan servicios personas directamente vinculadas a su entorno familiar, entre otros, su hijo Bernardo que consta como empleado por cuenta ajena en INCATEL (TC2 julio/2011) y Amparo que figura en nuestros archivos informáticos, declarado por Vd. como "otros tipos de relación" y madre de su tercer hijo, que aún cuando no figura dentro de la

organización y estructura de INCATEL, actúa como representante de la misma al realizar gestiones y enviar correos electrónicos en nombre de la citada sociedad.

Se ha podido constatar que INCATEL viene realizando trabajos como subcontrata de EZENTIS, bien de forma directa o encomendándose a terceros (C.G.S Ingeniería de Construcción y Obra Civil de Asturias). Concretamente la empresa citada, ha denunciado a Telefónica irregularidades en la ejecución y liquidación de Proyectos de obras en los que ha participado, haciéndose a Vd. Directamente responsable de las mismas, por ser quien asume la toma de decisiones en materia de presupuestos, proyectos, pagos etc..., en definitiva, por ser quien dirige y gestiona la citada empresa.

Durante el periodo de Enero a 30 de septiembre de 2011, INCATEL ha sido subcontratada de EZENTIS con relación a los contratos 12CO10A, 12CO11A y 12CO11C, participando al menos en 21 Proyectos de "obra civil o celador", con una facturación estimada de 208.457,48 e (más 7000puntos). En la práctica totalidad de esos proyectos no figura, en los estudios prácticos de Seguridad y Salud, ni la Empresa INCATEL, ni ningún empleado de la misma, circunstancia que sería preceptiva de haber trabajado en las mismas. Además en esos proyectos aparecen siempre otras empresas de Obra Civil y Líneas y Cables trabajando. Asimismo y respecto a las obras mencionadas, en 13 actuaciones/obras de los 21, se ha podido comprobar que tampoco están registrados los planos corregidos con la obra ejecutada y la diseñada en varias de las restantes actuaciones, sin que exista documentación alguna que lo justifique. Igualmente se constata que ninguna de ellas tiene informe de la Dirección Facultativa, lo cual, como Ud. Bien sabe, es obligatorio para aquellos proyectos de más de 150 puntos.

Por otra parte, se ha podido comprobar y confirmar con el responsable de la empresa CGS, que Vd. ha realizado funciones de gerente de INCATEL (con la que se encuentra vinculado familiarmente) subcontratando determinados trabajos derivados del contrato de bucle con CGS; trabajos que luego eran facturados por INCATEL y en algunos casos, no han sido abonados en su totalidad a la empresa ejecutora. No obstante, y aun cuando en la entrevista mantenida el pasado 19 de octubre Ud. Ha negado conocer esta empresa, a la vista de los extremos expuestos queda acreditado su vinculación con la misma, así como la confección de facturas desde su propio ordenador según se ha podido extraer del análisis forense de su equipo informático.

En consecuencia, y respecto a estos hechos, Vd. Por su condición de empleado y del puesto que ocupa como Coordinador de Creación de Planta Externa en Asturias, no puede estar relacionado ni participar o colaborar con empresas que concurren o tengan contratada con la Compañía la prestación de algún servicio relacionado con el objeto social de Telefónica. Asimismo tampoco puede apoyar, conceder, decidir o influir en contrataciones y subcontratas que tengan relación con familiares o parientes suyos, ni menos aun reclutar o hacer de intermediario con otras empresas para la realización de los trabajos. Y en este caso ha quedado acreditada su vinculación personal y familiar con INCATEL, tanto del resultado de la auditoría practicada a su ordenador el pasado 19 de octubre, así como de las entrevistas realizadas con los responsables de las contrataciones y con sus colaboradores.

2. Falta de control sobre la actividad y facturación de Ezentis e incumplimiento de los procedimientos internos y normativas específicas aplicables, como por ejemplo la Norma OP-725-NO-001 y Norma OP-725-PR-004, además de una total dejación de las obligaciones del puesto que ocupa como responsable de Coordinación de creación de Planta Externa en Asturias e incumplimiento de las funciones definidas en la ficha técnica de su puesto de Coordinador de creación de Planta Externa y que consta en los procesos de calidad.

Se han analizado 39 obras con petición de Dirección facultativa del ejercicio 2011 y se ha podido verificar que:

- 7 obras (de más de 150 horas baremo) están sin proyecto visado y sin que la empresa encargada de la dirección facultativa lo haya recibido. En concreto, nos referimos a los proyectos 1497335, 1509310, 1511362, 1512614, 6089216, 6094711, 6096518.

- 10 obras (Proyectos nº 1336841, 1442096, 1442097, 1442098, 1442101, 1442103, 1442119, 1442123, 1488090, 1492205) en las que se ha solicitado la Dirección facultativa y el proyecto visado después de la finalización de los trabajos.

- En varias obras de las restantes, han existido problemas de comunicación por parte de la Empresa Colaboradora Ezentis, lo que ha impedido a la Dirección facultativa, la realización de ciertos controles preceptivos.

Esto ha implicado que los Proyectos encomendados a la Empresa Contratista no se hayan ejecutado conforme al diseño inicialmente previsto, no existiendo documentación expresa que ampare la autorización

por parte de telefónica, ni la validación de las modificaciones sustanciales que se han producido en las obras ejecutadas, siendo Vd. El responsable de validar y realizar dichas autorizaciones. Asimismo se ha comprobado la existencia de importantes desviaciones presupuestarias, principalmente en obra civil, ante la disparidad entre los proyectos diseñados y los ejecutados, que han tenido que ser asumidos por Telefónica con el consiguiente perjuicio económico por la misma. Estos incumplimientos se han constatado al menos en los siguientes Proyectos:

- En 15 Obras/Proyectos que identificamos con los números 1356153, 5925655, 1313002, 1442097, 1467790, 1475172, 1488090, 6039188, 1425607, 1361527, 1427616, 1452217, 1436933, 1459155, 1457746, de las 31 obras seleccionadas entre finales de 2010 y septiembre de 2011, se ha comprobado que existe una desviación sustancial de presupuesto, así como cambios fundamentales que afectan al diseño de la obra, no respetando lo que establece la normativa (Normas OP-725-NO-001) que contempla que en estos casos debe procederse a la anulación del proyecto, para formularse y aprobarse uno nuevo, que lo sustituya y recoja sus cargos reales.

- En las obras en las que las modificaciones no ha sido sustanciales, tampoco se ha seguido las obligaciones especificadas en la Norma OP-725-PR-004, que determina que si durante la ejecución de los trabajos se producen modificaciones de los diseños iniciales, debido a incidencias ocurridas con trascendencia contractual, estas deberán documentarse mediante notificaciones entre la Empresa Colaboradora y la Unidad de Planta Externa, circunstancia que no se ha producido por ejemplo en los Proyectos 01432872 y 01447062.

- Asimismo se ha comprobado la existencia de desviaciones sustanciales del presupuesto de obra civil en 8 de las 31 obras analizadas, incluso con porcentajes de hasta un 223% (Proyecto nº 1356153). Esto no hubiera ocurrido si Vd. Cumpliendo las obligaciones que le competen, y hubiera solicitado la dirección facultativa que corresponde.

Durante el transcurso de la investigación se han realizado entrevistas los días 19 y 20 de octubre de 2011 por Responsables del Área de Auditoria e Inspección con proyectistas de la Unidad a la que se encuentra adscrito, en la que informan de la práctica habitual e irregular de su unidad en la que no se permite a los proyectistas el seguimiento de la obra hasta el final, con las implicaciones que ello conlleva de pérdida de control de la obra realizada, ineficiencias técnicas y perjuicios económicos para Telefónica.

3. Incumplimiento del contrato bucle respecto a la necesidad de recabar, con carácter previo, autorización expresa por parte de Telefónica para la realización de Unidades singulares vinculadas a Proyectos. Concretamente en todas las obras analizadas se ha comprobado la existencia de gran número de unidades singulares que no están justificadas, o en caso de haberse ejecutado no ha existido previa autorización de las mismas, lo que evidencia una ineficiente gestión de las obras realizadas por la empresa colaboradora. En concreto:

- En el 100% de las obras con Unidades singulares analizadas en el periodo enero a septiembre 2011, se ha confirmado la inexistencia de autorización expresa por parte de Telefónica.

- El 100% de las unidades singulares analizadas recogen trabajos baremados en conceptos del contrato global de bucle que deberían haber sido tramitados como tales. De este modo se ha pagado actividades realizadas a mayor precio que de haberse realizado según lo previsto en el contrato de bucle. En muchas de estas obras (por ejemplo 01452217, 01427616, 01459155) aparece en la Aplicación SGIP (herramienta para la gestión y registro de los proyectos realizados), un estudio práctico, firmado por la Empresa Colaboradora Ezentis que indica que "no se observan puntos singulares objeto de precio contradictorio"

- Asimismo en las obras analizadas en el Informe nº 037/2011/TE emitido por Auditoria e Inspección se ha comprobado que en los Proyectos 1298627, 01306204, 01317525, parte de las Unidades singulares tramitada y pagadas no coinciden con la realidad de los trabajos ejecutados.

4. Pagos indebidos que por el puesto y responsabilidad encomendada debería haber supervisado y controlado, poniendo en conocimiento de la Empresa la irregularidad en la emisión de facturas. Asimismo en el proyecto nº 01436933, se ha detectado una factura con 950,75 puntos de obra civil, que ha sido abonada a una empresa PRODICAM SL que manifiesta no haber realizado los trabajos. Además del resultado de la auditoria de su PC se ha encontrado la factura de la empresa encargada de la Dirección Facultativa del proyecto, en el que se indica que Avanzit no ha realizado obra civil alguna.

A mayor abundamiento en la entrevista mantenida el 28/09/2011 con el apoderado de PRODICAM SL manifiesta que como subcontrata de Ezentis se le ha compensado la realización de trabajos, con facturas

pertencientes a obras en las que PRODICAM S. L nunca había trabajado como en el Proyecto 143933 en Ribadesella por la que se emitió la factura 10/10.

Estas irregularidades en la emisión de factura indebidas se ha realizado con su conocimiento y la mediación de Ezentis.

Se han detectado además pagos por trabajos no realizados o realizados por otros, en proyectos con empresas colaboradoras de Ezentis que han sido abonadas por telefónica de manera indebida (por ejemplo 01437663, 01429314, 01419241, 01467672).

De la misma manera, se han abonado a Avanzit (Ezentis) trabajos de Obra Civil, informados como realizados por la empresa INCATEL sin aparecer sus trabajadores ni la propia empresa en los informes de campo (Estudio práctico e informe de seguridad y salud). También de le han abonado trabajos de líneas y cables cuando la citad empresa (INCATEL) tan solo dispone de una cuadrilla dada de alta en Avanzit para realizar obra civil.

5. Irregularidades en el desmontaje de cables sin servicio, que Vd. Debería haber controlado, puesto que se ha comprobado que se ha retirado mas cable de lo informado en el Proyecto y en las certificaciones del mismo. Además se ha confirmado su interrelación con empresa vinculadas con el desmontaje y venta de cableado que ha sido objeto de denuncias por parte de la Empresa.

Los hechos anteriormente relacionados evidencian la realización de actividades desleales para con los intereses de Telefónica de España, al estar directamente vinculado con una empresa colaboradora a la que se le han estado encomendando proyectos y actividades empresariales, sin que Vd. En ningún momento comunicara ni solicitara autorización a esta Empresa, con la finalidad de obtener beneficios personales de esta intermediación realizada en beneficio y provecho propio.

Asimismo se ha constatado una dejación de las funciones que como Coordinador de Creación de Planta Exterior tiene encomendadas, así como la falta del mas mínimo y exigible control y supervisión tanto del proceso de certificación de unidades singulares, como del cumplimiento de los procedimientos internos de ejecución de contratos: visado de contratos, dirección facultativa, comprobación de licencias de obra...En definitiva, actuaciones totalmente irregulares en la realización de su actividad, que ha provocado serios perjuicios para los intereses empresariales con daños económicos asociados, así como de imagen de responsabilidad corporativa. Actuaciones de la cuales Vd. Se ha beneficiado según las declaraciones realizadas por los denunciantes.

La Dirección de la Empresa, considera estos hechos constitutivos de falta laboral de carácter MUY GRAVE, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores por transgredir la buena fe contractual y suponer un abuso de confianza en el desempeño del trabajo, con el agravante de ocupar un cargo de confianza y responsabilidad adicional en la Empresa. En consecuencia, se le impone la sanción de DESPIDO que se hará efectiva al día siguiente hábil de la recepción del presente escrito.

Le ruego firme y feche este documento con la debida constancia.

Atentamente".

8º.- Telefónica España SAU, utiliza en toda la actividad de ejecución de obras el contrato marco de bucle utilizado a nivel nacional. Los criterios de control de proyectos específicos de la Planta Exterior, se rigen de forma fundamental por la normativa contenida en la OP-725-NO-001, la cual exige expresamente que toda obra a realizar se documente formalmente siendo así que la planificación y validación de los proyectos se contemple en SGIFE a través de una hoja de seguimiento según el procedimiento de "diseño de redes urbanas, interurbanas y electroópticas". Las obras para adecuarse a la normativa deberán definirse en planos de proyectos y cualquier modificación en una obra definida en un plano obliga a realizar una nueva edición de éste. Telefónica España SAU regula en su normativa OP-725-PR-004 los requisitos y reglas a seguir en la ejecución de proyectos de creación de planta externa por empresas colaboradoras. Así la asignación de un proyecto a una Entidad colaboradora se grabara en la aplicación corporativa TELESAP/SGIFE, exigiendo como norma básica que si la empresa colaboradora no ha elaborado el diseño del proyecto de obra a partir de la información contenida en el mismo, realizará un estudio de viabilidad y comunicará los puntos singulares de posible objeto de precio contradictorio, detalles no contemplados en el proyecto y discrepancias en la valoración de la obra o plazo de ejecución. Una vez realizado el estudio practico por la Entidad Colaboradora esta realizará la petición de materiales en la WEB de materiales/SGIFE para que la Unidad gestione el pedido y a la entrega y/o recepción de materiales, la Entidad colaboradora firma un alabarán en la que figura, el material, la clase y cantidad. La Unidad de Planta Externa realizará reuniones periódicas mensuales con

las Entidades Colaboradora en las que se analizara la situación en la que se encuentre la ejecución de las obras, durante la ejecución de los trabajos pueden surgir modificaciones a los diseños iniciales por incidencia ocurridas que deberán documentarse mediante notificaciones entre las Entidades Colaboradoras y la Unidad de Planta Externa, en las que se reflejaran las aceptaciones de las modificaciones que se propongan que dan lugar a segundas ediciones del proyecto y/o suplemento de obra. Durante la ejecución de la obras, la Entidad Colaboradora deberá introducir las distintas certificaciones en la herramienta que existe para esta función que se diseño con el nombre NILO. Una vez terminada la obra se procederá al cierre Técnico- Económico y ajuste de material, se importaran desde NILO mediante Interface SGIPE-NILO las certificaciones del proyecto en cuestión. Una vez se tengan las certificaciones reales cargadas en SGIPE se pedirá el material suministrado a TELESAP, y una vez en SGIPE, el material instalado procedente de NILO y el suministrado procedente de TELESAP se procederá a su ajuste mediante transferencias de material entre proyectos a realizar, y una vez cuadrado el material, se recalculan las normas de liquidación del proyecto y se mandarán a TELESAP, de esta forma con el material suministrado y el utilizado se obtendrán los datos para el cálculo de la chatarra. Realizadas las peticiones de devolución de chatarra por desmonte y por sobrante, se pide el cierre técnico en TELSAP dándose inicio al proceso de liquidación del proyecto, que a través de un proceso de amortización de las inversiones realizadas y planta instalada pasan a formar parte del inventario de la empresa. Toda la documentación se archivara en soporte informático por tiempo no inferior a 5 años y ello constituye el registro de actividad de las Unidades de Planta Externa.

9º.- Telefónica España emitió en septiembre de 2011, la Instrucción OP725-IN-045 por la que establece los requerimientos singulares para la certificación de Unidades Singulares en Planta Externa, según la cual "nunca se valorarán trabajos con Unidades Singulares si en el contrato existen Unidades de obra que recogen de forma específica los trabajos a ejecutar" y "las justificaciones de la necesidad de Unidades Singulares y su valoración se realizarán por fotografías, croquis, y/o memorias explicativas. Según tal norma" todas las Unidades Singulares deberán venir autorizadas por el nivel de responsable de Telefónica que se señala en la siguiente tabla:

- UUSS hasta 6000 euros-----coordinador o jefe
- Hasta 20.000 euros-----gerente
- Superiores-----director.

Señalando que "ninguna unidad singular podrá ser certificada sin estas autorizaciones".

10º.- La inversión Ingeniería Planta Externa de Asturias en el periodo que se extendiendo desde el año 2007 al año 2011 asciende a la cifra de 35.433.761 euros, de los cuales la cifra de 9.482.447 euros corresponden al año 2010 y 3.368.182 euros corresponden al año 2011, seguido el Principado de Asturias en relación a la cifra de inversión por la provincia de Cádiz con un total de presupuesto de inversión para el mismo periodo de 27.597.369 euros.

11º.- La Dirección General de Telefónica SAU aprobó un Código de Conducta en fecha 20 de marzo de 2002, en relación a la conducta de directivos, mandos y empleados que deben relacionarse con las empresas contratistas y proveedores, en el cual se establecen para ellos unas normas, que se concretan en mantener la confidencialidad extrema de la información o documentación que conozcan en el desarrollo de su trabajo, mantener el trato igualitario entre todas la empresas incluidas en un procesos de licitación y contratación, actuar con transparencia en todas las actividades relacionadas con las empresas contratistas y proveedoras, actuar con transparencia en las reuniones de toma de decisión, estableciendo que ninguna persona vinculada a las funciones de directivo o mando o empleado podrá tener relación laboral con empresas contratistas o proveedoras, deberán poner en conocimiento del superior jerárquico la existencia de relaciones personales o familiares con responsables de empresas contratistas o proveedoras, no aceptarán invitaciones o regalos que exceden la consideración de cortesía o publicidad, y ninguna persona podrá beneficiarse de descuentos u otras ventajas en compras particulares que realice a empresas contratistas o proveedoras que no sean las condiciones generales de aplicación en el mercado. Eutimio firmo la recepción de dicho Código que le fue enviado por la Empresa Telefónica, y acepto su contenido en fecha 18 de abril de 2002.

12º.- EUROCONTROL S. A desde la fecha 25 de septiembre de 2009 es la empresa adjudicataria de contrato "Servicio de Dirección Facultativa de Obras" para Telefónica y lleva a cabo la supervisión y dirección facultativa de obras de planta exterior que se desarrollan en Asturias.

13º.- Eutimio intervino en la dirección y gestión de INCATEL (empresa cuyo objeto social es la construcción completa, reparación y conservación de todo tipo de obras), que ha intervenido

realizando diversos trabajos como subcontrata de EZENTIS, Entidad Colaboradora de Telefónica, en obras correspondientes al ejercicio 2010 y 2011, bien de forma directa o encargando el trabajo a terceras empresas como la entidad CGS. El citado gestiona la empresa INCATEL, subcontratada de EZENTIS sin haberlo declarado, y participando en ella personas de su entorno, así su hijo Bernardo (que en la actualidad cursa estudios en la Universidad de Oviedo) fue asalariado en INCATEL en el mes de julio pasado, en concreto desde el 18 de julio hasta el 26 de julio de 2011, y la mujer del actor, Amparo, realizó gestiones como representante de la referida empresa enviando a distintas empresas correos electrónicos y comunicaciones diversas en nombre de tal Entidad. Desde del mes de enero al de septiembre de 2011, INCATEL ha sido subcontratada de EZENTIS con relación a los contratos 12CO10A, 12CO11A y 12CO11C, participando al menos en 21 proyectos de obra civil con una facturación que rebasa los 208.000 euros y en más de 7.000 puntos, aprobados durante la labor de coordinación del Sr. Eutimio, y en ninguno de los estudios o proyectos de estos trabajos aparece la empresa, ni ningún trabajador asociado a la misma, y en 13 de tales actuaciones, no están registrados los planos corregidos de la obra ejecutada en las aplicaciones al efecto, no existiendo coincidencia en muchos de tales proyectos entre la obra ejecutada y la diseñada, no constando informe de la dirección facultativa. El actor intervino y conoció la subcontratación de determinados trabajos derivados del contrato de bucle con CGS facturados por INCATEL y en ocasiones sin haber sido abonados en su totalidad a la empresa ejecutora.

14º.- En el ejercicio 2011, los Proyectos de obras que afectaron a Telefónica identificados con los números de proyecto 1497335, 1509310, 1511362, 1512614, 6089216, 6094711, 6096518 no cuentan con visado, y la empresa encargada de la dirección facultativa no lo ha recibido, y en algunos proyectos tales como nº 1336841, 1442096, 1442097, 1442098, 1442101, 1442103, 1442119, 1442123, 1488090, 1492205, se ha solicitado la Dirección facultativa y el proyecto de visado con posterioridad a la finalización de los trabajos, sin que se hayan validado obras ni recabado las autorizaciones por parte de Telefónica y sin que el Sr. Eutimio, en el ejercicio de sus funciones, lo hubiera puesto en conocimiento de la empresa a sabiendas de que incumplía sus funciones de control y coordinación.

Entre el año 2010 y 2011 en las obras identificadas con los números 1356153, 5925655, 1313002, 1442097, 1467790, 1475172, 1488090, 6039188, 1425607, 1361527, 1427616, 1452217, 1436933, 1459155, 1457746, se ha detectado una desviación presupuestaria ante la falta de coincidencia sustancial entre lo proyectado o diseñado y lo ejecutado sin que tal circunstancia se hubiera percibido a Telefónica a sabiendas por el Sr. Eutimio como coordinador, y sin que en tales casos de modificaciones sustanciales no pusiera en marcha las labores necesarias para anular el proyecto y para lograr que se formulara y aprobara otro nuevo que lo sustituya y contemplara los cargos reales.

En los proyectos nº01432872 y nº01447062 hubo modificación de los diseños iniciales sin que por el Sr. Eutimio se procediera a promover su documentación mediante notificaciones entre la Empresa Colaboradora y la Unidad de Planta Externa.

En el proyecto de obra nº1356153 ha existido una desviación presupuestaria de más del 200%, sin que en tal caso se hubiera detectado a la empresa por el Sr. Eutimio ni se hubiera solicitado por su parte la dirección facultativa que corresponde.

15º.- En el 100% de las obras con Unidades Singulares proyectadas desde enero a septiembre de 2011 y en cuya coordinación intervino el Sr. Eutimio, no existe autorización expresa por parte de Telefónica en cumplimiento del contrato bucle, sin que el Sr. Eutimio como coordinador hubiera promovido que se recabe la autorización expresa de la empresa Telefónica para la realización de Unidades Singulares vinculadas a Proyectos.

En el 100% de las Unidades singulares se baremaron en conceptos del contrato global de bucle y no fueron tramitadas como tales, y en ciertas obras tales como la nº01452217, 01427616 y 01459155 en la aplicación de la herramienta para la gestión y registro de proyectos realizados consta un estudio firmado por EZENTIS que indica expresamente que "no se observaron puntos singulares objeto de precio contradictorio".

En los proyectos nº1298627, 01306204 y 01317525 parte de las Unidades Singulares que se proyectaron y pagaron no se corresponden con la realidad de trabajos ejecutados.

16º.- El proyecto de obra nº1436933 de la Planta Exterior de Telefónica se recoge una factura de 950,75 puntos de obra civil que fue abonada a la empresa PRODICAM que no consta que hubiera realizado trabajo alguno en tal concepto. En el proyecto de obra nº143933 en Ribadesella PRODICAM como subcontrata de EZENTIS obtuvo una compensación de realización de trabajos con facturas pertenecientes a obras en las que

nunca intervino, sin que el Sr. Eutimio como coordinador hubiera procedido a supervisar tales irregularidades y puesto en conocimiento de la Empresa a la que pertenecía tales hechos.

En las obras nº01437663, 01429314, 01419241 y 01467672 se efectuaron pagos por trabajos no realizados con empresas colaboradoras de Ezentis que han sido abonados por Telefónica, sin que tal circunstancia fuera denunciada por el Sr. Eutimio .

17º. - Al menos en el curso de obras de los ejercicios 2010 y 2011 se ha procedido de forma irregular y sin que quede acreditada la responsabilidad concreta, al desmontaje de cables de obras sin servicio, sin estar amparados en ningún proyecto y sin consentimiento ni conocimiento de Telefónica en el momento de producirse. Los trabajos de desmontaje de cable interurbano 50CEF de la línea que une las centrales de Trubia y Proaza, y el cable interurbano 1 CEF de la línea que une las centrales de Oviedo (San Lázaro) y Soto de Ribera se facturaron en unidades singulares de los proyectos 01298627, 01306204 y 01317525. En los Proyectos 01298627, 01279555 y 01323719 se llevo a cabo el desmontaje de cables certificando los mismos a otros proyectos como unidades singulares, sin que conste el control previo ni la puesta en conocimiento de la situación a Telefónica por parte del Sr. Eutimio como encargado de la Coordinación de Planta Externa. En el informe 26/2010/TE en relación a robo de cable realizado a nivel nacional por la empresa Yarnoz y Vega el interlocutor de Asturias para la comprobación del trabajo de inspección fue el actor D. Eutimio que informo solo de un proyecto de desmontaje de 15.361 metros que telefónica no había facturado en el momento del informe. De igual forma consta que en fecha 5 de octubre de 2011 camiones de la empresa RMDSA cargaron bobinas de cable nuevo de Telefónica y en fecha 19 de octubre de 2011 fue trasladado material de una nave sin identificar ni rotular en el Polígono de Asipo a las instalaciones de AVANZIT sin que conste ningún tipo de control o supervisión por el Coordinador de Planta Externa Sr. Eutimio y sin una puesta en conocimiento de tales hechos por su parte a al empresa Telefónica.

18º.- El actor, Sr. Eutimio , en las notas de la Empresa Telefónica en relación a la evaluación de sus objetivos individuales y en la baremación de la valoración del desempeño de su función ronda desde el año 2000 hasta el año 2010 una valoración del 100% o próxima a tal porcentaje, sin que la Empresa Telefónica hubiera abierto expedientes disciplinarios al mismo a lo largo de los años de servicio, a salvo del que es objeto de este procedimiento.

19º.- Como consecuencia de la baja médica de D. Anibal , Coordinador de Creación de Red Planta Externa de las provincias de León, Zamora y Palencia desde la fecha 1 de septiembre de 2010 hasta el 23 de junio de 2011, se hizo cargo con carácter provisional de tal Coordinación, D. Eutimio . Durante este tiempo el Grupo Estable de Ingeniería Planta Exterior de Zamora consiguió el Premio Optima.

20º.- En fecha 23 de noviembre de 2011, Telefónica hace públicas las bases del proceso para seleccionar candidato para el puesto de Coordinador Creación Planta Exterior de Asturias y Cantabria.

21º.- El actor en este procedimiento, el Sr. Eutimio , recibió una comunicación del gerente de Telefónica Sr. Efrain en fecha 20 de octubre de 2011, por la que le decía "hasta nueva orden tomate unos días de vacaciones y no vengas por la oficina ni contactes con ninguna persona de tu equipo". En fecha 24 de octubre de 2011, Eutimio presentó ante los Juzgados de lo Social de Oviedo, demanda frente a Telefónica SAU, solicitando que se declarara no ajustado a derecho el cambio de vacaciones propugnado por la empresa, y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº5 de Oviedo de fecha 2 de noviembre de 2011 , estimó la demanda declarando que el segundo periodo de vacaciones del citado para el año 2011 se fijaba desde el 21 de diciembre de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2011 así como los días 5, 7, 9, 19 y 20 de diciembre.

22º.- En fecha 29 de julio de 2011, Eutimio interpuso una denuncia penal contra Jaime , responsable de la empresa Prodicam S.L, por supuestas amenazas.

23º.- El teléfono móvil nº NUM002 recibió una llamada en fecha 3 de noviembre de 2011 una llamada desde el nº NUM003 y consta el registro del nº 985296000, y en la misma fecha el teléfono nº NUM004 tiene la constancia del registro de una llamada efectuada desde el nº 985296000, siendo ambos teléfonos móviles de uso del Sr. Eutimio y de su esposa. El nº 985296000 es de uso de la Sociedad denominada Central de Localización de Madrid S. L con NIF B79157640.

24º.- En fecha 8 de noviembre de 2011 el actor acudió a consulta medica a causa de estado de ansiedad reactivo a problemática laboral, encontrándose en la actualidad a tratamiento medico con tranquilizantes.

25º.- En fecha 14 de diciembre de 2011, Telefónica España presentó una denuncia, contra D. Eutimio y dos personas mas, con la intención de que se investiguen los hechos relacionados con el ejercicio de las funciones de los denunciados, entre los que se encuentran algunos de los mencionados en la carta de despido

enviada al Sr. Eutimio , en el marco de sus relaciones con Telefónica por si pudieran ser constitutivos de infracción penal. Por Auto del Juzgado de Instrucción nº4 de Oviedo de fecha 6 de febrero de 2012 se acordó la apertura de diligencias previas en relación a la citada denuncia, y se acordó citar a D. Eutimio para ser oído en declaración en calidad de imputado.

26º.- El demandante no es ni ha sido representante de los trabajadores.

27º.- Intentada la conciliación el día 9 de diciembre de 2011, ésta terminó con el resultado de sin avenencia.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo desestimar y *desestimo íntegramente* la demanda formulada por D. Eutimio contra TELEFONICA ESPAÑA S. A. U., y el Fondo de Garantía Salarial absolviendo a los demandados de todas las pretensiones de la demanda."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Eutimio formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 11 de mayo de 2012.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 31 de mayo de 2012 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Oviedo, desestimando la demanda formulada por el actor, declaró la procedencia de su despido producido con efectos al 16 de noviembre de 2.011.

Frente a esta resolución articula el recurrente recurso de suplicación, que es impugnado por la empresa demandada.

En el primero de los motivos de recurso se interesa, por el cauce formal del artículo 193.a) de la Ley de la Jurisdicción Social, la nulidad de la sentencia y la reposición de las actuaciones al momento previo en que dicha resolución fue dictada, por haberse infringido normas del procedimiento que le han causado indefensión, citando como infringidos los artículos 120.3 de la Constitución española ; 97.2 de la Ley de la Jurisdicción Social; 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Articula el recurrente este motivo de suplicación sobre la base de "una defectuosa redacción de los hechos declarados probados, ya que algunos de ellos no deberían de haberse incluido por su manifiesta vulneración de derechos fundamentales, otros han sido omitidos cual la pericial del ingeniero de telecomunicaciones...", y, en definitiva, "porque la empresa demandada ha empleado una serie de pruebas obtenidas ilícitamente, que han tenido su efecto en la sentencia que se recurre".

Son dos las pruebas que el recurrente considera que han sido obtenidas de forma ilícita: la grabación de una conversación telefónica mantenida entre el actor y otro trabajador de la demandada, Jaime , y el análisis del disco duro del ordenador utilizado por el actor, que se extrae de éste "para proceder a su clonado y al fin del acto se precinta y custodia... y se deja en custodia de la Jefa de Recursos Humanos" (ordinal 5º).

En el Quinto de los Fundamentos de Derecho la Juzgadora declara: "El único documento de tal carácter (conversaciones privadas mantenidas por el actor con terceras personas) referido y denunciado por el actor es un extracto de una conversación grabada que se mantuvo supuestamente en fecha 22 de julio de 2.011 con el responsable de la empresa Prodicam, no fundamentando ninguna prueba concreta a efectos probatorios ya que no está corroborada con el soporte de la supuesta conversación al no haber sido admitida en el juicio como prueba, y únicamente tal conversación tiene valor a efectos probatorios en el sentido de que uno de sus supuestos interlocutores... ha declarado como testigo en el acto del juicio... y que sirven al Tribunal como un indicio más de las supuestas irregularidades... pero que no se aprecia vulneraron a efectos del juicio que nos ocupa derechos del trabajador, ya que el despido no se basa en esas declaraciones supuestamente privadas pues no es tal dato lo que refiere la carta y sobre lo que ha versado la prueba practicada".

La segunda de las pruebas denunciadas en el motivo de recurso hace referencia a la copia del disco duro del ordenador a lo que el actor no se opuso matizando, en primer lugar, que el consentimiento prestado estaba viciado al acudir engañado a la entrevista, y, en segundo lugar, alegando que "lo aportado a los autos

no es la copia que hicieron del disco duro o clonado. No hay, pues, ninguna garantía que la reproducción que se acompaña al juicio seas fehacientemente lo que el mismo contenía. Basta decir que la citada reproducción faltan seis hojas y que cuando solicitó como prueba documental anticipada los correos electrónicos contestan que "no se pueden aportar. No se han localizado correos electrónicos cursados entre el actor y la mercantil INCATEL..."

En ninguno de los dos supuestos alegados por el recurrente cabe apreciar indicios de vulneración de derechos fundamentales que le hayan causado indefensión. Se trata, por el contrario, de divergencias en la valoración de la prueba que podrían dar lugar, en su caso, a una revisión de la misma en el trámite de la censura jurídica, pero no pueden dar lugar a la nulidad que se interesa en el motivo ya que la denuncia de irregularidades en la tramitación del proceso, que constituyen el motivo de recurso contemplado en el apartado a) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, exige la concurrencia de varios requisitos configurados legal y jurisprudencialmente, que no concurren en el supuesto concreto y entre los que se encuentran los siguientes:

1) denuncia de la infracción de una norma o garantía de carácter procedimental, entendidas estas, salvo excepciones, en un sentido amplio que alcanza la vulneración de los principios recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española .

2) La denuncia ha de referirse no a la infracción de cualquier norma procesal, sino a una que debe estar cualificada por implicar la efectiva indefensión de la parte, entendiendo por tal la concurrencia de un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos.

SEGUNDO.- Con amparo formal en el artículo 193.b) de la Ley de la Jurisdicción Social se interesa la revisión de los hechos probados, modificación de los ordinales 4º, 5º, 6º, 14º, 15º y 23º y la supresión de los ordinales 13º, 16º, 17º y 25º, a fin de que, en base a la prueba documental que cita, queden redactados en los términos expresados en el escrito de formalización del recurso, que se dan por reproducidos.

La Ley de la Jurisdicción Social, en el artículo 193, recoge los tres motivos fundamentales del recurso, consistiendo el segundo en "revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas". La doctrina jurisprudencial elaborada en torno a este motivo se puede resumir, sistematizándola, por un lado, sobre las declaraciones relativas al hecho probado objeto de revisión y, por otro, sobre las declaraciones referentes a la forma en que dicha revisión debe llevarse a cabo.

En relación con el hecho probado se exigen como requisitos:

a) La concreción exacta del que haya de ser objeto de revisión;

b) La previsión del sentido en que ha de ser revisado, es decir, si hay que adicionar suprimir o modificar algo. En cualquier caso, y por principio se requiere que la revisión tenga trascendencia o relevancia para provocar la alteración del fallo de la sentencia; y

c) La manifestación clara de la redacción que debe darse al hecho probado, cuando el sentido de la revisión no sea la de su supresión total.

Por lo que se refiere a la forma de instrumentalizar la revisión se enumeran los siguientes requisitos:

a) Se limitan doblemente los medios que pongan en evidencia el error del Juzgador: por una parte, porque de los diversos medios probatorios existentes únicamente puede acudirse a la prueba documental, sea ésta privada -siempre que tenga carácter indubitado- o pública, y a la prueba pericial, y, por otra, porque tales medios de prueba, como corresponde a un recurso extraordinario, sólo pueden obtenerse de los que obran en autos.

b) No basta con que la revisión se base en un documento o pericia, sino que es necesario señalar específicamente el documento objeto de la pretendida revisión.

c) El error ha de evidenciarse esencialmente del documento alegado en el que se demuestre su existencia, sin necesidad de que el recurrente realice conjeturas, hipótesis o razonamientos; por ello mismo se impide la inclusión de afirmaciones, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada. Esto significa que el error ha de ser evidente, evidencia que ha de destacarse por sí misma, superando la valoración conjunta de las pruebas practicadas que haya podido realizar el Juzgador «a quo», y

d) No pueden ser combatidos los hechos probados si éstos han sido obtenidos por el Juez del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso.

Por tanto, a través de este recurso no puede pretenderse que el Tribunal Superior entre a efectuar una nueva valoración de la globalidad y conjunto de la prueba practicada, sino que la revisión de los hechos probados debe efectuarse mediante nuevo o nuevos documentos idóneos que patenten fehacientemente el error de hecho cometido y que, por tanto, no sea necesario acudir a operaciones deductivas o razonamientos lógicos para descalificar los hechos probados sentados por el Juzgador. Igualmente, siempre se ha señalado que el juicio valorativo sobre la globalidad y conjunto de la prueba practicada corresponde en exclusiva al Tribunal «a quo», puesto que así le viene atribuido por Ley.

En caso de duda acerca de las conclusiones fácticas que han de extraerse en el examen y valoración de un documento, en la medida en que de su lectura puedan sacarse conclusiones contradictorias o incompatibles entre sí, debe prevalecer la conclusión fáctica sentada por el Juzgador en virtud de la naturaleza excepcional del propio recurso que impide la valoración «ex novo» por el Tribunal Superior de la globalidad y conjunto de la prueba practicada. El documento en que se sustenta la revisión de hecho postulada en el recurso ha de ser hábil e idóneo y con una fuerza probatoria inmediata y evidente, sin necesidad de acudir a razonamientos o nuevos análisis u operaciones jurídicas, salvo que se acuda a algún precepto legal valorativo de la prueba practicada, que no es el caso. No aceptar estas reglas clásicas implica que la decisión o discrecionalidad judicial que siempre ha de existir en alguna medida, puede desbordarse y extralimitarse hasta el punto de transformar y alterar las propias reglas imperativas de orden público que rigen el proceso y los recursos y convertir en la práctica un recurso excepcional como es el de especial suplicación en un recurso de apelación.

Sentado cuanto antecede, es imprescindible basar las modificaciones pretendidas en documentos auténticos que sean hábiles para producirlos y que no estén contradichas con otras pruebas practicadas en el pleito; por tal motivo debe rechazarse la modificación propuesta, pues la misma no encuentra debido apoyo en prueba documental que ponga de manifiesto de una manera directa e inequívoca, sin necesidad de hipótesis, conjeturas y razonamientos, el error de la Juzgadora de instancia, cuya facultad de apreciación conjunta de las pruebas practicadas en juicio no puede verse afectada o desvirtuada por conclusiones diversas o valoraciones distintas de parte interesada, porque ello supondría tanto como un desplazamiento de la función de enjuiciar que el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 117.3 de la Constitución Española otorgan, en exclusiva, a los Jueces y Tribunales. Debe tenerse, además, en cuenta que el error judicial no puede confundirse con cualquier equivocación o discrepancia en el establecimiento de los hechos y por ende en la interpretación del derecho, y así el Tribunal Supremo define el error judicial como aquel que es craso y palmario.

No habiéndose, pues, acreditado que la Juzgadora haya incurrido en error valorativo alguno en la apreciación de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral debe desestimarse el motivo de recurso.

TERCERO.- Con amparo formal en el artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social denuncia el recurrente, como primer motivo de censura jurídica, infracción de los artículos 71 del Convenio colectivo; 68 del Estatuto de los Trabajadores y 24 de la Constitución española, al estimar que la no tramitación de un expediente contradictorio previo al despido determina la declaración de nulidad de éste.

En el primero de los ordinales de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, que el recurrente admite en cuanto no es objeto de impugnación, se hace constar que "sus funciones en los últimos años dentro de la empresa hasta que se extinguió su relación laboral con efectos a fecha 16 de noviembre de 2.011, han sido como Coordinador de Creación de Planos Exterior, estando su relación laboral, desde la fecha 1 de agosto de 2.000, fuera de la aplicación del Convenio colectivo que rige para los empleados de Telefónica España y cuya última está publicada en el BOE de fecha 4 de agosto de 2.011"

En consecuencia, al no regirse la relación laboral del recurrente por el Convenio colectivo de la empleadora demandada, es obvio que no puede atenderse una impugnación que se basa, exclusivamente, en dicha normativa colectiva que le es inaplicable en su totalidad.

Como segundo motivo jurídico se denuncia infracción del artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores, alegando prescripción de la acción por despido ejercitada por la empresa, al haber transcurrido el término de seis meses desde la comisión de una falta calificada muy grave.

Tampoco puede acogerse este motivo porque, conforme se alega en la impugnación del recurso, el "dies a quo debe computarse en el momento en que la empresa finaliza las investigaciones de verificación de la realidad de las denuncias y de la atribución al recurrente de su implicación...", iniciándose, por tanto, el plazo de prescripción desde el momento en que la empresa tiene la certeza de la realidad de las faltas cuya comisión se le imputa, lo que conlleva que el "dies a quo" debe iniciar su cómputo el 8 de noviembre de 2.011, fecha en la que, conforme se declara en el ordinal 6º de la relación de hechos probados de la sentencia de instancia, la

empleadora demandada conoce "las conclusiones del estudio e investigación de los hechos constatados en las diferentes denuncias...". Y, como quiera que la carta de despido se notifica el 15 de noviembre de 2.011, en ese momento la acción no se encuentra prescrita.

CUARTO.- Como tercero y cuarto motivo de recurso se denuncia, con el mismo amparo formal, infracción de los artículos 55 del Estatuto de los Trabajadores y 24.1 de la Constitución española, por vulneración de derechos fundamentales:

- primero: "el relativo a la intimidad del trabajador, a la hora de indagar en la obtención de pruebas sin cumplir las mínimas garantías prescritas legalmente" y

- segundo: vulneración de la garantía de indemnidad.

En relación al derecho a la intimidad del trabajador y su protección frente a injerencias provenientes del empresario el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 10 de julio de 2000, ha señalado, recogiendo jurisprudencia anterior, lo siguiente: "este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir que el derecho a la intimidad personal, consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución española, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 de la Constitución española reconoce e 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. Asimismo hemos declarado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales, como hemos puesto de manifiesto en nuestra reciente STC 98/2000, de 10 de abril".

Igualmente es doctrina reiterada del Tribunal Supremo 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. 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 artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, 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. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respecto a la dignidad del trabajador, como expresamente recuerdan los artículos 4.2 c) y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.

En consecuencia, el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo. Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos.

La doctrina jurisprudencial ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del control por parte del empresario del uso que el trabajador efectúa del ordenador facilitado por la empresa y lo ha hecho en las sentencias de 26 de septiembre de 2007 y de 8 de marzo de 2011. En la primera de las sentencias citadas se establece: "El control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario no se regula por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sino por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y a este precepto hay que estar con las matizaciones que a continuación han de realizarse. La primera se refiere a los límites de ese control y en esta materia el propio precepto citado remite a un ejercicio de las facultades de vigilancia y control que guarde "en su adopción y aplicación la consideración debida" a la dignidad del trabajador, lo que también remite al respeto a la intimidad en los términos a los que ya se ha hecho referencia al examinar las sentencias del Tribunal Constitucional".

La segunda precisión o matización se refiere al alcance de la protección de la intimidad, que es compatible con el control lícito al que se ha hecho referencia. Es claro que las comunicaciones telefónicas y el correo electrónico están incluidos en este ámbito con la protección adicional que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. La garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador.

La aplicación de esta doctrina constitucional y jurisprudencial al supuesto concreto conduce al rechazo del motivo, porque ni se acredita la vulneración del secreto de las comunicaciones, a las que no se hace alusión alguna en la carta de despido, ni se concreta por el recurrente el alcance de la violación de su intimidad

por la clonación del disco duro de su ordenador, así como tampoco las coacciones que denuncia para mostrar su conformidad a la apertura y examen de su ordenador, limitándose a una denuncia generalizada de omisión de "las mínimas garantías prescritas legalmente" en la indagación de pruebas.

QUINTO.- En el ordinal 21º de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia se hace constar lo siguiente: "El actor en este procedimiento recibió una comunicación del gerente de Telefónica en fecha 20 de octubre de 2.011 , por la que le decía "hasta nueva orden tómate unos días de vacaciones y no vengas por la oficina ni contactes con ninguna persona de tu equipo". En fecha 24 de octubre de 2.011, el actor presentó ante los Juzgados de lo Social de Oviedo demanda frente a Telefónica SAU, solicitando que se declarara no ajustado a derecho el cambio de vacaciones propugnado por la empresa, y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº5 de Oviedo, de fecha 2 de noviembre de 2.011 , estimó la demanda declarando que el segundo período de vacaciones del citado para el año 2.011 se fijaba desde el 21 de diciembre de 2.011 hasta el 30 de diciembre de 2.011, así como los días 5, 7, 9, 19 y 20 de diciembre"

La cuestión a resolver es la de si el despido del demandante tuvo su causa y razón de ser en una represalia por haber ejercitado el mencionado derecho constitucional, con vulneración de la garantía de indemnidad.

Es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional en torno a la garantía de indemnidad, bastando con invocar al respecto, por todas, la Sentencia 54/1995 de 24 de febrero (y las que en ella se citan), en cuyo Fundamento Tercero se razona que

"como recuerda la STC 14/93 , la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no solo se produce por irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulte una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos, de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a este mismo derecho fundamental (STC 7/93 de 18 enero), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (artículo 4.2.g)del Estatuto de los Trabajadores), mientras que el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 5 c), dispone que no podrá darse por terminada la relación de trabajo por haber presentado una queja o un procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente".

Y, en el propio Fundamento se señala que

"...como afirma la STC 14/93 , el derecho de tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, en virtud de la cual del ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. Así, en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los jueces y tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos".

En el presente caso no concurren indicios suficientes acerca de que fue el ejercicio, por parte del trabajador, de la acción para obtener el mantenimiento de su calendario de vacaciones lo que motivó la decisión de la recurrente de proceder a su despido. Los actos previos a esta decisión extintiva son anteriores a la presentación de la demanda por el actor, y del contenido del ordinal 21º se deduce un sentido a ese cambio de vacaciones contrario al sostenido por dicho interesado, es decir, esa alteración se hace en pleno proceso seguido para despedir al actor ("...hasta nueva orden tómate unos días de vacaciones y no vengas por la oficina ni contactes con ninguna persona de tu equipo"), respondiendo más a mantener alejado al actor de su trabajo y compañeros que a alterar su calendario vacacional. En consonancia su demanda y la sentencia estimatoria de sus pretensiones no influyeron absolutamente en nada en la voluntad empresarial de proceder a su despido, por lo que no puede apreciarse vulneración de la garantía de indemnidad que se denuncia en el motivo de recurso.

SEXTO .- Interesa el recurrente, como petición subsidiaria, la declaración de improcedencia de su despido, optando la empresa por su readmisión o bien indemnizarle con 45 días de salario de año de servicio y abono de los salarios de tramitación.

La resolución impugnada declara la procedencia del despido del actor realizando una interpretación alejada de la que hace la doctrina jurisprudencial de la denominada doctrina gradualista, máxime si se tiene en cuenta la antigüedad del trabajador, que data del 15 de setiembre de 1.987, sin haber recibido sanción alguna a lo largo de más de veinticuatro años de prestación de servicios para la demandada, Por el contrario, meses antes de proceder a su despido, había recibido el Premio Optima por los trabajos realizados con carácter provisional y para sustituir a un trabajador que había sido dado de baja médica, como Coordinador de Creación de Red Planta Externa en las provincias de León, Zamora y Palencia desde el 1 de setiembre de 2.010 hasta el 23 de junio de 2.011 (ordinal 19º). En el mismo sentido, el actor "en las notas de la Empresa Telefónica en relación a la evaluación de los objetivos individuales y en la baremación de la valoración del desempeño de su función ronda, desde el año 2.000 hasta el año 2.010 una valoración del 100% o próxima a tal porcentaje, sin que la empresa Telefónica hubiera abierto expedientes disciplinarios al mismo a lo largo de los años de servicio..." (ordinal 18º)

En el caso enjuiciado es preciso tener en cuenta que nos hallamos ante un despido disciplinario, que exige la prueba plena de una acción u omisión del trabajador que sea grave y culpable y tipificada por la normativa laboral, requisitos para cuya apreciación han de ponderarse de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo, por ello hechos idénticos pueden ser tratados de forma distinta según las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en el mismo.

Partiendo de ello en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo se ha considerado que el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero y 6 de abril de 1990 y 16 de mayo de 1991). La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1991 , entre otras muchas, expresa dicho principio en relación con el de la buena fe, en cuanto modelo de comportamiento común impuesto a las relaciones laborales por los artículos 5.a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores , erigido en criterio de valoración de conductas del que resulta justificado el despido para las que supongan una violación trascendente de la buena fe contractual, de modo que no cualquier trasgresión de ella, sino solamente la de carácter grave y culpable, es la que tiene calidad bastante para que resulte lícita aquella sanción.

En la larga carta de despido notificada al actor se van enumerando una serie de incumplimientos y conductas del trabajador en la prestación de sus servicios sin exponer el modelo alternativo en su actuación anterior; el trabajo realizado por un hijo del recurrente, no por él, para la empresa INCATEL, etc., sin que en ninguno de sus prolijos apartados ni siquiera se mencione el daño patrimonial, perjuicio económico, social o de otra índole sufrido por la empresa como consecuencia de la actuación imputada al actor. Esta actuación del trabajador es calificada por la Juzgadora como infracción muy grave y la sanciona con el despido.

Por el contrario, las conductas imputadas en sí mismas, en cuanto se desconoce cual había sido la anterior llevada a cabo por el trabajador que había sido evaluado en relación a sus objetivos individuales y en la valoración del desempeño de su trabajo, desde el año 2.000 al 2.010. con un porcentaje del 100% o próximo y unos pocos meses antes, había sido premiado por su buen hacer en el desempeño provisional de una puesto de trabajo idéntico al que venía realizando con carácter indefinido, conducta de la ninguna consecuencia perjudicial se derivaría, no puede determinar, automáticamente, la imposición de la más grave de las sanciones, esto es, el despido, porque no se puede mantener racionalmente que de semejante conducta del trabajador se derive "una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza en el desempeño del trabajo, con el agravante de ocupar un puesto de confianza y responsabilidad adicional en al empresa", porque no se puede llegar en una aplicación de la teoría gradualista de la culpabilidad, a que, sin haber sido sancionado nunca en su larga trayectoria profesional en la empresa demandada, se proceda, sin una advertencia o una amonestación, a aplicar la sanción máxima del despido.

La relación entre las faltas imputadas al trabajador y la sanción establecida evidencia la desproporcionada actitud de la empresa ya que, con claro abuso de derecho, ante la antigüedad del actor, que nunca fue sancionado por esas u otras faltas, y sin previa advertencia aplica la sanción máxima prevista a una falta muy grave en su grado máximo.

Por tanto, en atención a lo expuesto y toda vez que no constan acreditados los hechos fundamento de la decisión empresarial ni otros hechos que pongan de relieve la necesidad de una respuesta tan drástica como el despido, cabe considerar desproporcionada la sanción impuesta por la empresa, por lo que procede la revocación de la sentencia de instancia con acogida del recurso en su petición subsidiaria.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación formulado por Eutimio frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº3 de Oviedo en los autos seguidos a su instancia contra la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y MINISTERIO FISCAL, la que se revoca, declarando la improcedencia de su despido. Se condena a la empresa demandada a que, en el termino de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, y a su opción, dando por finalizado el contrato de trabajo indemnice a dicho interesado con una cantidad equivalente a 45 días de salario (184,98 euros diarios), por año de servicio (antigüedad de 15 de setiembre de 1.987), o a su readmisión en las mismas condiciones que regulaban su relación laboral, con abono, en ambos casos, de los salario dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia.

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

En cumplimiento del Art.229 de la LRJS, si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el **depósito** para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y debiendo indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "37 Social Casación Ley 36-2011". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Están exentos de la obligación de constituir el depósito el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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