

EDJ 2015/109314

TSJ Andalucía (Málaga) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 21-5-2015, nº 865/2015, rec. 588/2015

Pte: Martín Hernández-Carrillo, Manuel

Resumen

Despido disciplinario. Fraude, abuso de confianza. Miembro del comité de empresa. Uso del crédito horario. El Tribunal estima el recurso de suplicación de la empresa, declarando la procedencia del despido. La protección se extiende a no permitir que encuentre amparo y protección la utilización indebida y desviada de tales derechos, y en concreto debe llegar a extenderse a no procurar la protección al uso incorrecto, fraudulento y en beneficio propio y no de la función representativa que le es propia del crédito horario reconocido al actor como miembro del comité de empresa (FJ 4).

NORMATIVA ESTUDIADA

Acuerdo de 28 octubre 2013

art.39.2 , art.40.1.c

Ley 36/2011 de 10 octubre 2011. Ley reguladora de la jurisdicción social

art.97.2

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

art.299

RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. Estatuto de los Trabajadores. TR

art.54.2.d , art.68.e

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

BUENA Y MALA FE

CONTRACTUAL

Transgresión

Abuso de confianza

Estimación

Fraude o falsedad; engaño

Estimación

COMITÉ DE EMPRESA

CRÉDITO HORARIO

USO REPRESENTATIVO Y SINDICAL

UTILIZACIÓN INADECUADA; CAUSA DE DESPIDO O SANCIÓN

MEDIOS DE PRUEBA

MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DE SONIDO O IMAGEN

Eficacia probatoria

PROCEDIMIENTO SOCIAL

PRUEBA

Valoración de la prueba

Función del juzgador de instancia

SECTORES Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS, INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS

HOSTELERÍA Y RESTAURACIÓN

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Empresa/Empresario; Desfavorable a: Trabajador

Procedimiento: Suplicación; despido disciplinario

Legislación

Aplica art.97.2 de Ley 36/2011 de 10 octubre 2011. Ley reguladora de la jurisdicción social

Aplica art.299 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.54.2.d, art.68.e de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. Estatuto de los Trabajadores. TR

Cita art.193.a, art.193.b, art.193.c de Ley 36/2011 de 10 octubre 2011. Ley reguladora de la jurisdicción social

Cita Ley 13/2009 de 3 noviembre 2009. Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita art.42.2.d, art.54.2.d de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. Estatuto de los Trabajadores. TR

Cita art.a de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Convenios

Aplica art.39.2, art.40.1.c de Acuerdo de 28 octubre 2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16

N.I.G.: 2906744S20140001520

Negociado: MA

Recurso: Recursos de Suplicación 588/2015

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº11 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 139/2014

Recurrente: SERUNION S.A.

Representante: ENRIQUE MORENO ALMARCEGUI

Recurrido: Iván

Representante: PEDRO ANTONIO LOPEZ PEREZ-LANZAC

Sentencia Nº 865/2015

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En la ciudad de Málaga a veintiuno de mayo de dos mil quince

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por SERUNION S.A. contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº11 DE MALAGA, ha sido ponente el Iltmo./Iltma Sr. /Sra D./ MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Iván sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado SERUNION S.A. habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 7/11/2014. La parte dispositiva de dicha resolución expresa: "Que estimando esencialmente la petición subsidiaria contenida en la demanda interpuesta por D. Iván contra la empresa SERUNION S.A. debo efectuar los siguientes pronunciamientos:

1º. Declarar la improcedencia del despido decretado por la empresa SERUNION S.A. respecto de D. Iván.

2º. Condenar a la empresa SERUNION S.A. a que a opción del trabajador, proceda a la readmisión en su puesto de trabajo a D. Iván y le abone a razón de 58,68Eur./día, en concepto de salarios de tramitación, los salarios dejados de percibir desde el 24/12/13 hasta que se produzca la reincorporación, o a que le indemnice en la suma de 76.563,29Eur..

La opción del trabajador debe ejercitarse dentro de los cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia."

SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

1º.- El demandante, D. Iván, con D.N.I. NUM000, presta servicios para la empresa Serunion desde el 1/10/1983 ostentando la categoría profesional de cajero, destinado en la cafetería del Hospital Materno Infantil de Málaga, con un contrato fijo a tiempo completo, y percibiendo un salario mensual de 1.763,65Eur., incluyendo la prorrata de pagas extraordinarias. (no controvertido. Se fija el salario conforme a la media extraída de las últimas seis nóminas percibidas).

2º.- El actor es miembro del comité de empresa de nivel provincial, secretario general de la Sección Sindical Provincial de Serunion S.A y delegado sindical de los trabajadores por UGT.

Ostenta la condición de miembro de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de aplicación en la empresa.

Desde septiembre 2013 ostentaría cargo orgánico en el sindicato provincial CHTJ UGT Málaga, con cargo de Secretario de Salud Laboral y Medio Ambiente. (no controvertido).

3º.- El actor disfruta por su calidad de representante de los trabajadores el máximo de crédito horario reconocido convencionalmente (habiéndole sido atribuido crédito horario de otros compañeros del comité de empresa) ex art. 54.1 del Convenio Provincial de Hostelería, resultando nombrado el 27/11/2013 uno de los cuatros miembros de la Comisión Negociadora. (no controvertido. Testifical).

4º.- El actor solicitó de la empresa el disfrute de crédito horario en meses de agosto 2013 en los días 5,6,7,8 y 9, en septiembre 2013 en los días 2,3,4,10,11,12,13,18,19,20,23 y 24, y en octubre 2013 en los días 5,6,18,19,20,21.

De los días solicitados ninguno era festivo, los días 6 y 5, y 19 y 20 de octubre 2013 coincidían con fin de semana.

5º.- La comunicación de utilización de crédito horario de estos días fue efectuada por el demandante respecto de agosto el día 4/08/13, las del mes de septiembre el 2/09/13, las del mes de octubre el día 1/10/13. (folios 186 a 188 al ramo de prueba de la parte demandada). En el formulario utilizado la petición se dirigía directamente por el trabajador a la empresa.

6º.- Por reproducidos los documentos 5, 6 y 7 al ramo de prueba de la demandada respecto de los turnos de trabajo preestablecidos a la plantilla del centro de trabajo incluido el demandante para los meses de agosto, septiembre y octubre de 2013, y la modificación tras la comunicación de disfrute de crédito horario. (folios 189 a 194).

Inicialmente los días 5 y 6 y 19 y 20 de octubre al trabajador le fueron asignados turnos de trabajo.

7º.- La empresa, al haber recibido comentarios de otros trabajadores sobre el uso irregular del crédito horario por el trabajador, (interrogatorio de Dña. Margarita -directora área sanidad sur. coordinadora en Málaga) sometió a éste a vigilancia en los días comunicados. Consta informe de detective privado al ramo de prueba de la parte demandada. (Por reproducido).

8º.- En fecha 10 de diciembre de 2013 se comunica al trabajador y al Secretario Sectorial de Hostelería y Turismo de la Federación

de U.G.T., apertura de expediente sancionador (consta el expediente a los folios 350 y ss. se da por reproducido íntegramente).En concreto alegaciones representante Sindicato Provincial f. 377-378, alegaciones del trabajador f.380,381,412, y pliego de cargos 388 a 390.

9º.- Con fecha 24 de diciembre de 2013, la empresa comunica al trabajador la extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario, con efectos desde la misma fecha. La carta obra a los folios 6 a 9 y su contenido se da íntegramente por reproducido.

10º.- De los días concedidos al actor como crédito horario en los meses objeto de investigación, no acudió a la sede del sindicato los días 9 de agosto, 4 y 11 de septiembre y 5,6,19 y 20 de octubre.

Según el informe de detective privado aportado a los autos en dichas jornadas el actor permanecería en su domicilio el 4 de septiembre, y 6, 19 y 20 de octubre. El 11/09 dejaría el vehículo aparcado en la zona reservada al sindicato a primeras horas de la mañana sin que conste en el informe la asistencia a su sede.

El 5/10 acudió a una manifestación no relacionada con la actividad sindical, y desde el mediodía permaneció en su domicilio.

El día 18 de octubre de 2013, el actor trabajó en turno de mañanas 8.30 a 16 horas,(consta en el cuadrante después de la modificación) y por la tarde permaneció en su domicilio.

11º.- La sede del sindicato UGT en Málaga se comunica mediante un cartel el horario constando abierta la sede de lunes a Viernes en horario partido de mañana y tarde.(f.325 informe).

12º.- En el seno de la empresa, se sustanció durante el primer trimestre del año 2013 expediente de Regulación Temporal, que finalizaron mediante acuerdo unánime con la representación de los trabajadores, suscrito en tal calidad por el demandante. Durante la mayoría del período de negociación, el trabajador estuvo en situación de IT. (no controvertido. Testifical Sra. Margarita).

13º.- En los procedimientos por despido frente a la empresa en la provincia de Málaga, el actor intervino como testigo sin previa citación judicial en un juicio en los autos sobre despido 229/13 del JS3. El acto del juicio se suspendió en dos ocasiones, habiendo intervenido el actor en el acto finalmente celebrado el 16/06/2014, con posterioridad a la fecha de despido.

En el procedimiento sobre despido en los autos 227/13 del JS2, se alcanzó conciliación 9/07/13, no hubo citación judicial del actor como testigo.

En los autos sobre despido 556/13 del JS10, el acto del juicio, tras una primera suspensión el 3/12/13, el acto del juicio se celebró 27/05/14, con posterioridad al despido, y en no siendo propuesto, ni habiendo intervenido el actor como testigo. (documentación al ramo de prueba de la demandada 15.16.17).

14º.- La empresa carece de local en el centro de trabajo dedicado a la actividad del comité de empresa. (Testifical Sr. Romualdo. Miembro ejecutiva provincial del sector de Hostelería por el sindicato UGT. Responsable de la Federación en 2013).

15º.- No existe un control efectivo de fichajes de entrada y salidas del puesto en el centro de trabajo.(informe en diligencia final).

16º.- El actor interpuso papeleta de conciliación ante el CMAC el 20/01/2014, resultando el acto intentado sin efecto en fecha 3/02/2014.

17º.- La demanda tuvo entrada en el Juzgado Decano de Málaga el 4 de febrero de 2014.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandada, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal el 10/04/2015 se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la pretensión del actor, cajero que ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, Serunion S.A. en la cafetería del Hospital Materno Infantil de Málaga y califica como improcedente, con los efectos inherentes a dicha declaración, el despido disciplinario del que fue objeto el actor por considerar la Magistrada a quo, en esencia, que no quedaron plenamente acreditados los hechos contenidos en la carta de despido, a saber, el uso del crédito horario para funciones distintas a las estrictamente representativas. Y como el actor es miembro del comité de empresa y delegado sindical, concede la opción entre readmisión o extinción indemnizada al propio trabajador.

Frente a la misma se alza la parte demandante mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de diversos motivos de nulidad, revisión fáctica y censura jurídica a fin de que, anulada la de instancia, se repongan las actuaciones al momento anterior a producirse el vicio denunciado o, en su caso, revocada aquélla, resulte revocada la sentencia de instancia y se califique el despido como procedente.

SEGUNDO.- . Por el cauce del apartado a) del art. 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la parte recurrente la infracción del artículo 85.1 de la Ley Adjetiva por considerar, en esencia, que la Magistrada se ha pronunciado sobre cuestiones que no fueron planteadas por la parte actora en su escrito de demanda. Desarrolla el motivo razonando que el trabajador articuló su pretensión sobre la base de que la razón de haber sido despedido obedecía a una represalia por parte de la empresa por su actividad representativa, pero en ningún momento se alegó como motivo de impugnación de su despido el uso debido de las horas correspondientes al crédito horario o que las desarrollara desde su domicilio. Tal circunstancia le ha causado, sigue alegando, evidente indefensión, lo que debe conducir a la nulidad de lo actuado para que la Juzgadora dicte nueva sentencia en la que se corrija tal defecto.

El motivo de nulidad debe fracasar. Es cierto que de manera algo parca, el demandante aduce en la demanda rectora de autos que el móvil de su despido no ha sido sino una represalia por su actividad representativa, y añade, a renglón seguido que, subsidiariamente, el despido debe ser calificado como improcedente. Y en tal petición de improcedencia debe entenderse incluida, por elementales razones, el alegato de que el actor realmente desarrolló correctamente su labor representativa. Lo contrario supondría impedir al demandante, con evidente indefensión, defenderse de la reacción extintiva empresarial que le imputa el uso indebido del crédito horario para fines representativos pues, a todas luces, el argumento esencial impugnatorio es, en primer lugar, una vez negados los hechos, acreditar el uso correcto del crédito horario.

El motivo de nulidad, por lo expuesto, debe ser rechazado.

TERCERO.- . Por el cauce del apartado b) del art. 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solicita la parte recurrente la modificación del relato fáctico declarado probado por el Magistrado de instancia con la finalidad de que el ordinal décimo quede redactado con el siguiente tenor literal: " De los días concedidos al actor como crédito horario en los meses objeto de investigación, no acudió a la sede del sindicato los días 9 de agosto, 4 y 11 de septiembre y 5, 6, 19 y 20 de octubre.

Según el informe de detective privado aportado a los autos en dichas jornadas el actor permanecería en su domicilio el 4 de septiembre, y 6, 19 y 20 de octubre.

El 9 de agosto a las 10:43 horas el Sr. Iván sale de su domicilio acompañado de un joven caminan hasta abordar el vehículo Peugeot 306, matrícula....-JNY. Su acompañante se acomoda en el asiento del copiloto. A continuación el Sr. Iván conduce el turismo hasta detenerlo a la altura de su vivienda. Minutos después, sale del domicilio una mujer que acto seguido tomo asiento en la parte trasera del turismo. Posteriormente, el Sr. Iván se incorpora a la circulación, poniendo rumbo hacia la localidad malagueña de Torremolinos. A las 11:19 horas el Sr. Iván estaciona el vehículo en la Avenida de la Libertad de la localidad malagueña de Arroyo de la Miel, en una zona denominada Santangelo, tras lo cual se apea del turismo junto con sus dos acompañantes. Acto seguido, los tres cruzan la calle y se introducen en una vivienda unifamiliar. A las 11:40 horas el Sr. Iván, la mujer y el joven salen de la vivienda y conversar con un hombre que acaba de llegar a bordo de un vehículo. Minutos después, el Sr. Iván, el hombre que acaba de llegar y sus dos acompañantes anteriores, se dirigen hasta el vehículo Peugeot 306 del Sr. Iván, lo abordan y emprenden la marcha, poniendo rumbo a las afueras de la localidad. Más tarde, llegan a la población malagueña de Mijas, donde el Sr. Iván aparca el turismo en un parking municipal. Se bajan del coche todos sus ocupantes, salen del aparcamiento y se alejan deambulando. Posteriormente, todos ellos se adentran en un edificio situado en la Avenida Virgen de la Peña. A las 13:50 horas el Sr. Iván, acompañado de la mujer y el joven de antes llegan al parking municipal. Instantes después, todos ellos abordan el turismo del Sr. Iván y éste emprende la marcha, poniendo rumbo a las afueras de la localidad, para dirigirse a la población de Benalmádena (Málaga). Una vez en dicha localidad y debido al tráfico existente, los detectives pierden el contacto visual con el vehículo que conduce el Sr. Iván, por lo que deciden a fin de localizarlo, recorrer los lugares que ha visitado durante la mañana, con resultado negativo. Ante esto, los detectives optan por trasladarse hasta las inmediaciones del domicilio del Sr. Iván, en Churriana, comprobando que el turismo del Sr. Iván no se encuentra estacionado en las inmediaciones, por lo que optan por proseguir el control en dicho lugar. A las 19:00 horas los detectives finalizan el servicio sin haber visto al Sr. Iván regresar a su casa.

El 11/09 dejaría el vehículo aparcado en la zona reservada al sindicato a primeras horas de la mañana sin que conste en el informe la asistencia a su sede.

El 5/10 acudió a una manifestación no relacionada con la actividad sindical, y desde el mediodía permaneció en su domicilio.

El día 18 de octubre de 2013, el actor trabajó en turno de mañana de 8:30 a 16 horas (consta en el cuadrante después de la modificación) y por la tarde permaneció en su domicilio ".

Basa su pretensión probatoria en los documentos obrantes a los folios 219 a 225 de las actuaciones, esto es, informe del investigador privado, al que se acompaña reportaje de reproducción de la imagen y el sonido, así como reportaje fotográfico.

Debe rechazarse esta modificación, por ser la prueba propuesta inhábil para la revisión del relato fáctico en el recurso de suplicación. Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de junio del 2011 (Recurso 3893/2010), que expresa lo siguiente:

" El recurso formulado ha de ser rechazado ya que se considera que la grabación de audio y vídeo no tiene naturaleza de prueba documental, a efectos de fundar una revisión de hechos probados, al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral , por las siguientes razones:

1º.- La disposición adicional primera apartado 1 de la Ley de Procedimiento Laboral y el artículo 4 de la LEC , proclaman el carácter supletorio de esta última norma, en defecto de disposiciones en las leyes que regulen el proceso laboral, por lo que limitándose la LPL a establecer en el artículo 90 que se admiten como prueba los medios mecánicos de reproducción de la palabra de la imagen y del sonido, sin establecer cuál en su naturaleza y que tratamiento ha de dárseles, habrá que acudir a los dispuesto en la LEC en este extremo.

2º.- La Ley 1-2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 299 enumera los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio, diferenciando en su apartado 1 : 1º. Interrogatorio de las partes; 2º. Documentos públicos 3º. Documentos privados; 4º. Dictamen de peritos; 5º. Reconocimiento judicial y 6º. Interrogatorio de testigos. En el apartado 2 tal precepto dispone que "también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables, o de otra clase, relevantes para el proceso ".

La ha procedido, a diferencia de lo que sucedía en la anterior LEC, a dar un tratamiento autónomo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, diferenciándolos de la prueba documental.

3º.- Consecuencia de la consideración de la naturaleza autónoma de tales medios probatorios es el tratamiento diferenciado que recibe en la LEC a saber:

- El tratamiento independiente que la LEC da a la prueba documental a la que consagra los artículos 317 a 334 y a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, regulados en los artículos 382 a 384 .

- El artículo 265 LEC al disponer los documentos, escritos u objetos que han de acompañar a la demanda distingue en el apartado 1º "los documentos en que las partes funden su derecho" y en el apartado 2º "los medios e instrumentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 299-medios de reproducción de la palabra, el sonido....- si en ellos se si en ellos se fundaran las pretensiones....".

- Los artículos 267 y 268 LEC establecen la forma de presentación de documentos públicos -copia simple y si se impugnara su autenticidad, mediante original, copia o certificación- y de los documentos privados -original o copia autenticada, uniéndose a los autos o dejando testimonio, con devolución de los originales o copias, o designación del archivo, protocolo o registro donde se encuentren-, no resultando de aplicación a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen.

- El artículo 270 LEC , que regula la presentación en momento no inicial del proceso, se refiere a la presentación no solo de documentos sino también de medios e instrumentos, diferenciando unos de otros.

- El artículo 273 LEC exige que todo escrito o documento que se aporte o que se presente ha de acompañarse de tantas copias literales cuantas sean las otras partes, lo que no se exige en la aportación de instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen, pues solo prevé la Ley - artículo 382 LEC - que se puede acompañar de una transcripción escrita de las palabras contenidas en

el soporte de que se trate, o de los dictámenes y medios de prueba instrumentales que la parte considere convenientes.

- Los documentos tienen un valor probatorio establecido legalmente, para los documentos públicos en el artículo 319 LEC y para los privados en el 326 LEC, en tanto las reproducciones de palabras, imágenes y sonidos captadas mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes, han de valorarse según las reglas de la sana crítica, a tenor del artículo 382.3 LEC.

4º.- En el proceso laboral la forma de práctica de una y otra prueba es diferente. En efecto, mientras de la prueba documental que se presente ha de darse traslado a las partes en el acto del juicio, tal y como dispone el artículo 94 LPL, la práctica de la prueba de medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen se realiza en último lugar, una vez se han practicado todas las pruebas- artículo 300 LEC -, debiendo consignarse en acta los actos que se realicen para la práctica de dicha prueba, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones.

5º.- La modificación operada en el artículo 90 LPL por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, no ha dado nueva redacción al apartado 1 del precepto, que establece que son medios de prueba los medios mecánicos de reproducción de la palabra, ni tampoco en el artículo 191 b) que regula la revisión de hechos probados, manteniendo que procede a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

6º.- La idoneidad de la prueba de los instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido para revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, se enmarca dentro de un recurso de carácter extraordinario. En efecto el recurso de suplicación tiene dicho carácter, tal y como resulta de su configuración legal, expresamente reconocida en la, en su propia regulación y en las normas comunes a los recursos de casación y suplicación que aparecen en la Ley de Procedimiento Laboral. Dicho carácter asimismo ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 26 de enero de 1961 y por el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencias 3/83, de 25 de enero de 1983; 17/86, de 13 de octubre de 1986 y 79/85, de 3 de julio de 1985. Consecuencia de tal carácter es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental o pericial practicada en la instancia, por lo que la interpretación del concepto de prueba documental, a la vista del carácter del recurso, necesariamente ha de ser efectuada de forma restrictiva.

(...) No empecen las anteriores consideraciones la interpretación jurisprudencial existente -parcialmente transcrita en el fundamento derecho tercero de esta resolución- que consideraba que tales instrumentos tenían el valor de prueba documental, pues en la época en que tales sentencias se dictaron no estaba aun en vigor la Ley 1/2000 de 7 de enero que, como anteriormente se ha razonado, procede a dar un tratamiento autónomo a este medio de prueba diferenciándolo de la prueba documental.

El informe de investigación privado es ineficaz a efectos de revisar hechos probados en fase de suplicación pues, pese a su apariencia documental, es clara su naturaleza testifical (S. 5-11-96 TSJ Madrid y S. 7-4-97 TSJ Cataluña), y así el Tribunal Supremo en SS. 28-6-83, 12-9-86, 12-2-87 y 24-2-92, entre otras, ha sentado la doctrina uniforme de negar valor documental a efectos de revisión de hechos en un recurso de casación a los informes de detectives privados aportados al proceso, exponiendo que se trata de una prueba testifical impropia, que adquiere todo su valor procesal como tal prueba testifical cuando el informe ha sido ratificado en juicio por su firmante. En suma, las fotografías y tomas de vídeo podrán ser elementos que refuercen el testimonio de los detectives privados en la valoración que del mismo lleve a cabo el Juez de instancia, pero no documentos, en sí mismos y por sí solos, hábiles a efectos de revisión de hechos probados. Por ello, habiendo valorado la Magistrada de instancia las fotografías y videos anexos al informe del investigador privado, no cabe sustituir el convencimiento alcanzado por la Jueza por el parcial e interesado de la parte que propone la revisión, que también cita en apoyo de su pretensión la prueba testifical practicada en la persona del detective, olvidando que dicha prueba es inhábil a efectos revisorios, siendo su valoración de la incumbencia exclusiva de la juzgadora de instancia, sin que su criterio al respecto sea susceptible de ser revisado ni enmendado en grado de suplicación.

A todo esto hemos de añadir que lo que se pretende por la recurrente es inviable en un recurso extraordinario como es el de suplicación pues, además de que los videos no son pruebas documentales, de aceptarse por la Sala la comparación de tales videos estaríamos sustituyendo la función propia de la Juzgadora, quien ha llegado a una convicción aplicando el principio de inmediación, al tener presente en el juicio al demandante y a su hermano. Pero, además, el soporte documental que sirva de base a este motivo debe contener, inexcusablemente, una literosuficiencia probatoria, de tal modo que se desprenda ineluctablemente la modificación pretendida del mismo, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones (SSTS de 19-07-1985 o de 14-07-1995), circunstancia que en este supuesto no concurre.

Dado el carácter de recurso extraordinario de la Suplicación, distinto del de Apelación (STC 18-10-1993), no se puede pretender que se realice una nueva lectura por parte de la Sala de todo el material probatorio obrante, al no ser ésta su función, que le viene normativamente atribuida al órgano judicial de instancia por el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LA LEY 1444/1995) citada. Debe derivar claramente la modificación pretendida, sea de sustitución, de adición o de eliminación, del apoyo útil alegado, sin necesidad de tener que acudir para ello a deducciones, elucubraciones o argumentaciones añadidas, de tal modo que se desprenda de ese apoyo probatorio señalado, de modo contundente y sin sombra de duda, tanto la nueva situación fáctica propuesta

como la pertinente y paralela equivocación del órgano judicial de instancia, al alcanzar su propia convicción, que se pretende revisar. En este caso, no existe esa claridad, cuando ya se pide que la Sala compare pruebas, que además resultan inhábiles a estos efectos.

Por todo lo expuesto, el motivo debe fracasar, quedando el relato de hechos probados firme e inalterado.

CUARTO.- . Por el cauce del apartado c) del art. 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la empresa recurrente la infracción de los artículos 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores y 40.1 c) del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería por considerar, en síntesis, que la conducta del representante de los trabajadores que, autorizado por la empresa para realizar funciones representativas, dedica dicho tiempo a tareas distintas a la representación que ostenta, es constitutiva de infracción muy grave susceptible de ser sancionada con el despido disciplinario.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la problemática que se plantea en el presente recurso, por todas, sentencia de 14 de noviembre de 2013 (Recurso de Suplicación 1269/13; ROJ: STSJ AND 12414/2013), cuyos razonamientos se reiteran en la presente resolución. En dicha sentencia se razona que " La presunción de probidad que ampara la función representativa del actor queda destruida por prueba en contrario. La falta cometida, adquiere notas de gravedad, por la reiteración y continuidad, abarcando cinco días, en catorce días del mes de julio de 2.012, por lo que el empleo en provecho propio del crédito horario concedido por el art. 68.e) a los representantes de los trabajadores es manifiesto y habitual, es decir, como quedó expuesto más arriba (...) una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen un cuerpo coherente con los representados (STSJ Cataluña de 25 de octubre de 2004)", y la Sala entiende que efectivamente tal conducta de uso indebido y desviado del crédito horario en actividades privadas de ocio y playa llega a constituir la falta muy grave de transgresión de la buena fe contractual prevista en el art. 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores y del convenio colectivo aplicable citada como incumplimiento de los deberes contractuales ".

Tales razonamientos son íntegramente aplicables a la presente litis pues de los 23 días concedidos al actor para realizar tareas representativas, al menos durante 7 días (9 de agosto, 4 y 11 de setiembre, 5, 6, 19 y 20 de octubre de 2.013) ni siquiera se personó en la sede de la central sindical, bien permaneciendo en su domicilio, bien acudiendo a otros lugares. No comparte la Sala el razonamiento de la Magistrada, que llega a distinta conclusión sobre la base de que la no personación del actor en la sede del sindicato queda amparada por la presunción de probidad en el uso por el representante de los trabajadores del crédito horario pues, sin desconocer que la actividad representativa puede desarrollarse mediante conversaciones, reuniones y otras actividades en lugares públicos, mediante conversaciones (telefónicas o de otra índole) desde el propio domicilio, mediante el uso de internet y redes sociales, etc., nada consta sobre labor representativa desarrollada por el actor, extremo que fácilmente pudo acreditar en el acto de juicio.

También razona la sentencia antes citada de esta Sala que " Ciertamente los Juzgados y Tribunales, y esta Sala en numerosas sentencias, son especialmente sensibles en la protección de los derechos fundamentales entre ellos los invocados por el recurrente el de tutela judicial efectiva y el de libertad sindical, pero la protección de los derechos fundamentales también se extiende a no permitir que encuentre amparo y protección la utilización indebida y desviada de tales derechos, y en concreto debe llegar a extenderse a no procurar la protección al uso incorrecto, fraudulento y en beneficio propio y no de la función representativa que le es propia del crédito horario reconocido al actor como miembro del Comité de empresa, es decir al contrario de lo que el actor dice la falta de amparo de su pretensión es correcta protección de los derechos fundamentales que invoca, y por otro lado tampoco puede entenderse que la empresa sea ajena al uso del crédito horario que se desarrolla en el ámbito de la propia empresa y que supone la no prestación de servicios por conceder horas para el ejercicio de una actividad representativa que realmente no se realizó sino que el actor disfrutó de estas horas de crédito representativo en lugar de realizar dicha actividad representativa en actividades privadas de ocio, recreo y playa, por lo que por la misma consideración indicada de protección de los derechos fundamentales esta Sala no puede amparar tal conducta del trabajador recurrente pues con ello también se está protegiendo el derecho fundamental de libertad sindical y también se está protegiendo el derecho de los trabajadores a que sus representantes ejerciten sus créditos horarios de forma debida y correcta y lo hagan en el ejercicio de la función representativa que les es encomendada y para la cual han sido nombrados y para la cual les ha sido concedido el crédito horario ".

Por todo lo expuesto, al haber quedado acreditados los hechos imputados en la carta de despido (uso indebido del crédito horario durante siete días entre el 9 de agosto y el 20 de octubre de 2.013) y constituir los mismos infracción muy grave tipificada en el artículo 39.2 del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería(Código de Convenio n.º 9910365): " Fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los otros trabajadores o trabajadoras o cualquiera otra persona al servicio de la empresa en relación de trabajo con ésta, o hacer, en las instalaciones de la empresa negociaciones de comercio o industria por cuenta propia o de otra persona sin expresa autorización de aquella ", sancionable, de conformidad con el artículo 40.1 c), d) de dicho Acuerdo y 42.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, la calificación de dicho despido no debe ser otra que la su procedencia lo que conduce a la Sala, al no haberlo entendido así la Magistrada de instancia, a la estimación del motivo y por su efecto el recurso a los fines de que, con revocación de la sentencia combatida, resulte desestimada la demanda y convalidada la decisión extintiva empresarial.

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de Serunion S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de Málaga con fecha 7 de noviembre de 2.014 en autos sobre despido, seguidos a instancias de D. Iván contra dicha empresa recurrente y, con revocación de la sentencia recurrida, desestimamos la demanda formulada por D. Iván contra Serunion S.A. y calificamos el despido disciplinario del actor como procedente, convalidando así la decisión extintiva empresarial.

Firme la presente resolución, devuélvase a la recurrente el depósito y la consignación de la cantidad objeto de la condena efectuados para recurrir en suplicación.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Adviértase a la parte demandada que en caso de recurrir habrá de efectuar las siguientes consignaciones en la cuenta de esta Sala de lo Social cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander con el número 2928 0000 66 058815; bien, mediante transferencia a la cuenta número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico); o a la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel). En tales casos, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 2928 0000 66 058815:

- La suma de 600 euros en concepto de depósito.

- La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad al tiempo de prepararse el recurso, pudiendo sustituirse esta última consignación por aval bancario en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 29067340012015100837