

Id Cendoj: 30030340012009100596
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Murcia
Sección: 1
Nº de Recurso: 489/2009
Nº de Resolución: 710/2009
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DESPIDO DISCIPLINARIO

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00710/2009

ROLLO Nº: RSU 0489/2009

46050

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MURCIA

En la ciudad de Murcia, a veintiocho de Julio de dos mil nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Murcia formada por el Ilmo. Sr. Presidente D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, y los Ilmos. Sres. Magistrados, D. JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ y D. MANUEL RODRIGUEZ GÓMEZ, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente:

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. y D^a Sonia , contra la sentencia número 523 del Juzgado de lo Social número Tres de Murcia, de fecha 18 de Diciembre de 2008, dictada en proceso número 804/08, sobre Despido, y entablado por D^a Sonia frente a Telefónica de España, S.A.U. y D. Artemio .

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figuran declarados los siguientes hechos probados: "PRIMERO. SOBRE CIRCUNSTANCIAS LABORALES DE LA ACTORA. La actora D. Sonia , ha venido estando servicios para la empresa TELEFONICA DE ESPAÑA SAU., desde el 20 de junio de 1990, siendo su categoría profesional la de Titulado Técnico Medio de Primera Ventas, ocupando el puesto de trabajo de Responsable de la Cuenca KAM AAPP. Autonómico en Murcia desde finales del año 2007 (a primeros de septiembre de 2007) en virtud de nombramiento tras superar proceso selectivo (identificado como NUM000), en el que ostentaba

responsabilidades de tipo organizativo en la cuenta clave de grandes clientes y facultades representativas a nivel Institucional. En febrero de 2008, se le comunicó que se le asignaba un Salario Desempeño Puesto anual en 15 pagas de 64.996,20 € con efectos de 1-1-08, salario que integra la retribución fija anual con arreglo a la cual ha venido percibiendo la actora su salario fijo durante el año 2008. En concepto de retribuciones variables por incentivos la actora percibió en el periodo comprendido entre julio de 2007 y junio 2008 un total de 22.996,80 €, lo que da un importe anual total de 87.993 €. El salario diario a efectos de tramitación correspondiente al año 2008 incluyendo conceptos fijos y variables y prorratas de pagas extras es por tanto de 241,08 €. La actora en el desempeño de su cargo como KAM Autónomo dependía funcional y jerárquicamente del Director Territorial de la Compañía en la Comunidad Valenciana, Murciana y de Baleares, D. Artemio . SEGUNDO. PROCESO SELECTIVO NUM000 , PARA EL CARGO DEL KAM AA-PP EN MURCIA. PUESTOS INMEDIATAMENTE ANTERIORES OCUPADOS POR LA ACTORA. TRASLADO DESDE ANTERIOR DESTINO E INCORPORACIÓN. EQUIPO DEL KAM MURCIA La actora venía desarrollando en la empresa con anterioridad al cargo de Responsable del KAM Autónomo, el puesto de Jefe de Área Ventas Pymes en la Unidad organizativa, Unidades de Negocio, primeramente (1-4-04 a 1-4-07) en Castilla la M ancha (Albacete), y con posterioridad e inmediatamente antes de su incorporación al KAM de Murcia, en Alicante (desde 2-4-07 hasta su incorporación a Murcia), residiendo con su familia en Alicante antes de su incorporación a Murcia como responsable de la KAM. El proceso Selectivo para el puesto de de trabajo de Responsable de la Cuenta KAM AA.PP. Autónomo en Murcia, identificado como NUM000 , fue convocado en el Area de Dirección General de Empresas y Dirección del Sector AA.PP. (Administraciones Públicas), con arreglo a unas bases en las que se describían las funciones inherentes al puesto de trabajo convocado, las competencias, los conocimientos y experiencia requeridos e información a los candidatos sobre el plazo de presentación, sobre la inscripción, y lo que ello implicaba, entre otras cosas que no implicaría incorporación automática a entrevistas ó pruebas, a aceptación de los preseleccionados con mayor nivel, así como el modo de presentar las candidaturas y de obtener al respecto toda la información necesaria. A ese proceso selectivo se inscribieron inicialmente 35 candidatos, entre los cuales figuraba D. Benito , no figurando inicialmente la actora. Tras una primera preselección en atención al perfil de los candidatos y los datos profesionales recibidos, se procedió a realizar un listado de candidatos para el proceso selectivo a través de las oportunas entrevistas, y fue en esta fase cuando se incorporó la actora. Las entrevistas iniciales se realizaron por D. Celestino , adscrito al Área de Grandes Clientes, y en una primera valoración, y según se desprende del correo electrónico remitido en fecha 18-4-07 entre otras personas, a los Responsables de RRHH en **TELEFONIA DE ESPAÑA S.A.U.** (TESA en adelante), los dos candidatos favorables según su valoración fueron D. Gabino y D. Estanislao , siendo s a opinión sobre la candidatura de la actora desfavorable. También fueron entrevistados D. Gabino y la actora por D^a Elena que realizó un informe previo, que fue también tenido en cuenta en la valoración por D, Celestino . Este correo del Sr. Celestino también consta remitido al Sr. Artemio en la misma fecha. D. Artemio , al conocer el resultado de los informes de esas entrevista previas, remitió correo electrónico en fecha 23-4-08 en el que, entre otros, se dirigía al Sr. Celestino , indicando que desconocía quienes serían el resto de candidatos, y que agradecería que le fuera remitida la lista completa con el objetivo de realizar o no propuestas a la preselección realizada, así como que creía que en un proceso tan importante sería bueno ampliar la lista de candidatos a entrevistar, y preguntaba sobre si los candidatos sabían si estaban o no preseleccionados. Se le remitió lista completa de candidatas por correo de la misma fecha. Tras la entrevista del Sr. Benito efectuada por el Sr. Artemio se indica por correo electrónico de 5-5-07 a los demás encargados del proceso de preselección que el único de los entrevistados que conseguía un nivel medio-alto era el Sr. Benito , pero carecía de base de gestión, por lo que consideraba necesario que se revisan el proceso en profundidad Por nuevo correo de 14-5-07 se indica por el Sr. Artemio al Sr. Celestino que se lo ha solicitado por la D^a Elena que entrevistase a la actora a la que ya había entrevistado el Sr. Celestino , y que hasta ese momento no tenía ningún candidato para el puesto, continuando el proceso selectivo. El día 18-5-07 el Sr. Artemio se entrevista con la actora, y el 30-4-07 había entrevistado al Sr. Benito , y a otras 4 candidatos, entre los que también estaba D^a Adriana , que junto al Sr. Benito eran los únicos candidatos de Murcia al puesto convocado El resultado de la valoración del Sr. Artemio es de Nivel Medio-Alto para la actora y e] Sr. Benito , si bien añadiendo a dicha valoración a favor de la actora que demostraba "capacidad de liderazgo y transmitía gran vitalidad, entusiasmo y ambición"; mientras que respecto de] Sr. Benito se indicaba que "debería desarrollar habilidades en el liderazgo de equipos y en la gestión de personas". La valoración para el resto de candidatos fue la de Nivel Medio. Por nuevo correo de 23-5-07 el demandado Sr. Artemio informa al Sr. Celestino y a la Sra. Elena que ha finalizado la evaluación y que la conclusión era la de que ninguno de los candidatos conseguía un Nivel alto de adecuación al puesto, y que los únicos que conseguían un Nivel Alto medio eran la actora y el Sr. Benito , considerando que este nivel no era suficiente para acceder al puesto por lo que se debería reconsiderar & proceso y acudir a nuevas alternativas y una de ellas sería buscar el candidato fuera de la casa, existiendo un candidato en el mercado que era Enrique , contestando D^a Elena , que en su día ya pasó a Francisco el currículum de Enrique y le había comentado que primero había que agotar los candidatos internos antes de decidir ir a la calle. En el proceso Preselectivo intervino también una Consultora externa denominada RB Technology que en un primer

informe verbal a O. Francisco , indicó que la persona más sólida era la actora, confirmando con posterioridad esta postura por informe emitido en el mes de julio de 2007. Tras todas las entrevistas y valoraciones emitidas, D. Celestino comunica en correo de 16-7-07 que hay coincidencias finales a favor de la actora y que había que informarla de ello, y por D. Julio se indica en correo de la misma fecha que con dicha cobertura se daría por cerrado el proceso de responsables autonómicos. Finalmente se comunica a la actora su nombramiento verbalmente desde Madrid, que no he decidido por el Sr. Artemio , ya que no tenía facultades decisorias, sino tan solo competencias para hacer propuestas según valoración de entrevistas. La actora matricula a sus dos hijos en el Instituto Saavedra Fajardo de Murcia para el curso 200712008, y firma contrato de arrendamiento de vivienda, con plaza de garaje y trastero el 5-9-07 por importe de 1.200 € mensuales, y duración de un año, incorporándose a su nuevo puesto en Murcia la actora al día siguiente. El 27 de septiembre de 2007 se le comunica que se ha aprobado su incorporación como responsable Cuenta Clave 2' COM. AUTON. MURCIA y con dependencia de la Dirección de SECTOR AA.PP. con residencia en Murcia, y con efectos de 1-7-07, que se le asignaba un salario Desempeño Puesto anual en 15 pagas de 62.376 € y que podría percibir un incentivo anual por ventas, sujeto a la obtención de los objetivos previstos en el Plan Anual. Concretamente para el año 2007, su expectativa en cumplimiento era de 25.000 €. A la actora se le abonaron 9.000 € para compensar gastos de traslado de Alicante a Murcia y desplazamientos. El Equipo de la actora se componía de D. Roman (Jefe de ventas de la Cuenta KAM en Murcia hasta 30-12-07, D. Benito (Ejecutivo de ventas en Murcia), D^a Adriana (Técnico Comercial de la KAM), D^a Angustia (Técnico Comercial de la KAM), y también prestaba servicios en la Unidad de Grandes Clientes D^a Carmela , administrativa ofimática que también prestaba servicios en otras Unidades y no solo en Grandes Clientes. La actora no disponía de Secretaria particular en el desempeño de su nuevo puesto. TERCERO. PUESTOS DE KAM AA.PP. AUTONÓMICOS DE OTRAS CCAA. CONDICIONES DE PUESTO EN MURCIA Y EN BALEARES, DEPENDIENTES DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL OCUPADA POR D. Artemio . Además del puesto de responsable de la cuenta KAM en Murcia, existe este mismo cargo 6 puesto en otras CCAA, y en concreto KAM AAPP (administraciones públicas) en Castilla La Mancha, Castilla León, Baleares, Aragón, Murcia y Asturias, siendo la creación de dichos puestos relativamente reciente, pues data de julio del año 2007 aproximadamente su funcionamiento, y su objetivo fue la de establecer un enlace más directo entre la Compañía y aquellas CCAA en que los Directores territoriales no tenían su lugar de residencia en una determinada comunidad, siendo la actora la única mujer que ocupaba dicho puesto. Además de estos cargos de KAMs autonómicos, también existen otros, en Cantabria, Extremadura, La Rioja y Navarra, si bien no consta que estos últimos sean KAM AA.PP. (Administraciones públicas). La asignación de medios materiales, mobiliarios e inmobiliarios para el desempeño de cargos o puestos dentro de la compañía depende del Departamento de Inmobiliario sin que tenga poder decisorio alguno al respecto Sr. Artemio . Cuando la actora fue nombrada no existía ningún despacho asignado para el desempeño de KAM Autonómico, y se le comunicó que inicialmente compartirla despacho con el Sr. Carmelo , que cesaría en diciembre de 2007, si bien se solicitó la asignación de medios materiales, y se valoró la posibilidad de conseguir un nuevo emplazamiento, que luego se paralizó por motivos presupuestarios. La actora estuvo compartiendo con Don. Carmelo el despacho que éste venía ocupando hasta finales de diciembre de 2007, en que suscribió acuerdo de desvinculación Don Carmelo . En este despacho, además de la mesa de oficina que ocupada aquel, existía una mesa redonda de juntas, en la que podía trabajar la actora, y una masa auxiliar destinada a ordenador, en la que tenía la actora su ordenador y desde el que trabajaba. Esto ya incomodó inicialmente desde la toma de posesión de su puesto a la actora. El puesto de KAM Autonómico de Baleares fue ocupado por D. Gabino (Titulado Superior, licenciado en Ciencias Físicas), dependiendo también funcional y jerárquicamente al igual que la actora del Director Territorial D. Artemio . Tras su nombramiento para el puesto y cuando se incorporó, tampoco disponía el mismo de secretaria particular ni de apoyo administrativo directo, ni de despacho propio compartiendo el espacio de trabajo con el resto de personal en un espacio abierto de una Sala común en Palma de Mallorca, y así estuvo hasta septiembre de 2008 en que ya se le asignó un espacio propio, dentro de la Sala de Juntas multidepartamental. CUARTO. REUNIONES DE TRABAJO A LAS QUE ASISTIÓ LA ACTORA TANTO CON EL SR. Artemio COMO CON EL RESTO DE PERSONAL DE SU EQUIPO DESDE SU INCORPORACIÓN AL PUESTO KAM EN MURCIA HASTA EL INICIO DE PROCESO DE IT (SEPTIEMBRE DE 2007 A 30-1-08). La actora asistió en dicho periodo, a los Comités de coordinación Territorial de Valencia1

bajo la dirección del Sr. Artemio en las siguientes fechas: El 21-9-07 18-10-07, a estos dos asistió también el Sr. Gabino (KAM Baleares) y 15-11-07 en que se disculpó su asistencia éste último. En el año 2008 también constan celebrados varios Comités Territoriales a los que asistió el Sr. Gabino , y no asistió la actora por encontrarse de baja médica. A parte de a estos Comités, la actora asistió a reuniones de trabajo junto con el Sr. Artemio en las siguientes fechas: -,25-9-07 y 26-9-07 de Telefónica (Convención de Ventas para mandos de Madrid). -.15-10-07 con el Consejero de Medio Ambiente de la CARM, D. Sebastián con Servicios Jurídicos CARM (D. Valeriano) y con Jose Pablo CARM, todas ellas de contenido Comercia/Institucional, con motivo de la presentación de la actora. A estas reuniones acudió también Don. Carmelo . -.17-10-07 con el Presidente de la CARM, D. Jesús Manuel y Rueda de prensa, también con el

mismo motivo que las de 15 de octubre. A estas reuniones acudió también Don. Carmelo . -8-11-07 con la Consejería de Economía y Hacienda (con motivo del Congreso Nacional de Turismo Ciudad de Águilas), y con la UCAM (con motivo de la II Gala San Gabriel de Telecomunicaciones de Murcia). -2 1-11-07 con Colegio de Ingenieros de Telecomunicaciones de Murcia, con motivo de la celebración de la Noche de Telecomunicaciones de Murcia. A esta reunión asistieron otras 10 personas más pertenecientes a la compañía de TESA y siendo el evento organizado por el citado Colegio, en la cena se sentaron los asistentes según el Protocolo y listados de mesas enumerados con la indicación de sus componentes, sin que ni el Sr. Artemio ni la actora, ocupasen la mesa de Presidencia. -22-11-07 con Consejero de Educación CARM de contenido Comercial-Institucional.-28 al 29-11-07 con Tecnimnap con motivo de la Feria de la tecnología para las AAMM (Gijón). En esta reunión la que sugirió que debía asistir esos días el Sr. Artemio fue la actora. Además de a las citadas reuniones, la actora acudió a otras en las que no estuvo presente el Sr. Artemio , en compañía de todo ó parte de] personal de su equipo del KAM de Murcia en las siguientes fechas:-24-9-07 con la Dirección General de Informática de la Consejería de Hacienda de contenido Comercial/Institucional, con motivo de la presentación de la actora. -28-9-07 con la Dirección General del Servicio de Información de la Consejería de Economía de contenido Comercial/Institucional, con motivo de la presentación de la actora. -2-10-07 con el Instituto de Fomento, de contenido Comercial/Institucional. -4-10-07 con el SMS de contenido Comercial/Institucional. -9-10-07 con Secretario Audiovisual y de contenidos de la Consejería de Presidencia, de contenido Comercial/Institucional. -. 19-10-07 con el Secretario de Consejería de Educación, de contenido Comercial/Institucional. -31 - 10-07 con GISCARMSA de contenido Comercial/Institucional. -14-11-07 con la Fundación Integra con motivo de la apertura de Plicas Concurso Gestor de Ancho de Banda, de contenido Comercial. -30-11-07 con Directores Generales del IMAS de contenido Comercial/Institucional. -19 a 23-11-07 con motivo de Semana sesiones formativas a clientes de contenido Comercial. QUINTO.- COMUNICACIÓN EN EL ÁMBITO LÁBORAL ENTRE LA ACTORA Y EL SR. Artemio , Y CON EL PERSONAL INTEGRANTE DE SU EQUIPO. QUEJAS DE LA ACTORA TRAS SU TOMA DE POSESIÓN. Desde que la actora se incorporé a su puesto en el KAM Murcia a primeros de septiembre de 2007, su comunicación escrita a través del correo electrónico por motivos de trabajo con el Sr. Del Arco, fue amplia y casi diaria a través de múltiples correos electrónicos cruzados entre septiembre de 2007 y enero de 2008, resultando normalizada en lo que es el ámbito de una relación laboral. Con el personal de su equipo la comunicación a través del mismo medio fue menos frecuente, pero también normalizada, a pesar de la decepción sufrida por el Sr. Benito tras enterarse de que la candidata elegida para el cargo al que él también concursé, era la actora. La actora al incorporarse a su puesto de trabajo en Murcia se sintió decepcionada por la falta de cumplimiento de expectativas esperadas respecto al nuevo puesto en cuanto a las condiciones de ubicación, por la falta de despacho propio (compartía despacho con Don. Carmelo), de Secretaria, y a demás comunicó verbalmente al Sr. Artemio en el mes de noviembre que sentía la falta de apoyo de su equipo, y que no la reconocían como Jefa, a lo que el Sr. Artemio le respondió que tenía que liderar a su equipo y hacerse valer como Jefa del Equipo para que se le reconociera como tal. El viernes día 9-11-07 el Sr. Artemio se encontraba en Murcia y a través de su secretaria habla convocado a la actora y a su equipo para una reunión, si bien con posterioridad se le comunicó a la actora que al ser tarde quedaba desconvocada para otra fecha. Al ir a comer ese día el Sr. Artemio se encontró en el Bar con dos personas que formaban parte del equipo de la actora, en concreto con la Sra. Adriana y con la Sra. Angustia . La Sra. Adriana le comentó que sería interesante aplicar a Murcia el modelo de Baleares, y solicitó al Sr. Artemio que le diera una oportunidad al Sr. Benito como Jefe de Ventas, transmitiéndoles su preocupación por la marcha de la oficina cuando se jubilase el Sr. Arturo , a lo que el Sr. Artemio contestó diciéndoles que ja actora, Sra. Adelina , era la jefa y que lo que tenían que hacer era "ponerse las pilas", que Doña. Adelina era su candidata y tenían que trabajar más y apoyarla, y darle tiempo para que tomase las riendas. Por su parte el Sr. Benito comentó al Sr. Artemio que le habían hecho una oferta de trabajo por otra empresa, y le pidió su opinión sobre el tema de si debía aceptar ó si debía seguir, a lo que el Sr. Artemio le comentó pie eso era opción personal pero que debía valorar el tiempo que llevaba en la compañía por razones de seguridad, y que si esperaba era posible que en un futuro se produjese algún resultado y que se trataría la posibilidad de buscarle algún cargo. El Sr. Benito decidió únicamente no aceptar esa otra oferta y quedarse en la Compañía de telefónica. SEXTO. CURSOS DE FORMACIÓN REALIZADOS POR LA ACTORA DESDE SU INCORPORACIÓN AL KAM MURCIA. La actora durante el año 2007, y en concreto desde su incorporación al KAM Murcia realizó tres cursos, en distintas fechas: El 13-9-07, el 27-9-07, y el 12-11-07. Fue seleccionada por RRHH, para asistir a un Curso denominado "El desarrollo del Liderazgo Comercial a celebrar los días 18 y 19 de diciembre, 22 de enero y 6 de febrero, y la actora contestó primeramente el 14-12-07 que no podía acudir en los días 18 y 19 de diciembre, pero que estaba interesada en los siguientes módulos, por lo que preguntó si existía esa posibilidad de no asistir esos días y si tendría otra convocatoria. Por RRHH se le contesta el 17-12-07 que era preferible realizar el programa completo y que habla otro grupo en Barcelona y que quizás se realizar un tercero en Madrid, pero que no era seguro. La actora contestó en la misma fecha que en las fechas de final de año tenía reuniones establecidas para esas fechas y de obligada asistencia que le impedían asistir en los días señalados, por lo que solicitaba se le pasaran las fechas del Primer módulo para la convocatoria de Barcelona. La selección

para la realización del citado curso fue comunicada por D. Celestino a D. Artemio por correo electrónico el 13-12-07 y por éste a la actora en la misma fecha. La actora desde su incorporación a TESA hasta la fecha de su cese ha realizado un total de 73 cursos de formación y en el año 2007 antes de su incorporación al KAM Murcia realizó 2. SÉPTIMO. CON CONVERSACIONES ENTRE LA ACTORA Y EL SR. Benito , PREVIAS A REUNIÓN Y CONVERSACIÓN DE LA ACTORA CON EL SR. DEL ARCO DE 20-12-07, EN LA QUE EXPONE AL SR. Artemio NUEVAS QUEJAS Y PROPUESTAS. La actora comentó al Sr. Benito en el mes de diciembre que había salido una plaza de gerente de 1004 en Alicante y que tenía opciones ó posibilidades de que se la dieran. Asimismo le manifestó que tenía intención de volverse a Alicante por no haberse cumplido las expectativas que le habían sido ofrecidas, sobre todo a nivel económico, y que el 20 de diciembre tendría una reunión con el Sr. Artemio al que le iba a proponer que le nombraran a él como Jefe de Ventas, lo cual le fue agradecido por el Sr. Benito . En reunión mantenida por la actora con el Sr. Artemio el 20-12-07, la actora manifestó al Sr. Artemio nuevamente su descontento e incomodidad en su puesto del KAM en Murcia, por la falta de cumplimiento de expectativas ofrecidas, entre otras por la carencia de despacho propio, y le manifestó que había optado a una plaza en Alicante, y que tenía que replantearse que a lo mejor se podía quedar solo con dos comerciales, proponiéndole que nombrase al Sr. Benito para un cargo dependiente de ella, a lo que el Sr. Artemio se negó alegando que eso no era de su competencia y que no se podía organizar la estructura de la empresa en función de las expectativas personales. OCTAVO. REACCIÓN DE LA EMPRESA TELEFÓNICA TRAS LA REUNIÓN Y CONVERSACIÓN MANTENIDA ENTRE EL SR. Artemio Y LA ACTORA EL DÍA 20-12-07. A finales de diciembre la actora es convocada a una reunión con el Sr. Hernan , planteando la actora a este tras exponerle su situación, la posibilidad de acogerse a un expediente de regulación de empleo, y el Sr. Hernan le anima a seguir en su puesto de trabajo. La reunión y conversación mantenida el 20-12-07 entre la actora y el Sr. Artemio supuso la pérdida de confianza por parte de éste en la actora¹ a pesar de lo cual la relación de trabajo mantenida a través del correo electrónico sigue normalizada, animando incluso el Sr. Artemio a la actora en un correo remitido el 16-1-08 en relación a un asunto de trabajo indicándole que lo lidere y no se conforme, ofreciéndole su ayuda. El 29-1-08 e1 Sr. Artemio le comunica a la actora que la empresa había decidido que no se iba a contar con ella en la nueva estructura de Telefónica para el puesto KAM a partir de junio de 2003 y que se habían fijado un plazo de 6 meses para buscarle otro puesto en Alicante, pues de momento no había ningún puesto libre. NOVENO. PROPUESTA DEL SR. Artemio DE SUBIDA DE IPC PARA 2008. APROBACIÓN FINAL POR RRHH. RESULTADOS Y BENEFICIOS DE 2007 Y 2003 EN EL KAM AAPP MURCIA. SISTEMA SD/SC. D. Artemio propuso una subida del IPC en cuanto a las retribuciones fijas de la actora Doña. Adelina para el año 2008 del 4,75%, y respecto de otro trabajador, Sr. Luis Manuel propuso la misma subida, siendo finalmente aprobadas las Subidas de IPC del 4,20% para la actora y del 5,25% respecto de ese otro trabajador. Al comprobar el Sr. Artemio la asignación final, remitió un correo electrónico el 23-2-08 a D^a Elena indicando que había observado dos variaciones en la asignación final, referidas a estos dos trabajadores y preguntándole que si sabía por qué. A este correo contestó la Sra. Elena con otro de fecha 25-2-08 en el que indicaba que con respecto a Aitor porque Celestino le había pedido que su bolsa se acercan a la propuesta de RRHH y es lo que ella había hecho, y respecto de Adelina , que fueron Modesto y Primitivo los que decidieron aplicar IPC a la vista de que por la situación en la que se encontraban, no les parecía adecuada una propuesta por encima de esa cantidad. El Sr. Artemio propuso para D. Gabino (KAM Baleares) una subida del 4,01% para el año 2008, que resultó aprobada. Los objetivos y resultados obtenidos en el Sector de las Administraciones Públicas, en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia durante el ejercicio 2007 y 2003 (hasta el 39-9-08), arrojaron un crecimiento del 2,1 % en 2007 respecto de 2006, y del 9% en el 2008 respecto de 2007. En el sistema de valoración de competencias y conocimientos (SD/SC) establecido en la Compañía TESA el trabajador evaluado se da una puntuación así mismo y el valorador de otra. En el caso de la actora el valorador era el Sr. Artemio , y en la valoración efectuada respecto de la actora y del año 2007, es parecida la valoración dada por la actora y La indicada por el Sr, Artemio , aunque resulta ser inferior a la obtenida por la actora en puestos de trabajo anteriores. DÉCIMO, SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE LA ACTORA Y ACTUACIONES POSTERIORES DE LA MISMA. El 30-1-08 la actora inicia situación de incapacidad temporal en la que permaneció hasta el día 8-9-08 sin que quede acreditado el diagnóstico indicado en el parte de IT emitido por los Servicios públicos de Salud. Inició tratamiento psicológico y farmacológico prescrito en el ámbito de la medicina privada por facultativo de medicina general D. Heraclio , del Colegio de Médicos de Alicante el 11-12-07, que Te diagnostica Trastorno Mixto, ansioso depresivo (F34.22). No consta el tratamiento psicofarmacológico pautado. No acudió el mismo a revisión hasta marzo de 2008. El 3 1-3-08 es atendida en Servicio de Psiquiatría del Hospital Morales Meseguer, que diagnostica Episodio depresivo pautando Citalopram 20 mg. (1 al día) y Tranxilium 15 mg. (1 al día), evolucionando con progresiva mejoría hasta remisión de clínica en última revisión de 30-7-08, recomendando mantener tratamiento. A la actora se le da el alta médica el 8-9-08. La actora participó en el Proceso NUM001 del año 2006 por el que se ofertaba una plaza de Gerente de Ventas Telemarketing en Alicante, si bien no corista a pesar de lo manifestado al Sr. Benito y al Sr. Artemio que con posterioridad en el año 2007 la actora participara en el Proceso NUM002 del año 2007 por el que se ofertaba también una plaza de Gerente de Ventas Telemarketing en Alicante, y en el

que tras la realización de las entrevistas a las candidatas, resultó seleccionada finalmente D^a Vicenta, que ocupaba el cargo de Jefa de Área de la Coruña, según fue comunicado por correo electrónico de 17-1-07 por Nievas 5 enano de la Rubia desde el correo de D. Laureano de RRHH. La actora participó en otros procesos selectivos mientras estaba en IT y en concreto en los publicados el 10-3-08 con las claves NUM003 para JEFE CREACION PLANTA INMOBILIARIA DE ALICANTE, y NUM004 para JEFE OPERACIÓN RED ALICANTE. La actora no resultó preseleccionada en ninguno de ellos, concluyendo el primero en mayo de 2008 y el segundo en junio de 2008, si bien no contaba con experiencia en procesos y mantenimiento, ni en métodos constructivos, ni climatización, ni energía, ni en general en el área de infraestructuras, teniendo experiencia en área de Ventas Pymes, para pequeñas y medianas empresas. A la actora se le ofreció por la empresa demandada posteriormente a esto ocupar un Puesto de Jefa de Ventas que rechazó por considerar que esa categoría ya la había superado hacia 7 años. El 27-5-08 un letrado de un despacho de Alicante remite en nombre de la actora comunicación al Director de RRHH de Telefónica España, S.A.U., interesándose en llegar a una solución amistosa sin tener que acudir a los Tribunales al acercarse el mes de junio de 2008 y no haber recibido noticias la actora por escrito de la situación. La actora es nombrada el 2-6-08 apoderada de la sociedad HOSTELERIA GOBERNANTAS, S.L, constituida en escritura pública de 9-5-08 y con fecha de inicio de operaciones de 23-5-08. La citada empresa se presentó en el concurso licitado para la adjudicación municipal de acondicionamiento y explotación como hotel de la Casa del Gobernador de Tabarca, resultando finalmente adjudicataria otra empresa. Posteriormente el mismo letrado en fecha 20-6-08 vuelve a remitir a la demandada un correo electrónico en el que se describen las bases de un posible acuerdo de extinción de relación laboral valorando todo el coste en unos 475.000 €. DÉCIMOPRIMERO. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE ESTRUCTURA EN EL TERRITORIO Y C. VAL. -MURCIA-BALEARES. Se realizó por RRHH el 14-7-08 una Propuesta de Modificación de estructura (territorio V C. Val- Murcia-Baleares, integrada por un Director Territorial (D. Artemio), un Jefe de Ventas de Administración Local, Universidad y otros T-V (II). Vidal) y un Coordinador Experto Soporte Dirección T-V (1), Carlos Antonio). En esa estructura está prevista el establecimiento de 2 puestos de E-KAM 1 (AAPP), 1 en Baleares (ámbito del Gobierno Balear) y otro en Valencia (ámbito de la Generalitat Valenciana), un puesto de E-KAM 2 que sería ocupado por el actual Kam, D. Gabino en Baleares, 5 puestos de Ejecutivos de Ventas V3, de los cuales 33 dependerían del Jefatura de Ventas AA locales, Universidades y otros en T-V, y de los otros 2, uno en Murcia (17 Angustia) y otro en Mallorca con dependencia del Coordinador Experto en Soporte de Dirección, y por último 7 puestos Ejecutivos de Ventas V4, 1 dependiendo de Jefatura de Ventas AA

locales, Universidades y otros en T-V, y los otros 6 del Coordinador Experto en Soporte de Dirección, y de los cuales el de Murcia estaría ocupado por D. Benito. DÉCILOSEGUNDO. COMUNICACIÓN A LA ACTORA DE CARTA DE DESPIDO La empresa demandada remitió a la parte actora carta de despido de fecha 21 de julio de 2008 del siguiente tenor literal: "La Dirección de la Empresa, al amparo de lo establecido en el artículo 52 apartado c) del R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, ha decidido extinguir, con efectos de 23 de julio de 2008, su relación laboral. Dicha decisión responde a las razones organizativas siguientes: En fecha 1 de octubre de 2007 se produjo su incorporación a la localidad de Murcia tras participar voluntariamente en un proceso de selección y resultar seleccionada para desempeñar el cargo de K4M Autonómico de Murcia, encargada de las institucionales y comerciales con la Comunidad Autónoma de Murcia. Estuvo desempeñando el citado cargo desde el 1 de octubre hasta el 30 de enero de 2008 en que inició un proceso de Incapacidad Temporal en el que actualmente continúa. Durante este período de aproximadamente seis meses, la Dirección de la Empresa ha constatado que no existe la necesidad de mantener un perfil profesional de las características del KAM, en la Comunidad Autónoma de Murcia. Es por ello, y con motivo de la nueva organización recientemente aprobada para La Dirección de Grandes Empresas, en concreto, para la Dirección de Administraciones Públicas, Territorio V, su perfil profesional no se encuentra definido en la nueva estructura, ni tiene un encuadramiento concreto en ningún puesto del organigrama empresarial resultante. Por este motivo el mantenimiento de su puesto de trabajo es contrario a la buena organización de los recursos, por lo que la decisión de amortizar dicho puesto de trabajo responde a la necesidad objetiva requerida en el art 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, por constituir una medida racional desde el punto de vista organizativo, lo que justifica la decisión adoptada de resolver su contrato de trabajo. En consecuencia, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 53 del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, se ponen a su disposición las cantidades siguientes mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente de la entidad bancaria donde tiene habitualmente domiciliada su nómina Entidad BANCAJA NUM005 :- 87.174,53 Euros correspondiente al importe de la indemnización establecida en el apartado 1. b) del citado artículo. 5.342,10 Euros correspondiente al importe de 30 días de salario, según lo preceptuado en el nº 4 en relación con el 1.c del citado artículo 53. Agradeciéndole los servicios prestados en la Empresa, le comunicamos que asimismo ponemos a su disposición la liquidación que puede corresponderle como finiquito de su relación laboral, y que le será ingresada mediante nómina de liquidación en la anteriormente citada entidad bancaria y cuenta corriente". A la actora se le realizaron dos

transferencias con ambas cantidades que ya ha cobrado DÉCIMOTERCERO. PUBLICACIÓN DE MASTER OFICIAL POR LA UCAM. En la página Web de la UCAM www.ucam.edu/master_oficial/rnba/profesorado.htm de 21-11-08 salía publicado un master denominado MASTER OFICIAL MBA (MASTER BUSINESS ADMINISTRACIÓN) en el que entre el profesorado aparece D. Benito y se indica junto a su nombre "Key Account Manager. Departamento de Grandes Clientes de Telefónica de España". Quien facilitó los datos para dicha publicación fue Don. Carmelo que es profesor de la universidad y propuso al Sr. Benito dar una conferencia al margen de la demandada Telefónica, sin que exista petición formal a este última, ni conste vinculación alguna con dicha publicación por parte de TESA, siendo una iniciativa Don. Carmelo . DÉCIMOCUARTO. ACTO DE CONCILIACIÓN. En fecha 19-8-08 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC, instado en virtud de Papeleta presentada el 1-8-08, con el resultado de SIN AVENENCIA"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Que desestimando la petición principal de nulidad y estimando la petición solicitada en forma subsidiaria en la demanda formulada por Dª Sonia frente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU., y D. Artemio , y en el ha sido parte el MINISTERIO FISCAL. declaro no haber lugar a la Nulidad del despido por no haber existido vulneración de derechos fundamentales, declarando IMPROCEDENTE el despido de parte actora producido el día 21-7-08, con efectos de 23-7-08, condenando a la demandada TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU., a que a su elección, que deberá ejercitar ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, opte por ja readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo (en cuyo caso procedería la devolución de lo ya percibido en concepto de indemnización o su compensación con los salarios de trámite por percibir) y en las mismas condiciones que regían antes de su despido, o a la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en ja fecha del cese efectivo en la empresa, con abono de indemnización en este último caso por importe de 196.255,63 €, de los que habrá que descontar lo ya percibido por la trabajadora por importe de 87.174,53 €, entendiéndose de no ejercitar la opción en el plazo indicado, que opta por la readmisión y en ambos casos con abono de los salarios de trámite que pudieran devengarse a razón del salario declarado probado, de 241,08 €/día desde el día siguiente a la fecha de efectos del despido hasta la fecha de notificación de la presente resolución, o hasta que haya encontrado un nuevo empleo la trabajadora, sí tal colocación fuese anterior a la fecha de esta sentencia y se prueba por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de trámite, y en su caso los que pudieran seguir devengándose desde la fecha de notificación de sentencia, si bien teniendo en cuenta que la actora lis permanecido en IT hasta el 8-9-08 a efectos de no aplicación de salarios en dicho periodo, ya que en su caso procederían prestaciones de IT. No ha lugar a fijar la indemnización adicional solicitada por daños morales al no concurrir ni Mobbing ni ninguna otra vulneración de los derechos fundamentales que se alegó, procediendo absolver de todas las peticiones de la demanda a D. Artemio ".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el letrado D. Antonio Pedro Molina García, en representación de Telefónica de España, SAU. con impugnación de contrario, asimismo se interpuso recurso de suplicación por el letrado D. Antonio Luis Gómez Rodríguez, en representación de la parte demandante, con impugnación de la Letrada Dª María Rosario Martín Redondo en representación de el demandado D. Artemio y del letrado D. Antonio Pedro Molina García, en representación del Telefónica de España, SAU.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia dictó sentencia con el nº 523/08, de fecha dieciocho de diciembre de 2008 , en los autos nº 804/08 sobre Despido, seguidos a instancia de doña Sonia , contra **Telefonía de España** S.A.U. y Don Artemio , siendo parte el Ministerio Fiscal, desestimando la petición de nulidad del despido de la actora y declarando su improcedencia. Por la parte actora y por la demandada Telefónica de España S.A.U. se interpusieron sendos recursos de suplicación, que fueron impugnados respectivamente por las contrapartes, que pidieron la desestimación del los mismos. La actora solicita la declaración de nulidad de su despido, y la demandada la desestimación de la demanda.

FUNDAMENTO SEGUNDO.- La trabajadora solicita que se declare la nulidad de la extinción de su relación laboral. Recurso que fue impugnado por ambas partes demandadas que pidieron la desestimación del mismo. En tanto que el Ministerio Fiscal dictaminó, su desestimación asimismo.

Se ampara su recurso en el *apartado c) del art. 191 de la LPL* por entender infringidos el *art. 53.1 a) y c) y 53.4 del ET* y la jurisprudencia que cita. Concretamente afirma la parte recurrente que la empresa ha incumplido dos requisitos de forma: la comunicación escrita expresando la causa y la comunicación al comité de empresa. Sosteniendo asimismo la necesidad de apreciar de oficio el incumplimiento de los mismos.

Este motivo no puede prosperar porque no caben cuestiones nuevas en esta fase del proceso, por lo que no siendo debatidos en la instancia, no puede nunca tener éxito en este recurso de suplicación, pues de

lo contrario causaría indefensión a la contraparte. Y así lo tiene declarado tanto el TS en sentencias como las 16-2-1993 y 5 de junio de 2000 , como esta misma Sala en sentencias de 25 de julio de 2000 y 18 de septiembre de 2006 (nº 879) De todas formas y a mayor abundamiento y concreción al caso de autos, es preciso señalar que la falta de determinación de la causa organizativa en la comunicación del despido objetivo ni siquiera fue alegada ni en fase de conclusiones y por otra parte, la inexistencia de comunicación del despido objetivo a la representación de los trabajadores no ha sido objeto de prueba alguna.

Por todo ello, y dado que tampoco está acreditada la existencia de mobbing o acoso laboral alguno ni otra causa que determine la existencia de un despido nulo, quedando por el contrario probado que el Sr. Del Arco incluso apoyó a la trabajadora frente a sus colaboradores, y que era aquella la que manifestaba su descontento desde un principio por no responder su traslado a las expectativas por ella tenidas en su nuevo puesto de trabajo y que quería marcharse a Alicante. Ninguna de las variantes de mobbing han sido probadas analizando la prueba practicada. Todo lo cual, obliga a desestimar el recurso de suplicación planteado por la trabajadora demandante.

FUNDAMENTO TERCERO.- Por la demandada Telefónica de España S.A.U. se planteó el recurso de suplicación en solicitud de una sentencia de esta Sala que revocando la de instancia, desestime la demanda en su totalidad, reconociendo la procedencia de la extinción objetiva del contrato de trabajo de la actora. Recurso que fue impugnado por la demandante que pidió su desestimación.

Para lo cual se amparó en el *apartado b) del art. 191 de la LPL* (aunque por mero error material se cita el apartado c) del mismo *art.*) *para que se ubique un nuevo hecho probado entre el noveno y décimo* que diga: "La empresa, TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU. se encuentra sometida en los últimos 6 años a un continuo proceso de reorganización de recursos humanos, que ha llevado a extinguir en el periodo 2003-2007 más de 15.000 puestos de trabajo, mediante Expediente de Regulación de Empleo. Igualmente, durante dicho periodo, Telefónica ha procedido a retirar el cargo a 390 cargos fuera de convenio". Asimismo solicita la inclusión de un nuevo párrafo tras el sexto párrafo del hecho sexto, con el siguiente tenor literal: "La actora no presentó su candidatura a ninguno de los Procesos de Selección para Cargos Fuera de Convenio acordes con su previa experiencia profesional en Ventas que se ofertaron por la empresa desde 1 de Enero de 2008 hasta la extinción de su relación laboral".

Revisiones ambas que deben ser rechazadas habida cuenta de la doctrina consolidada tanto del TS como de esta misma Sala, que impide la sustitución del libre y objetivo criterio de valoración de las pruebas, efectuado por la Juzgadora "a quo", por el más interesado de parte en el ejercicio de su legítimo derecho de defensa cuando como sucede en el caso de autos, no se acredita error u omisión alguna, en su extensa y acertada sentencia. A mayor abundamiento, debe apuntarse la innecesariedad de las inclusiones pedidas, pues no variarían el sentido de la parte dispositiva de esta resolución, ya que el hecho de que la recurrente haya o no extinguido con anterioridad otros puestos de trabajo, en nada afectan al presente caso que debe ser individualizado en cuanto la procedencia o no del despido de la trabajadora. Y en cuanto la adición al hecho décimo postulada, tampoco afectaría al resultado del litigio, por intrascendente o irrelevante, pues lo que se está dilucidando es si las causas objetivas alegadas para el despido están o no acreditadas.

FUNDAMENTO CUARTO.- Al amparo del *apartado c) del art. 191 de la LPL* se argumenta infracción del *art. 52 c) y 51.1 del ET* y la jurisprudencia que cita. Motivo que no puede tener acogida habida cuenta que ninguna infracción de norma legal ni de jurisprudencia se produce con la sentencia impugnada, ya que la recurrente no ha acreditado la existencia de la causa organizativa alegada para el despido de la demandante. No se ha justificado la necesidad de prescindir de la misma, ni la existencia o no de otros puestos de trabajo para ubicarla, ni cuál era la mejor organización de los recursos, En suma, no se prueba la procedencia del despido, por lo que conforme al *art. 52 c) del ET* que exige la superación de situaciones económicas negativas, o causas técnicas, organizativas o de producción, con el despido de un trabajador, con el fin de superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado, o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos. Y al faltar especificaciones y pruebas suficientes para justificar el despido de la actora, debe desestimarse el recurso planteado, y en aplicación de los *art. 52 c), 53.3, 53.5 b) y 56 del ET* confirmar la sentencia de instancia.

FUNDAMENTO QUINTO.- Procede, en consecuencia, la condena en costas a Telefónica de España, SAU., de conformidad con el *artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral* .

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere

la Constitución, ha decidido:

Desestimar los recursos de suplicación interpuestos por D^a Sonia y Telefónica de España SAU. frente a la sentencia número 523 dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Murcia, en fecha 18 de Diciembre de 2008 , en virtud de demanda interpuesta por D^a Sonia contra Telefónica de España, S.A.U., en reclamación sobre Despido y confirmar, como confirmamos, el pronunciamiento de instancia.

Se condena en costas a Telefónica de España, SAU., que deberá abonar al Letrado impugnante de su recurso la cantidad de 250 € en concepto de honorarios.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banesto, cuenta número: 3104000066048909, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de trescientos euros con cincuenta y un céntimos de euro (300'51 euros), en la entidad de crédito Banesto, cuenta corriente número 2410404300048909 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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