



Roj: **SJSO 4462/2020** - ECLI: **ES:JSO:2020:4462**

Id Cendoj: **33044440032020100045**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **3**

Fecha: **07/09/2020**

Nº de Recurso: **283/2020**

Nº de Resolución: **235/2020**

Procedimiento: **Despidos y ceses en general**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES ANDRES VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3

OVIEDO

DEMANDA (DSP) Nº : 283/2020

SENTENCIA Nº : 235/2020

En OVIEDO, a siete de septiembre de dos mil veinte.

Dña. MARÍA DE LOS ÁNGELES ANDRÉS VEGA, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 3 de OVIEDO, tras haber visto los presentes autos sobre: **DESPIDO DISCIPLINARIO**, seguidos entre partes:

Como demandante, Don Urbano, que comparece representado por el letrado don HÉCTOR VICENTE QUINTANILLA ALFARAZ, según poder apud acta telemático obrante en autos.

Como demandados, la empresa **TRATAMIENTOS ASFÁLTICOS, S.A.-TRASFALT**, por la que comparece representándola con poder notarial que, exhibido y reseñado, es retirado el letrado don MANUEL FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, y el **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL**, que no comparece.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El día 17 de junio de 2020 con entrada del siguiente 29 de junio en el juzgado, se presentó la demanda rectora de los autos de referencia, en la que, tras la alegación de hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, se solicita sentencia por la que se estime la presente demanda, y se decrete la improcedencia del despido efectuado al actor, condenando a la entidad demandada a abonar al demandante la indemnización que legalmente le corresponde o a readmitirle con los mismos derechos salariales, categoría profesional y antigüedad que venía disfrutando con anterioridad a la comunicación del despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar. La demanda se admitió a trámite merced a decreto de fecha 6 de julio de 2020 luego de ser subsanada a requerimiento judicial (D.O. de fecha 29/06/2020).

SEGUNDO .- En el juicio celebrado el día 2 de septiembre de 2020, la parte actora se ratificó en la demanda, pidiéndose de contrario su desestimación por razón de las alegaciones que constan en la correspondiente Acta. Practicada con el resultado que obra en las actuaciones la prueba propuesta y declarada pertinente (documental y testifical), las partes concluyeron insistiendo en sus respectivas pretensiones, quedando seguidamente los autos conclusos y vistos para sentencia. Han sido observadas y cumplidas las prescripciones y formalidades legales.



HECHOS PROBADOS

1º) Don Urbano, mayor de edad y de las demás circunstancias personales que en autos constan, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa TRATAMIENTOS ASFÁLTICOS, S.A. (TRASFALT), a medio de contrato de trabajo de carácter indefinido a tiempo completo, siendo su categoría profesional la de ingeniero técnico en puesto de trabajo de encargado de obra(s), haciéndolo con una antigüedad en la empresa de fecha 06/11/2001, siendo su centro de trabajo el sito en la sede de la empresa en Llanera, Carretera AS 17 PK 15200 Villardeveyo CP 33.480. Desde el mes de abril de 2012 el personal de la empresa se encuentra en un ERE por causas económico-productivas, bien con reducción de jornada en un 30% (caso del actor y del otro encargado de obra don Calixto, hermano del accionante), bien con contrato suspendido. En marzo de 2012 percibía el actor un salario día en cómputo anual de 365 días de importe 131,75 euros (48088,20 € anuales), que en la actualidad con la reducción de jornada supone 101,79 euros diarios.

El salario día a efectos indemnizatorios asciende al importe de 145,41 € con inclusión de pagas extraordinarias (TC). La empresa rige su actividad laboral por el Convenio Colectivo de la construcción y obras públicas de Asturias.

No consta que ostente o haya ostentado cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores.

Nunca con anterioridad había sido sancionado.

Su hermano luego de causar IT fue despedido por causas económicas asumiendo sus funciones el gerente de la empresa, no consta que haya impugnado el cese.

2º) Como quiera que otros empleados de la mercantil participaran a la empresa que el actor no acudía frecuentemente a la obra, se encargó un seguimiento del mismo por **detective** privado, que lo efectuó los días 18 a 21 de febrero de 2.020 ambos inclusive, así como los días 2 a 6 de marzo de 2.020 ambos incluidos.

La semana del 24 de febrero-uno de marzo de 2020 se le concedieron vacaciones por la demandada, una vez finalizada en plazo sobre el 21/2/2020 la obra de la que era encargado sita en El Caliero - Avilés. El personal que tenía a su cargo en la del Caliero pasó a estar adscrito una vez rematada ésta a la obra sita en Arcelor de la que era encargado su hermano Calixto, y una vez éste causó baja laboral por situación de incapacidad temporal con fecha 10 de marzo de 2020, pasó el actor a estar encargado de dicha obra de Arcelor.

Uno y otro hermanos tenían horario reducido en regulación de empleo de 8 a 13,30 horas. Don Calixto cuando no estaba en su horario de trabajo en la obra asignada, lo estaba en las oficinas empresariales.

3º) Con fecha 16 de marzo de 2.020 por parte de la empresa TRASFALT, se hizo entrega al demandante de carta de despido del siguiente tenor literal, que rehusó firmar haciéndolo en prueba de su entrega dos testigos:

"Sr. D.:

Urbano

DNI: NUM000

Muy Sr. Nuestro:

*Por la presente le comunicamos que esta empresa ha decidido imponerle la sanción de **DESPIDO DISCIPLINARIO, con efectos al día de hoy**, por los hechos que a continuación se le detallan. Desde hace algún tiempo se venía observando que permanecía muy poco tiempo en las oficinas de la empresa, entendiendo que tales ausencias estaban motivadas por sus visitas a las obras de las que era el Encargado. Sin embargo los rendimientos que en las mismas se producían, estaban muy lejos de unos rendimientos normales. Por ello se procedió a comprobar la actividad que realizaba en su jornada laboral, que se inicia a las **8,00** horas y finaliza a las **13,30** horas, (cinco horas y media) al habersele reducido la jornada laboral como consecuencia de un ERTE tramitado por esta empresa, por las importantes pérdidas económicas que ha venido sufriendo estos últimos años. Así se ha podido constatar lo siguiente:*

Día 18 de febrero de 2020 (martes): a las 10.38 h., y conduciendo el vehículoXWD salió de nuestro centro de trabajo dirigiéndose al Parque Tecnológico de Asturias, donde se apeó y procedió a mirar unas obras. No pasó ni un minuto cuando volvió al vehículo con el que se dirigió al Centro Comercial INTU ASTURIAS, aparcando a las 11,11 h. a la altura de la mueblería IKEA. Inmediatamente procedió a entrar en el citado establecimiento, saliendo a las 11,23 h. empujando un carro en el que llevaba una alfombra muy grande, que colocó en el asiento trasero de su vehículo, al comprobar que no le entraba en el maletero. A las 11,29 h. volvió al coche, desplazándose hasta el comercio de electrodomésticos MEDIAMARKT, al que tras aparcar, accedió. A las 12,01 h. salió portando unos papeles, subiendo a su vehículo, arrancando y dirigiéndose a Avilés, para finalmente llegar a las 12,28 h. a Piedras Blancas donde aparcó en la calle Xacobu, dirigiéndose a un supermercado de la cadena MERCADONA. A



las 12,51 h. regresó, portando una bolsa y una vez en su vehículo se dirigió a Avilés, aparcando en la CALLE000 n° NUM001, en el que permaneció, al menos, hasta las 13,30 h.

Día 19 de febrero 2020 (miércoles): A las 7,55 h. salió Vd. de su casa, en la CALLE000 n° NUM001 y con el ya citado automóvil se dirigió a su centro de trabajo, en el alto de La Miranda, donde su ubica el domicilio social de esta sociedad. A las 8,29 h. salió con su vehículo, acompañado de otra persona, dirigiéndose a una obra en la zona de Nava, regresando a su empresa a las 10.39 h. A las 11,56 h. salió de nuevo, solo, con su vehículo, dirigiéndose por la AS-237 hacia Grado, desviándose en dirección a la Carretera de Heros. Regresó a su domicilio, en la CALLE000 a las 13,08 h. del que no volvió a salir.

Día 20 de febrero (jueves): a las 8,17 h. salió de su domicilio y a bordo de su vehículo se dirigió a la Ronda Exterior de Avilés, a la altura de Los Canapés, para dirigirse en dirección a la zona de El Caliero, donde la empresa tiene unas obras. A las 10,45 h. regresó en dirección a Avilés, dirigiéndose a su domicilio. A las 11,10 volvió a salir, sin que hasta las 12,30 h. pudiera ser localizado en Salinas, a la altura de la Sidrería Casa Faló. A las 12,56 h. se pudo comprobar que estaba Vd. durmiendo en el interior del coche, en el que permaneció durmiendo hasta las 13,23 h. cuando se despertó e inmediatamente se dirigió a su domicilio en la CALLE000 n° NUM001 en Avilés.

Día 21 de febrero 2020 (viernes): a las 12,33 h. aparcó en el parking del

establecimiento de ALIMERKA en Avilés, en la calle Avd. de Grandiella, del que salió a las 13,02 h. Y conduciendo su vehículo se dirigió a la calle Santa Cecilia, donde aparcó, encaminándose hasta el Restaurante "CASA GERMAN", en donde permaneció, al menos, hasta las 13,30 h.

Día 2 de marzo de 2020 (lunes): Llegó a su centro de trabajo a las 8,01 h, permaneciendo en el mismo hasta las 9,26 h., hora en la que, conduciendo su vehículo, se dirigió al Parking de la calle Llamaquique en Oviedo, donde permaneció hasta las 10,29 h. A las 11,49 h. aparcó a la altura del comercio MEDIAMARKT, a cuyo interior accedió inmediatamente, permaneciendo en el mismo hasta las 12,18 h. en que salió y volvió a su coche, dirigiéndose a su centro de trabajo, al que llegó a las 12,39 h. A las 12,42 h. volvió a salir dirigiéndose con su coche al complejo comercial PARQUEASTUR en el que permaneció hasta las 13,14 h.

Día 3 de marzo de 2020 (martes): A las 8,08 h. salió de su domicilio y con su vehículo se dirigió a la factoría ArcelorMittal, por el acceso de Veriña. A las 8,54 h. abandonó el complejo dirigiéndose a su centro de trabajo al que llegó a las 9,25 h. A las 11,41 h. volvió a salir dirigiéndose hasta la calle Camino de Vallín, un poco antes del Corte Inglés (Avilés). Después a las 13,02 h, se dirigió a la calle Santa Cecilia, donde aparcó, para dirigirse al Bar CASA GERMAN, en el que permaneció, al menos, hasta las 13,30 h.

Día 4 de marzo de 2020 (miércoles): A las 8,08 h. llegó Vd. a su centro de trabajo. A las 11,06 h. volvió a salir dirigiéndose al Polígono Industrial de Silvota a donde llegó a las 11,23 h., aparcando y dirigiéndose a la empresa UNJO FERRETERA, en donde compró "cinta de carroceros" o similar, saliendo a las 11,28 h., volviendo a su vehículo en el que se dirigió a Llaranes, para visitar un supermercado de la cadena MERCADONA, a cuyo interior accedió a las 11,59 h. A las 12,23 h. salió con varias bolsas que guardó en el coche dirigiéndose a su casa en Avilés, CALLE000 en la que dejó la compra. A las 12,48 h. volvió a salir y conduciendo su coche se dirigió a la calle Santa Cecilia, en la que aparcó, dirigiéndose a la sidrería CASA GERMAN, en la que permaneció, al menos, hasta las 13,30 h.

Día 5 de marzo de 2020 (jueves): A las 8,51 horas llegó a su centro de trabajo después de haber visitado previamente la factoría de ArcelorMittal. A las 11,08 h. salió conduciendo su vehículo por la carretera As-327, hasta Tabaza, siguiendo posteriormente con la A-8, en dirección a Galicia, dirigiéndose hacia la localidad de Riberas de Pravia, en dirección a Los Veneros. A las 11,50 h. regresó por la misma ruta hasta Riberas de Pravia, siguiendo toda la ruta, que le llevó finalmente a su domicilio en Avilés, aparcando en la calle Santa Cecilia, desde donde se encaminó a su domicilio particular. A las 12,33 h. volvió a salir de su casa, cogió de nuevo el coche para finalmente dirigirse al establecimiento de MERCADONA, a cuyo interior accedió a las 12,43 h. A las 12,58 h. salió, portando unas bolsas y volviendo a su domicilio.

Día 6 de marzo 2020 (viernes): salió de su casa a las 8,22 h. Y se dirigió a los Veneros, siguiendo la misma ruta del día anterior, regresando a su centro de trabajo en el Alto de la Miranda, a las 9,20 h. A las 12,26 h. abandonó las instalaciones en coche, dirigiéndose al establecimiento de MERCADONA en Llaranes, donde llegó a las 12,52 h. A las 13,14 h. salió portando algunas bolsas que guardó en el coche para dirigirse a su domicilio, al que llegó a las 13,19 h. no volviendo a salir del mismo.

Esta conducta constituye una falta muy grave, de deslealtad y abuso de confianza en el trabajo, de disminución voluntaria y reiterada en el desempeño de su trabajo, e incluso el abandono del puesto de trabajo sin justificación, especialmente en un puesto de trabajo de responsabilidad, como el suyo de Jefe de Obra, tipificadas todas ellas en el art. 101, del Convenio General del Sector de la Construcción, en sus apartados, c), k) y ñ), en relación con



el art. 54, a), d) y e), del Estatuto de los Trabajadores, por lo que se le impone la sanción anteriormente indicada de DESPIDO DISCIPLINARIO, con efectos al día de hoy.

Alto de la Miranda, a 16 de Marzo de 2020

Fdo. Miguel Ángel .".

4º) El 29 de mayo de 2.020 se presentó papeleta conciliatoria previa en materia de despido frente a TRATAMIENTOS ASFÁLTICOS, S.A., acto preceptivo que concluyó el 16 de junio de dos mil veinte con el resultado de celebrado sin avenencia.

La demanda se interpuso en fecha 17 de junio de 2.020.

5º) La parte demandante acudió durante sus vacaciones el 27 de febrero de 2020 al replanteo de la obra reparación de camino en Los Veneros, perteneciente al ayuntamiento de Soto del Barco, y observándose por el técnico municipal y el actor la viabilidad del replanteo conforme al proyecto aprobado, se autorizó el comienzo de las obras cuyo plazo de ejecución principiaba desde el siguiente día hábil a la fecha del 27/2/2020 en la que se levantó el acta de comprobación de replanteo.

6º) Los días 11 y 12 de marzo de 2020 estuvo en las instalaciones empresariales en horario de tarde, de 16 a 18,55 h y de 16,30 a 18,15 h respectivamente.

Por las tardes efectuaba llamadas telefónicas o enviaba whatsapp para destinar la jornada siguiente a los conductores a las obras (transportistas subcontratados por TRASFALT), en lo que invertía escasos minutos. Pudiendo hacerlo en las oficinas en horario de trabajo, a veces quedaba con los proveedores para la entrega de los presupuestos o comentar incidencias en horario de tarde tomando un café.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- «El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos» (art. 55.1 ET). Mediante la carta de despido el empresario hace declaración de voluntad de las razones por las que despide al trabajador y la fecha a partir de la que se extingue el contrato de trabajo. Es una declaración de voluntad recepticia, de manera que para que sea eficaz debe llegar a conocimiento del trabajador.

La expresión de los hechos que pueden constituir una de las causas sancionables con despido es requisito necesario para que el trabajador conozca las razones del despido y pueda defenderse de los cargos que se le imputan de una manera eficaz. Así se delimita la controversia judicial si se tramita demanda por despido a instancias del trabajador, pues al empresario «no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido» (art. 105.2 LRJS). Por ello, los hechos que motivan el despido deben aparecer de una forma concreta, clara y precisa, sin que sea suficiente la mera transcripción de alguna de las causas que se tipifican en el art. 54.2 ET .

Las infracciones que tipifica el artículo 54.2 ET , para erigirse en causas que justifiquen sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción. Por ello, la actuación de las partes ha de ser enjuiciada a la luz de los principios de individualización (ha de estarse a las peculiaridades de cada caso sometido a decisión, con sus específicos elementos, entre los cuales cobra especial relieve el factor personal y humano) y de proporcionalidad (ha de establecerse un criterio gradualista para que exista la adecuada coherencia entre las conductas enjuiciadas, la sanción y las personas afectadas). Con arreglo a todo ello, es obligado el examen individualizado de cada caso concreto en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de la existencia de provocación previa, etc., de tal manera que sólo cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción de despido que es también, la más grave prevista en la escala de las que pueden ser impuestas por la comisión de faltas en el trabajo. Debe valorarse: la índole del trabajo realizado, los efectos derivados de la falta, los antecedentes respecto a conductas similares, la antigüedad del trabajador en la empresa, el perjuicio económico sufrido por la misma, la existencia o no de otras sanciones por el mismo hecho, de manera que sólo cuando se trata de comportamientos de gran intensidad es procedente la máxima respuesta disciplinaria que el despido supone, por ello no es necesaria la concurrencia de dolo en la conducta, entendida como conciencia y voluntad en su realización, pues basta que los hechos se produzcan de manera culposa para estimar cometida la infracción de



la norma, pero en este caso sólo justifica un despido la culpa que es grave e inexcusable (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1987 , 30 de octubre de 1989 , 14 de febrero de 1990 y 26 de febrero de 1991).

Recordar asimismo lo sentado por el Alto Tribunal, Sala Cuarta, en su resolución de 11 de octubre de 1993 (RJ 1993\9065) al entender que «acreditada la existencia de unos incumplimientos contractuales del trabajador calificables técnica y legalmente de muy graves, corresponde al empresario aplicar la sanción que estime conveniente, de manera que si por éste se impone la sanción de despido y el Tribunal acepta la calificación de la falta como muy grave, no cabe imponer un correctivo distinto, pues con ello se realiza un juicio de valor que descalifica el cuadro normativo sancionador»; así «... si ésta coincide con la descripción de las muy graves habrá de declarar que la calificación empresarial es adecuada y no debe rectificar la sanción impuesta, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997), corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones. Si el juez no se mantiene dentro de tales límites y, ante una sanción adecuada a la gravedad de la falta, declara que ha de imponerse un correctivo distinto, está realizando un juicio de valor que descalifica, más que el acto del empresario, el cuadro normativo sancionador, pues está expresando que algunas de las diversas sanciones previstas para un nivel de gravedad son excesivas y no pueden ser utilizadas por el empresario, y esto sobrepasa la potestad revisora que las Leyes conceden al Juez».

SEGUNDO.- Sin desconocer en verdad el actor el contenido de los concretos hechos expuestos en la carta de despido, que vienen respaldados por el seguimiento realizado por agencia de detectives oficial, aduce que la carta no precisa qué persona o personas habrían presenciado los hechos que relata la comunicación, lo que deja a la parte en franca indefensión al impedírsele proponer como prueba testifical la de dichos sujetos para interrogarles en defensa de los intereses del trabajador, lo que debe llevar a la declaración de improcedencia del despido. Ello supone desconocer que el seguimiento realizado por **detective** privado y el reportaje fotográfico que de suyo acompaña al informe, carece del valor de prueba documental, por lo que dichas alegaciones deben ser desestimadas cuando en juicio, propuesta por la empresa, se practicó la testifical del **detective** al que pudo conainterrogar el actor, en efecto, enseña STS sala 4ª de quince de octubre de 2014 : "Es por tanto, doctrina de esta Sala, la que asumimos y reiteramos, que los documentos que reflejan manifestaciones de terceros, entre ellos, los informes de detectives privados, no es dable configurarlos como prueba documental a los efectos de fundamentar la revisión fáctica en suplicación (art. 193.c LRJS), – ni tampoco el error de hecho en casación ordinaria (art. 207.d LRJS) –, al no tratarse de un auténtico documento sino de meras manifestaciones testimoniales formuladas por escrito que por ello no pierden su verdadero carácter de prueba testifical o de una denominada prueba testifical impropia, que sólo habría adquirido todo su valor procesal como tal prueba testifical de haber sido ratificada en juicio por sus firmantes, cuya valoración queda a la libre apreciación del juzgador de instancia, como se deduce, además, palmariamente de la redacción literal de los preceptos procesales reguladores; (...)". La misma es recordada por la posterior sentencia del TSJ de Madrid, sala de lo social, de data 20/7/2105, rec. 338/15, cuando dice: "(...) Tampoco prospera el motivo tercero en el que se denuncia como infringida la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2014 (cuya fecha, como dice la impugnante del recurso, es incorrecta al tratarse de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2014, nº 4632/2014, Recurso número 1654/2013) según la cual y de conformidad con la interpretación que sobre la misma realiza la recurrente, el informe de **detective** no tiene valor de documental ni de pericial, a los efectos del artículo 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social .

Todo ello al margen de que las únicas preguntas dirigidas al **detective** lo fueron, del lado del actor, las relativas a que el lugar donde se hallaba durmiendo en su vehículo estaba próximo a la obra de El Caliero, y a que cerca del parking de Llamaquique se hallan varias consejerías del Principado de Asturias.

Añade que dicha prueba no puede tampoco tenerse en cuenta porque para que sea válida es necesario que exista una sospecha fundada de un incumplimiento contractual por el trabajador, existiendo otros medios eficaces para controlar su actividad, alegato que debe también ser rechazado por no haberse vulnerado su derecho a la intimidad ni a la dignidad personal, en tanto en cuanto el seguimiento se realiza en la vía pública o establecimientos abiertos al público, no en su domicilio o esfera privada, se trató de un seguimiento temporal que excluyó lógicamente el periodo en el que se le concedieron las vacaciones, al margen de ser realizado en el exclusivo horario laboral de 8 a 13,30 h., y que venía motivado por las sospechas empresariales relativas al poco tiempo que permanecía en las oficinas de la empresa unido a las referencias de trabajadores a su cargo relativas a que pasaba poco tiempo en las obras, así don Carlos (adscrito a la obra de El Caliero) termina reconociendo en juicio que sí le dijeron al gerente que iba poco por allí, lo que evidentemente debió ser previo al seguimiento toda vez que dicha obra remató en fecha 21 de febrero de 2020, iniciándose el seguimiento escasos cuatro días antes, exponiendo el testigo que solía pasarse bien a las 9 h o las 10 u 11 h, permaneciendo allí el demandante por espacio de 5 minutos unas veces, 20 minutos otras, o 1 hora como mucho, la investigación que se realizó por otro lado era proporcionada a la finalidad legítima pretendida o perseguida, siendo unos pocos días de seguimiento y otras alternativas hubieran frustrado el designio pretendido o no hubieran alcanzado igual resultado, estando



precedida de legítimas sospechas empresariales, por lo que no cabe en definitiva excluir dicha prueba del acervo probatorio existente en las actuaciones.

TERCERO.- Es cierto que los hechos no pueden subsumirse, al no encajar en dicha infracción, en una continuada disminución del rendimiento debido (es causa de despido «la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado» [art. 54.2.e) ET]. Esta causa es aplicable a supuestos de disminución injustificada del rendimiento de carácter voluntario o, al menos, derivada de la falta de diligencia del trabajador (lo que la distingue de la ineptitud), que debe tener cierta permanencia en el tiempo. No se incluyen en esta causa la disminución del rendimiento debido a causas ajenas al trabajador, como las producidas por paros de otros trabajadores, falta de materias primas, interrupción del proceso productivo, etc.; ni tampoco se incluyen las disminuciones del rendimiento causadas por ineptitud del trabajador, o por la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones del puesto de trabajo. La jurisprudencia en distintas decisiones declara que esta causa exige que en la carta se realice una comparación o contraste del rendimiento del trabajador que motiva el despido con el de otros trabajadores en semejante posición en la empresa o con el propio trabajador en otros momentos de la prestación de servicios (STS 17-5-1991 [RJ 1991, 3916]). Requisito formal claramente incumplido por la comunicación de autos, al margen de que ninguna prueba se practicó realmente en la vista oral acerca de esa concreta imputación; sin embargo sí que son claramente constitutivos de una falta muy grave de trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del puesto de trabajo, que además era un cargo de confianza, confianza que no admite grados y que una vez perdida por grave incumplimiento culpable del trabajador legitima la extinción contractual; ha quedado acreditado que con independencia de que dedicara exiguo tiempo por las tardes a destinar para la jornada del día siguiente a los transportistas a las obras, lo que sólo puede realizarse a partir de las 18 o 19 h de cada día, conocidas las necesidades que se planteaban, declarando uno de dichos transportistas (don Evelio) que las llamadas duraban minuto o un minuto, lo cierto es que el seguimiento realizado por el **detective** viene a poner de relieve que, con independencia de la carga de trabajo y en contraposición a su hermano mismo, a la sazón también encargado de obras, dedicaba gran parte de la jornada de trabajo reducida a efectuar tareas y compras particulares, visitando establecimientos de hostelería en los que tapeaba antes de las 13,30 h, supermercados, centros comerciales, cadenas de electrodomésticos y productos informáticos, incluso durmiendo en su coche dentro de la jornada de trabajo, lo que evidentemente la empresa no está obligada a tolerar, y ello aunque la obra de El Caliero se entregase en plazo, y no sufriera retrasos, porque tal proceder conlleva una clara pérdida de confianza en un empleado de su categoría, que como reconoce en la demanda misma tenía importantes funciones técnicas que no realizaba en las oficinas empresariales durante dicha jornada de trabajo reducida, deponiendo su hermano que él si no estaba en la obra asignada, lo estaba en las oficinas no dedicándose a realizar en el horario de 8 a 13,30 h gestiones particulares, pues podía hacerlas por las tardes. No se olvide que su categoría en nómina era la de ingeniero técnico percibiendo un salario mensual de más de 2.200 euros líquidos aun con jornada reducida (sin incluir prorata de pagas extras). En orden a la testifical de don Gines , de ella resulta que si el actor trataba con él por las tardes tomando un café, lo era por conveniencia del último porque aunque dicho testigo no conociese para la entrega de presupuestos más que a Urbano en la empresa, nada impedía que pudieran quedar al efecto en las oficinas de la empleadora por la mañana; la apuntada flexibilidad horaria no legitima en las circunstancias del caso su proceder y deslealtad para con la empresa, cometiendo el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 febrero y 26 septiembre 1984 (RJ 1984\4478), como también consiste en usar con exceso el empleado de la confianza que ha recibido de la empresa, en razón del cargo que desempeña, rebasando los límites que el cargo ostentado tiene por su propia naturaleza y ello en provecho propio o en el de un tercero, que no sea, naturalmente, acreedor directo de las prestaciones empresariales (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 febrero 1984 con cita de la de 30 enero 1981 [RJ 1981\570], entre otras). La transgresión de la buena fe contractual implica que el empleado en definitiva no se conduce con lealtad, honorabilidad, probidad y confianza, consiste en el mal uso que se hace de la buena fe y sinceridad que una persona pone de su parte en sus relaciones con otra; la transgresión de la buena fe contractual engloba el fraude, en cuanto que es un engaño dirigido a lesionar intereses patrimoniales del empresario, la deslealtad y el abuso de confianza (STS 21-12-1987 [RJ 1987, 8991]).

El actor olvida las quejas de subordinados relativas a su poca presencia en la obra, no negando la realización de múltiples gestiones particulares que nada tenían que ver con los cometidos profesionales del mismo y parece querer aprovechar el despido por causas económicas de su hermano, operado a posteriori del propio e indemnizado, admitiendo su hermano que sus funciones fueron efectivamente amortizadas al asumirlas en su realización el gerente empresarial, para tratar de insinuar que su despido obedeció al mismo designio empresarial de prescindir del mismo por causa económico-productiva si bien con ahorro de los costes inherentes en su caso, sin haber desplegado prueba real sobre dicha alegación lo que a él incumbía como para el supuesto inverso se regula en el artículo 121 n° 3 de la LRJS cuando previene que: "Cuando el trabajador vinculado por la empresa con



un contrato de fomento de la contratación indefinida alegue que la utilización por la empresa del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba sobre esta cuestión". Máxime cuando en la demanda alude sin embargo a que la mala situación económica de la empresa es más ficticia que real, operada mediante el "inflado" de los gastos de la cuenta de explotación a través de facturas emitidas por empresas afines al accionariado de la empresa, mediante las que se desvían cuantiosos fondos a las mismas, que al menos ascienden a casi 75.000 € desde el año 2.014,.... Acerca de lo cual evidentemente tampoco fue desarrollada en la vista oral la más mínima actividad probatoria.

CUARTO.- Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación de conformidad con lo dispuesto en el art. 191.3 a) de la LRJS, de lo que se advierte desde ya a las partes.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que desestimando la demanda interpuesta en materia de despido por Don Urbano, contra la empresa TRATAMIENTOS ASFÁLTICOS, S.A.-TRASFALT, CIF A.-33.009.630, y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo declarar y declaro procedente el despido disciplinario del accionante de efectos 16/3/2020, y debo absolver y ABSUELVO a la empresa demandada y por ende al FGS de todos sus pedimentos, todo ello sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

Incorpórese esta sentencia al correspondiente libro, expídase certificación literal de la misma para su constancia en los autos de referencia y notifíquese esta Sentencia a las partes, advirtiéndoles desde ya que contra ella cabe interponer RECURSO DE SUPLICACIÓN, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito, en este Juzgado dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación de la Sentencia.

La presente resolución será firme una vez haya transcurrido el plazo para interponer Recurso de Suplicación sin haberlo anunciado ninguna de las partes, sin necesidad de declaración expresa por parte de este Órgano Jurisdiccional.

Así por esta mi sentencia definitiva, lo pronuncio, mando y firmo.

E./