

Roj: STS 4632/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4632

Id Cendoj: 28079140012014100629

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1654/2013

Nº de Resolución:

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: FERNANDO SALINAS MOLINA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Doña Amparo , representada y defendida por el Letrado Don Josep García Martos, contra la sentencia dictada en fecha 19-febrero-2013 (rollo 6851/2012, con voto particular) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña , en el recurso de suplicación interpuesto por "SUPER MONTSERRAT, S.L.U." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Figueras, de fecha 31-mayo-2012 (autos 141/2012), en autos seguidos a instancia de la ahora recurrente contra referida empresa sobre **DESPIDO**.

Ha comparecido en concepto de recurrido "SUPER MONTSERRAT, S.L.U.", representado por el Procurador Don Antonio María Álvarez- Buylla Ballesteros.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El día 19 de febrero de 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia, con voto particular, en virtud del recurso de suplicación nº 6851/2012 , con voto particular, interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Figueras, en los autos nº 141/2012, seguidos a instancia de Doña Amparo contra "Super Montserrat, S.L.U." sobre **despido**. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, es del tenor literal siguiente: " *Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Super Montserrat, S.L.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Figueras, en fecha 31 de mayo de 2012 , que recayó en los Autos 141/2012, en virtud de demanda presentada por Doña Amparo contra la citada empresa, en reclamación por **despido**, y, por tanto, debemos revocar y revocamos dicha resolución, absolviendo a la recurrente de las pretensiones de la demanda. Se acuerda la devolución a la recurrente de las cantidades depositadas y consignadas en el momento de recurrir* ".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 31 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Figueras , contenía los siguientes hechos probados: " *Primero.- La actora Dña. Amparo , provista de DNI nº NUM000 , viene prestando sus servicios por cuenta de la empresa Super Montserrat S.L.U, en virtud de contratación indefinida a tiempo completo, con antigüedad de 6-10-2003, categoría profesional de ayudante de dependienta y percibiendo un salario diario de 55,43 euros, con inclusión de prorrata de pagas extras. (hecho conforme). Segundo.- La demandante está afiliada al Sindicato CC.OO. y ostenta la condición de representante legal de los trabajadores en la empresa al haber resultado elegida en las elecciones sindicales celebradas. (incontrovertido). Tercero.- En fecha 15-2-2012 la empresa acordó la apertura de expediente contradictorio disciplinario a la Sra. Amparo , designando instructora a Dña. Valle . La instructora formuló pliego de cargos del que se dio traslado a la trabajadora el día 17-2-2012, concediéndole un plazo de 5 días para presentar escrito de descargo, reclamando aquélla la unión al expediente de la documentación que estimó conveniente. De la incoación del expediente y del pliego de cargos se entregó copia al Comité de Empresa para que, si lo consideraba oportuno, pudiera emitir informe. (folios 71 a 76 y testifical de la instructora Sra. Valle , jefe de personal). Cuarto.- El 21-2-2012 la actora presentó alegaciones en su descargo exponiendo*

que el día 20 de enero realizó las actividades sindicales durante toda la jornada prevista. En cuanto al día 27 de enero reconoció que fue suspendida la sesión del curso de formación sindical prevista para esa mañana, lo que le fue comunicado telefónicamente el día anterior, fijándose al mismo tiempo una reunión informativa para dicha tarde en el Sindicato para tratar asuntos sindicales. También añadía que si posteriormente, en el mes de febrero, no concretó lo sucedido el día 27 de enero fue precisamente para evitar equívocos por parte de la empresa, considerando que lo fundamental era que realizó actividad sindical aunque no coincidiera con la franja horaria inicialmente prevista. (folios 77 a 79). Quinto.- En fecha 27-2-2012 la instructora dio por concluido el expediente valorando los hechos como constitutivos de dos infracciones, una grave y otra muy grave, de los art. 15.8 y 16.3 del Acuerdo laboral de ámbito estatal del sector del Comercio, y art. 54.2 d) del ET. (folios 84 y 85). Sexto.- El día 28-2-2012 se notificó a la trabajadora carta de **despido** disciplinario, con efectos del mismo día, cuyo contenido, dada su extensión, se tiene aquí por íntegramente reproducido. (folios 86 a 88). Séptimo.- La demandante ha solicitado en diversos períodos el disfrute de horas sindicales para realización de tales tareas que han sido concedidas por la empresa. (folios 112 a 128). Octavo.- La demandante hizo entrega a la empresa de certificado de asistencia al curso de formación sindical realizado en Figueras el día 15 de noviembre de 2011, de 9 a 14 horas. (folio 127 Bis). Noveno.- El día 18-1-2012 Doña. Amparo presentó en la empresa escrito de convocatoria a funciones sindicales para los días 20 y 27 de enero de 2012. (folio 80). Décimo.- El 3-2-2012 la demandante entregó en la empresa certificado suscrito por el responsable de la escuela de Formación sindical de la CONC de asistencia los días 20 y 27 de enero 2012, de 9 a 14 horas, al curso de formación sindical denominado Curso Básico de Formación Sindical realizado en Figueras. (folio 81). Undécimo.- La actora acudió al curso impartido la mañana del 20 de enero de 2012. (testificales de Dña. Luz y D. Hernan). La sesión formativa fijada para la mañana del día 27-1-2012 no llegó a celebrarse por haber sido previamente suspendida. (testifical del docente D. Hernan). Duodécimo.- El 7 de marzo de 2012 se presentó papeleta de conciliación ante el CMAC, celebrándose sin avenencia acto de conciliación el día 23 de marzo de 2012. (folio 38) ".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que estimando la demanda que da origen a estas actuaciones, debo declarar y declaro improcedente el **despido** de la actora ocurrido el día 28-2-2012, condenando a la empresa demandada Super Montserrat S.L.U. a estar y pasar por esta declaración, correspondiendo a Dña. Amparo la opción, que deberá ejercitar en el término de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución, entre su readmisión en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al **despido**, o bien la extinción del contrato con abono de una indemnización de veintiún mil dos euros con cuarenta y seis céntimos (21.002,46 eur), entendiéndose que lo hace por la readmisión si no efectúa la opción, y con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde que el **despido** tuvo lugar y hasta que se ejercite la opción, a razón de un salario diario de 55,43 Euros ".

TERCERO.- Por el Letrado Don Josep García Martos, en nombre y representación de Doña Amparo, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que formula cuatro motivos de contradicción y como sentencias contradictorias con la recurrida, una por cada motivo de contradicción: Primero.- La dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 13-julio-1995 (rollo 775/1995), como primer motivo del recurso la trabajadora alega la ilicitud de la revisión fáctica del HP 11º efectuada en la sentencia recurrida sobre la base de un informe de detectives obrantes en las actuaciones, el que entiende no tiene valor de documental ni de pericial a los efectos del art. 193.c) LRJS, cuya infracción denuncia. Segundo.- La dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30-octubre-2001 (rollo 3853/2001), como segundo motivo de su recurso, denunciando la ilicitud de la vigilancia o control singular a que fue sometida en el ejercicio de su crédito horario, alegando como infringidos los arts. 10.3 LOLS y 68 ET. Tercero.- La dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 3-marzo-2000 (rollo 8481/1999), como tercer motivo del recurso, plantea la recurrente la cuestión relativa a que no puede exigirse un cómputo escrupuloso del tiempo establecido en el uso del crédito horario. Cuarto.- La dictada por la Sala de lo Social del País Vasco de 1-febrero-2005 (rollo 2177/2004), como cuarto motivo de su recurso plantea la trabajadora la cuestión relativa a la falsedad que se imputa por la certificación aportada en justificación de la utilización del crédito horario, denunciado como infringido el art. 54.2 ET y la doctrina jurisprudencial sobre la tesis gradualista.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2013, se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida, "Super Montserrat, S.L.U.", representado por el Procurador Don Antonio María Álvarez- Buylla Ballesteros, para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar procedente el recurso, e

instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 9 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la trabajadora demandante, representante legal de los trabajadores en la empresa demandada y afiliada al sindicato CC.OO., se recurre en casación unificadora la sentencia de suplicación (STSJ/Cataluña 19-febrero-2013, rollo 6851/2012 , voto particular) que, -- revocando la sentencia de instancia que entendió improcedente el **despido** con opción a favor de la trabajadora (SJS/Figueres nº 1 de fecha 31-mayo-2012 -autos 141/2012) --, declara la procedencia del **despido** disciplinario efectuado el día 28-02-2012.

2.- En la sentencia de instancia, en cuanto incide esencialmente en las causas del **despido**, constaba como probado que: **1)** " *La demandante está afiliada al Sindicato CC.OO. y ostenta la condición de representante legal de los trabajadores en la empresa ...* " (HP 2º); **2)** "... *la actora presentó alegaciones en su descargo exponiendo que el día 20 de enero realizó las actividades sindicales durante toda la jornada prevista. En cuanto al día 27 de enero reconoció que fue suspendida la sesión del curso de formación sindical prevista para esa mañana, lo que le fue comunicado telefónicamente el día anterior, fijándose al mismo tiempo una reunión informativa para dicha tarde en el Sindicato para tratar asuntos sindicales. También añadía que si posteriormente, en el mes de febrero, no concretó lo sucedido el día 27 de enero fue precisamente para evitar equívocos por parte de la empresa, considerando que lo fundamental era que realizó actividad sindical aunque no coincidiera con la franja horaria inicialmente prevista ...* " (HP 4º); **3)** " *El día 18-1-2012 la Sra. Amparo presentó en la empresa escrito de convocatoria a funciones sindicales para los días 20 y 27 de enero de 2012 ...* " (HP 9º); **4)** " *El 3-2-2012 la demandante entregó en la empresa certificado suscrito por el responsable de la escuela de Formación sindical de la CONC de asistencia los días 20 y 27 de enero 2012, de 9 a 14 horas, al curso de formación sindical denominado Curso Básico de Formación Sindical realizado en Figueres ...* " (HP 10º); y **5)** " *La actora acudió al curso impartido la mañana del 20 de enero de 2012. (testificales de Dña. Luz . y D. Hernan .). La sesión formativa fijada para la mañana del día 27-1-2012 no llegó a celebrarse por haber sido previamente suspendida (testifical del docente D. Hernan .) "* (HP 11º).

3.- En la sentencia de suplicación ahora impugnada, la Sala aceptó en parte la revisión de hechos probados instada por la empresa entonces recurrente. Se adicionaron como hechos probados que: **1)** " *Los referidos días la Sra. Amparo tenía turno de mañana..., siendo su horario de trabajo el comprendido de las 7:45h a 14:30h el día 20 de enero y de 7:30h a 14:15h el día 27 de enero* " (adición al HP 11º), adición no cuestionada por la trabajadora; y **2)** " *la actora acudió al curso de formación sindical a partir de las 12 del mediodía del día 20 de enero* " (adición al HP 11º).

4.- Con respecto a esta última adición la Sala únicamente la acogía en parte, rechazando otra versión más amplia propuesta por estar fundada en prueba testifical, pero, sin embargo, acepta otra parte de la modificación propuesta basándose en la que califica como prueba documental consistente en informe de detective privado, razonando que "... *e l document que es troba als folis 101 a 109 de les actuacions és l'informe del detectiu contractat per la recurrent i en el citat informe consta que l'actora sí que va assistir al curs celebrat el dia 20 de gener, encara que fos a partir de les 12 del migdia, per la qual cosa s'haurà d'afegir al citat fet provat que la demandant va acudir al curs de formació sindical a partir de les 12 del migdia* " (el documento que se encuentra en los folios del 101 al 109 de los autos es el informe del detective contratado por la recurrente, en el que consta que la actora sí acudió al curso celebrado el día 20 de enero, aunque fuera a partir de las 12 horas del mediodía, por lo que habrá que añadir al citado hecho probado que la demandante acudió al curso de formación sindical a partir de las 12 del mediodía). Debe hacerse constar que en los referidos folios de los autos obra un informe de detective, con fotografías (folios 101 a 109), que fue ratificado y explicado a preguntas de las partes en el acto del juicio por la persona que lo efectuó y que la adición la fundamenta la Sala, no en las fotografías unidas a los autos, sino en el informe escrito (folio 103). Concluyendo, en definitiva, la Sala de suplicación que debía estimarse el recurso empresarial, revocarse la sentencia de instancia y rechazarse la demanda de **despido**.

SEGUNDO.- 1.- Como primer motivo del recurso de casación unificadora la trabajadora alega la ilicitud de la revisión fáctica del HP 11º efectuada en la sentencia recurrida sobre la base de un informe de detectives obrantes en las actuaciones, el que entiende no tiene valor de documental ni de pericial a los efectos del art. 193.c) LRJS , cuya infracción denuncia, señalando como contradictoria, a los fines del art. 219.1 LRJS , la STSJ/Cataluña 13-julio-1995 (rollo 775/1995).

2.- En dicha sentencia referencial sobre la cuestión planteada se argumentaba para rechazar la revisión fáctica pretendida por la empresa entonces recurrente que << *el elemento probatorio que se quiere hacer*

valer para la revisión postulada es el informe de detectives aportado por la demandada, que carece de toda virtualidad a tales efectos por tratarse de prueba testifical no alegable en suplicación por estar reservada su valoración en exclusiva al Juez de instancia al limitar el artículo 190.b) de la Ley de Procedimiento Laboral , a las pruebas documentales y periciales las que pueden ser esgrimidas ante el Tribunal, que carece de facultades para revisar la valoración que de la prueba pericial haya podido realizar el Juez «a quo», por lo que no derivándose de otros elementos probatorios eficaces error evidente de apreciación, no cabe la modificación solicitada ... >>.

3.- Concorre, sobre este extremo, el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, como también informa el Ministerio Fiscal, pues, partiendo de unos hechos sustancialmente idénticos que consisten en sí, con base en un informe de detectives, pueden o no modificarse en suplicación los hechos declarados probados contenidos en la sentencia de instancia impugnada, llegan las sentencias comparadas a resultados contradictorios; así, la sentencia recurrida entiende posible dicha revisión fáctica (adicionando que la actora acudió al curso, pero solamente de 12 a 14 horas), mientras que la sentencia referencial niega tal posibilidad con fundamento en que los informes de detectives carecen de virtualidad para sustentar una revisión fáctica en suplicación.

TERCERO.- 1.- Sobre el alcance de la revisión de hechos probados en el recurso de suplicación dispone el art. 193.c) LRJS que " *El recurso de suplicación tendrá por objeto: ... b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas* ". Éste precepto es de análogo contenido al de los precedentes textos procesales sociales, en especial del art. 191.b) LPL ; y es en parte concordante con el regulador del recurso de casación ordinaria, contenido ahora en el art. 207.d) LRJS (" *Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios* ").

2.- Sobre sí los documentos que reflejan manifestaciones de terceros, entre ellos, los informes de detectives privados, es dable configurarlos como prueba documental, esta Sala de casación lo ha venido rechazando pronunciándose en los siguientes términos:

a) Las SSTS/Social 10-febrero-1990 (sentencia nº 170/1990 , casación por infracción ley) y 13-marzo-1991 (rc 320/1990), rechazan las revisiones fácticas pretendidas con base en informes de agencias privadas de investigación, argumentando: **a#)** la primera que << *La base sobre la que construye el ... motivo de casación estriba en la contradicción existente entre los justificantes de la Central sindical de trabajadores gallegos, que acreditan la presencia en la misma del demandante durante los días y horas que en ellos se indica, y la no presencia del trabajador en dicha Central sindical demostrada -se dice en el motivo- "a través de una exhaustiva investigación y seguimiento"* >> y afirma que << *Así planteado el motivo revisorio, es visto que todo él se basa en el crédito que merece a la parte la labor de investigación llevada a cabo por los detectives privados y desde el informe de éstos elabora los nuevos hechos probados. Pero el motivo no puede prosperar porque el repetido informe, ratificado por sus autores en el acto del juicio, no perdió, por haberse incorporado al escrito elaborado por la Agencia de investigación, su verdadero carácter de prueba testifical, incapaz para sostener con él y demostrar la equivocación evidente del Juzgador, según establece el art. 167.5 de la Ley de Procedimiento Laboral* >>; y **b#)** razonándose en la segunda sentencia citada que << *se apoya fundamentalmente en una interpretación subjetiva de los informes de las agencias privadas de investigación, que, con independencia de la calificación que les haya atribuido el juzgador, no constituyen prueba documental sino manifestaciones testimoniales por escrito (Sentencias de 19 de julio , 2 de octubre de 1989 y 10 de febrero de 1990)* >>.

b) La STS/IV 24-febrero-1992 (rcud 1059/1991), aun tratándose de un supuesto en que se aprecia la inexistencia de contradicción, razona que << *La totalidad de las sentencias invocadas como término de comparación sientan la doctrina uniforme de negar valor documental, a efectos de revisión de hechos en un recurso de casación, a los informes de detectives privados ..., 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* >>, que << *En vía de suplicación, la Sala de lo Social del TSJ no accedió a la revisión fáctica precisamente porque el recurrente se amparaba en el citado informe de detectives que ... carece de valor documental a estos efectos* >>.

c) Igualmente sobre los documentos que reflejan manifestaciones de terceros y su valor probatorio, la STS/IV 11-julio-2000 (rco 911/2000) afirma que << *su análisis muestra que dicho escrito ... no es más que una simple nota firmada por solo 4 de los 15 miembros que integran la Comisión Negociadora ... en la que "certifican" - para lo que evidentemente carecen de facultades -"que la firma del Preacuerdo del II Convenio Colectivo ha sido realizada de forma unánime por todos los miembros de la misma"* . No se trata pues de un

auténtico documento sino de una prueba testifical impropia, que solo habría adquirido todo su valor procesal como tal prueba testifical, si la nota hubiera sido ratificada en juicio por sus firmantes, y no lo fue. En todo caso, como prueba testifical que es, queda a la libre apreciación del juzgador y no puede fundar la denuncia de un error de hecho en casación >>.

3.- Con relación en general a la prueba testifical y su no encaje a través de la documental a efectos de la revisión fáctica en los recursos, en especial en el de casación ordinaria, es reiterada doctrina de la Sala, -- contenida, entre otras muchas, en las SSTS/IV 25-marzo-2014 (rco 161/2013), 29-abril-2014 (rco 242/2013), 21-mayo-2014 (rco 182/2013) y 1-julio-2014 (rco 101/2013), aun referida a precepto procesal análogo sobre la revisión fáctica en casación ordinaria (el referido art. 207.d LRJS) --, que << *la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 LRJS sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de "error en la apreciación de la prueba" que esté "basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador"* >> (recientes, SSTS 19/04/11 -rco 16/09 -; 22/06/11 -rco 153/10 -; y 18/06/12 -rco 221/10 -); y que en esta línea hemos rechazado que la modificación fáctica pueda ampararse en la prueba testifical, tal como palmariamente se desprende de la redacción literal -antes transcrita- del art. 207.d) LRJS y hemos manifestado reiteradamente desde las antiguas SSTS de 29/12/60 y 01/02/61 (así, SSTS 13/05/08 -rco 107/07 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -) ... >> y que << *En todo caso se imponen -en este mismo plano general- ciertas precisiones: a) aunque la prueba testifical no puede ser objeto de análisis en este extraordinario recurso, pese a todo en algunos supuestos puede ofrecer «un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas (en tal sentido, SSTS 09/07/12 -rco 162/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -)...* >>.

CUARTO.- 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 solo 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; y ello, aunque la prueba testifical en algunos supuestos pueda ofrecer « *un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte* » encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

QUINTO.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado, comporta, como necesaria consecuencia, la supresión del hecho probado 11º de la sentencia recurrida la adición fáctica efectuada por la Sala de suplicación, fundada exclusivamente en el informe escrito de detectives que configuró de forma jurídicamente inadecuada como si de prueba documental se tratara, en el extremo relativo a que " *la actora acudió al curso de formación sindical a partir de las 12 del mediodía del día 20 de enero* ", quedando la redacción original en el sentido de que " *La actora acudió al curso impartido la mañana del 20 de enero de 2012. (testificales de Dña. Luz . y D. Hernan .). La sesión formativa fijada para la mañana del día 27-1-2012 no llegó a celebrarse por haber sido previamente suspendida (testifical del docente D. Hernan .) "* ". Lo anterior podría bastar para estimar el recurso, al eliminarse el esencial fundamento fáctico de la sentencia recurrida, no obstante continuaremos analizando los restantes motivos esgrimidos por la parte recurrente.

SEXTO.- 1.- Como segundo motivo de su recurso, denuncia la representante de los trabajadores despedida la ilicitud de la vigilancia o control singular a que fue sometida en el ejercicio de su crédito horario, alegando como infringidos los arts. 10.3 LOLS y 68 ET .

2.- Debe recordarse, con carácter previo al análisis del motivo, como destaca la STS/IV 13-marzo-2012 (rcud 1498/2011), que << *Respecto a la procedencia de la prueba de detectives, y el derecho de los representantes de los trabajadores a desempeñar sus funciones "sin ser sometidos a vigilancia singular", esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo tiene señalado, en sentencia de 10 de febrero de 1990 (entre otras), que: "saliendo al paso de la línea de abuso de vigilancia de los representantes de los trabajadores, que traba o impide el derecho del libre ejercicio del cargo representativo y que conduce forzosamente a negar valor a las pruebas obtenidas por la Empresa "con desconocimiento del derecho reconocido de no ser sometido a vigilancia singular" (sentencia de 29 de septiembre de 1989 ; convenio nº 135 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores de la Empresa, ratificado por España el 8 de noviembre de 1972), tiene declarado que sin excluir que en excepcionales supuestos puede el empresario ejercitar incluso las facultades disciplinarias que correspondan,*

la inclusión de las tareas representativas dentro de los derechos básicos del art. 4.º del Estatuto de los Trabajadores, como derechos diferenciados de los que el art. 4.2 del mismo hace derivar de la propia relación de trabajo, permite afirmar que "la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el **despido** en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68 e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atente a la libertad de su función" (sentencia de 2 de noviembre de 1989, seguida por las de 27 del mismo mes de noviembre y la de 5 de diciembre siguiente)" >>.

3.- La trabajadora recurrente sobre este segundo motivo invoca como contradictoria la STSJ/Madrid 30-octubre-2001 (rollo 3853/2001), en la que sobre dicha cuestión se razona que <<... siendo, en realidad, el meollo de la cuestión si la vigilancia y control a que el demandante fue sometido tiene o no amparo legal, pues en este último caso, lo a su través acreditado no podría estimarse como tal; y al respecto no es ocioso recordar la reiterada jurisprudencia que mantiene la presunción de empleo correcto del crédito horario que la recurrente cita y a la que podríamos añadir las sentencias del Tribunal Supremo de 13.6.1990 (R.J. 5068), 14.6.1990 (R.J. 5071) y 28.6.1990 (R.J. 55329) entre otras, así como la falta de virtualidad justificada de las pruebas obtenidas por la empresa con desconocimiento del derecho del trabajador representante a no ser sometido a vigilancia especial, y que sólo puede resultar procedente el **despido** del trabajador por esta causa, en supuestos excepcionales en los que el empleo en provecho propio del crédito horario sea manifiesto y habitual; doctrina que aplicada al supuesto que enjuiciamos nos lleva a declarar la improcedencia del **despido** pues no cabe dar por probado lo que la sentencia tiene por tal y que se ciñe al contenido del informe de detectives, pues tal medio probatorio contraría el derecho del actor a no ser sometido a vigilancia especial, y lo a su través acreditado carece de virtualidad, no siendo ocioso resaltar que los días investigados y según los propios investigadores la dedicación a labores en el bar no fue total sino imparcial lo que bastaría -así S.S. de 13 de junio de 1990 y 21.1.91 para generar la improcedencia antedicha >>.

4.- Destaca el Ministerio Fiscal en su informe que no concurre en este extremo el presupuesto de contradicción de sentencias, puesto que tanto en la sentencia recurrida como en la referencial se aplica la misma doctrina consistente en que no puede considerarse conforme a derecho el sometimiento de una trabajadora a una vigilancia especial a través de detectives para controlar si aquélla hacía o no un uso correcto del crédito horario que se le había concedido; no obstante, aun pareciendo asumir esta doctrina la sentencia recurrida procedió a rectificar parcialmente los hechos probados en base a la prueba a cargo del detective privado para incorporar lo relativo a la asistencia al curso el primer día, por lo que, en definitiva, no aplica realmente tal doctrina y podría entenderse existe la contradicción de sentencias.

5.- Ahora bien, no se entrará a resolver este segundo motivo, pues habiendo prosperado el primero de los motivos del recurso, y habiéndose eliminado de los hechos probados la adición fundada en la testifical a cargo de detective privado, y al no estar basados los restantes hechos probados de la sentencia de instancia en tal prueba, carece de interés a los fines de este recurso sentar en abstracto doctrina sobre esta cuestión.

SÉPTIMO.- 1.- Como tercer motivo del recurso, plantea la recurrente la cuestión relativa a que no puede exigirse a los representantes de los trabajadores un cómputo escrupuloso del tiempo establecido en el uso del crédito horario, invocando como sentencia de contraste la STSJ/Cataluña 3-marzo-2000 (rollo 8481/1999) y denunciando como infringido el art. 68.e) ET.

2.- En la sentencia referencial se argumenta, en esencia, sobre dicho extremo y en un supuesto en que se declara probado que << El sindicato entrega los justificantes en relación a las horas sindicales invertidas por el trabajador no dependiendo del lugar donde verifique sus funciones >>, que <<... la jurisprudencia ... parte del principio de que el crédito horario está configurado como una garantía de la función representativa y que la actividad de los delegados en orden a sus funciones es multiforme, comprendiendo actuaciones que de alguna manera repercute en interés de los trabajadores que tienen derecho a no estar sometidos a vigilancia en el ejercicio de sus funciones y que existe una presunción de probidad en el cumplimiento de las mismas >>; que << Ello no significa que deba excluirse la facultad de la empresa del control sobre el ejercicio de dicha actividad; la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1.990 declara en relación con dicho aspecto que ... el ejercicio de esa actividad representativa se injerta en el desarrollo de un contrato de trabajo, ... De aquí que no quepa excluir absolutamente a la empresa del control sobre el ejercicio de dicha actividad representativa-sindical y del consiguiente crédito horario al efecto, establecido pues si es evidente que un

mal uso de este último transgrede la buena fe y lealtad debida al colectivo de trabajadores representado, también lo hace en relación a la lealtad debida a la empresa cuyo sacrificio de horas de trabajo debido no se ve adecuadamente correspondido o compensado" >>; que << Partiendo de dicha facultad de la empresa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1.989 , declara que "la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente, conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que solo podrá alcanzar el **despido** en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68.e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados", añadiendo que "la complicación de la vida moderna y la variedad y diversidad de actividades implicadas en la función representativa lleva a los delegados de personal a tener que realizar no sólo en lugares múltiples sus tareas, sino también en tiempos y ocasiones varias, privándoles si estos tiempos y ocasiones no coinciden con horas de trabajo, de dedicación familiar y personal que es legítimo sean compensadas en parte, haciendo uso del crédito de horas, que les concedió el art. 68.e), pues éste es para el ejercicio de sus funciones, pero no para ejercerlas con un horario, que pueda controlar el empresario" >>; y concluyendo que << Por tanto ... no puede exigirse un cómputo escrupuloso del tiempo empleado, que es posible que parte del tiempo concedido se utilice en cuestiones personales, siempre que este empleo en provecho propio no sea manifiesto y habitual, si bien no se considera conducta habitual el empleo en provecho propio de parte del crédito horario durante dos días cuando consta que determinadas horas de dichos días fueron dedicadas por el actor a su actividad sindical >>.

3. - No concurre sobre este extremo el presupuesto de contradicción, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, puesto que a diferencia de lo enjuiciado y resuelto en la sentencia referencial, en la recurrida no se aborda esta problemática como objeto de su decisión, centrando la razón de la procedencia del **despido** que declara no solamente en el uso que hubiere efectuado del crédito horario, sino también (separando ambos aspectos de unos mismos hechos) en la justificación del empleo de dicho crédito horario mediante la emisión de un certificado que no se correspondía con la realidad al amparo indirecto de la referida y ahora cuestionada prueba testifical a cargo de detective privado, lo que suponía para la Sala de suplicación una grave trasgresión de la buena fe contractual.

OCTAVO.- 1.- Por último, como cuarto motivo de su recurso plantea la trabajadora la cuestión relativa a la falsedad, que como hecho separado, que se le imputa por la certificación aportada en justificación de la utilización del crédito horario, denunciado como infringido el art. 54,2 ET y la doctrina jurisprudencial sobre la tesis gradualista e invocando como sentencia de contraste la STSJ/País Vasco 1-febrero-2005 (rollo 2177/2004).

2.- En esta sentencia referencial se parte, como hechos probados, como se resume en la misma que el trabajador sancionado << el día 24-07-2003 abandonó a las 10,15 horas su puesto de trabajo, manifestando que tenía que acudir al sindicato para labores propias de su cargo de representación de los trabajadores, conduciendo su vehículo que dirigió a Baracaldo, donde aparcó y recogió a una señora y una joven, y tras introducir una bolsa en el maletero, emprendió marcha a Santander, presentando el día 28-07-2003 un certificado suscrito por el Sindicato Comisiones Obreras, responsable territorial, haciendo constar que el día 24 había acudido a la sede del sindicato por temas laborales de 10,00 a 14,00 horas >> y que la sentencia de instancia recurrida << imputa al trabajador una falsedad y un ejercicio indebido de su actividad de representante de los trabajadores, por lo que confirma la sanción, entendiéndolo que no es aplicable ninguna doctrina restrictiva al uso, porque con carácter voluntario, y consciente de ello se utilizó el crédito sindical, intentando encubrirlo a través de una certificación, que posteriormente vuelve a tratarse de enmascarar mediante una presunta actividad sindical la víspera, durante la tarde en el sindicato >>.

3.- La citada sentencia referencial, no desvincula ambas conductas del trabajador sancionado (uso indebido de horas sindicales y certificación inexacta, " con independencia de la posible defensa que se haya intentado instrumentalizar por el demandante "), y deja sin efecto la sanción, argumentando, en esencia, que << ... el TS ha venido fijando una doctrina ... respecto a ... la dificultad de realizar un control del crédito horario, por cuanto que el mismo está previsto en el art. 68,e) ET , y "está configurado como garantía de la función representativa, y es paradójico, el hecho de que lo que es un garantía de la función representativa, se torne con tanta frecuencia en causa de **despidos** disciplinarios, lo que invita y obliga y reflexionar ... si en realidad, el presunto incumplimiento de las funciones propias de la representación y defensa obrera, aunque haga uso de horas retribuidas por el empresario, constituye por sí sola una transgresión de la buena fe contractual". Así lo señaló la sentencia de 2-11-1989 , y, podemos destacar que en las de 27 de noviembre y 5 de diciembre del mismo año , se vuelve a afirmar que toda transgresión de los representantes de los trabajadores en supuesto

como el que ahora enjuiciamos, requiere un manifiesto y habitual comportamiento, "una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada". En iguales términos se señala por el mismo TS que la facultad disciplinaria a actuar por el empresario en estos supuestos en restringida y debe ser interpretada con un carácter limitado, en orden al uso de la facultad que realizan los trabajadores, y la propia esfera o vinculación que existe entre ellos, como receptores del derecho que otorga el legislador de tutela de sus facultades de representación frente al empresario" >>; concluyendo que << Partiendo de este criterio, ciertamente quiebra con el derecho de los mismos trabajadores representados, el que sus representantes queden sometidos a una investigación constante, y así mismo a una tutela de su actividad fuera del horario de trabajo, o de conformidad con él. Ello supone una evidente tutela paternalista respecto a los derechos de los trabajadores, y a sus facultades tanto de nombramiento como de remoción de las personas encargadas de gestionar sus intereses con carácter colectivo ... Pues bien, es cuestionable el mismo control del crédito por parte del empresario, cuando no existe una actividad constante de utilización del mismo; de igual manera cuando no se acredita que exista una disfunción entre los tiempos de actividad sindical y su mismo ejercicio, quedando de forma esporádica el inadecuado uso del tiempo de liberación >> y que << Ello, en el caso que examinamos, así se acredita, puesto que, por un lado, no consta que el trabajador en ese mes agotase ni tan siquiera las 20 horas de las que disponía; y, de otro, tampoco nos consta que el ejercicio en otros periodos se hubiese malversado de una u otra manera. Por tanto, faltan esos elementos de habitualidad y constancia en una conducta irregular que pueda determinar el fraude a la encomienda de representación de los trabajadores, y por ello esta injustificada tanto la actividad de investigación, como la misma sanción, con independencia de la posible defensa que se haya intentado instrumentalizar por el demandante, ya que, a la postre, se termina gravando a estos representantes con un plus modélico, tanto en su conducta como en sus actitudes, que no se ajusta en modo alguno al carácter y a los derechos que se atribuyen a los representantes sindicales, los cuales, en principio, salvo esa transgresión manifiesta, continuada y permanente, quedan amparados dentro del ordenamiento, incluso para realizar disfrutes del crédito sindical contrarios a aquellos parámetros que el empresario puede considerar más idóneos >>.

4.- Concorre, -- como también razona el Ministerio Fiscal en su informe --, el requisito de contradicción, puesto que en ambas resoluciones objeto de comparación, tras admitir que el crédito horario concedido al trabajador no fue dedicado a la actividad para la que se había previsto, sino, por el contrario, en todo o en parte para actividades particulares o de utilización personal o sindical en distinto horario del manifestado, así como en ambos supuestos se aporta un certificado sindical que no coincide con lo realmente efectuado por la parte demandante, se llega a conclusiones distintas; en la recurrida, separando las conductas del posible uso indebido y de la inexactitud de la certificación pretendidamente justificativa se considera tales hechos suficientes para justificar la procedencia del **despido**, mientras que en la de contrate, por el contrario, se valoran conjuntamente ambas conductas (" con independencia de la posible defensa que se haya intentado instrumentalizar por el demandante ") y se afirma que es preciso justificar la existencia de una conducta persistente y habitualmente irregular justificativa de dicho fraude, sin que " a sensu contrario ", sea bastante la realización aislada de una conducta de dicha naturaleza y " con independencia de la posible defensa que se haya intentado instrumentalizar por el demandante ".

NOVENO.- 1.- Sobre la cuestión de sí el presunto incumplimiento, en todo o en parte, de las funciones propias de la representación unitaria o sindical durante el uso del crédito horario constituye por sí solo una trasgresión de la buena fe contractual que puede justificar el **despido**, incluso en los supuestos habituales en los que la justificación aportada no coincidía con la realidad, la jurisprudencia de esta Sala de casación desde antiguo viene sentando una consolidada doctrina reflejada, entre otras, en las siguientes sentencias:

a) En un supuesto en el que, precisamente, " Los actores en horas que previo justificante, decían utilizar para asuntos sindicales, no lo hicieron así totalmente ", la STS/Social 2-noviembre-1989 (sentencia nº 1081/1989 , casación por infracción ley), cambiando la línea jurisprudencial hasta entonces seguida, analiza << La cuestión ... es ... determinar si constituye una transgresión a la buena fe contractual el que los delegados de personal y miembros del comité de empresa no empleen puntualmente en su función de representación las horas retribuidas que han obtenido de la empresa del crédito que les concede el art. 68.e) del ET . Esta Sala, es cierto ... que en múltiples sentencias ha venido declarando como conducta contraria a la buena fe contractual el empleo en provecho propio del crédito de horas retribuidas regulado en el art. 68.e) ... Pero junto a esta doctrina ha declarado también que la actividad en orden a las funciones de representación es multiforme y puede, y a veces tiene, que realizarse en bares, reuniones informales con los compañeros, etc., etc., que no puede exigirse un cómputo escrupuloso en el tiempo empleado, el cual ha de ser flexible y ha de preservarse la independencia del representante, así las Sentencias de 15 de noviembre de 1986 , de 14 de

abril de 1987 , y la muy reciente de 2 de octubre de 1989 , en la que se recoge y valora toda esta matización. Junto a este atemperamiento de la doctrina en un principio citada, es de destacar que la Sentencia de 7 de mayo de 1986 afirma ya que la función representativa puede y debe ser vigilada y controlada por los propios compañeros de los representantes, y es que en definitiva el crédito de horas del art. 68.e) del Estatuto está configurado como una garantía de la función representativa, y es paradójico el hecho de que lo que es una garantía de la función representativa se torne con tanta frecuencia en causa de **despidos** disciplinarios, lo que invita y obliga a reflexionar de nuevo si en realidad el presunto incumplimiento de las funciones propias de la representación y defensa obrera, aunque haga uso de horas retribuidas por el empresario, constituye por sí sola una transgresión de la buena fe contractual >>. Continúa analizando que << Un simple examen de las funciones que el art. 64 y otros preceptos, entre ellos el art. 23, núms. 3.º y 4.º; art. 29, núm. 4, art. 44, núm. 1, del ET atribuyen al comité de empresa y delegados de personal, evidencian que éstos requieren tanto estudio como elaboración de informes que pueden realizarse en lugares muy varios y privadamente, como actividades de relación social con compañeros que son susceptibles de realizarse en lugares de esparcimiento, comidas, etc., lo que hace siempre difícil y problemático determinar por observaciones externas si los representantes de los trabajadores están desempeñando o no las funciones propias de su cargo. A estas dificultades de hecho en la prueba de la falta imputada se añade en la misma línea una cuestión de principio, pues esta Sala en Sentencia de 29 de septiembre de 1989 ha declarado que los representantes de los trabajadores tienen derecho a desempeñar sus funciones sin ser sometidos a vigilancia singular, ya que ello «supone una traba o limitación a su derecho de libre libertad o libre ejercicio del cargo», deducción que se obtiene en dicha sentencia interpretando el art. 2.º, núm. 2, de la LOPJ a la luz del art. 28, núm. 1, de la Constitución y del convenio núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo por lo que en coherencia con ello es obligado concluir que las pruebas obtenidas por la empresa con desconocimiento del derecho reconocido de no ser sometidos a vigilancia singular han de tenerse por no aportadas >>; y concluyendo que << No sólo las circunstancias que concurren en la prueba de la falta imputada exige un específico tratamiento, pues éste viene sobre todo requerido por el hecho de estar comprendidas las tareas de representación dentro de los derechos básicos que el art. 4.º.1.º del Estatuto reconoce a los trabajadores, derechos que se encuentran diferenciados de los que los reconoce el propio art. 4.º, núm. 2, nacidos de la concreta relación de trabajo con la empresa. En este derecho de representación el titular natural del mismo es el colectivo obrero a quien de modo principal está ordenada la actividad representativa de los miembros del comité de empresa y delegados de personal, colectivo a quien el propio Estatuto reconoce facultades revocatorias art. 67, núm. 3, por ello sin dejar de reconocer que la imbricación entre las funciones representativas y de prestación de la actividad laboral tiene, por coincidir en una misma persona ambas actividades y desarrollarse las dos dentro del ámbito de la empresa, hecho que obliga a no excluir que en excepcionales supuestos pueda el empresario ejercitar incluso las facultades disciplinarias que le otorga el art. 58 del Estatuto. Las razones expuestas unidas a la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el **despido** en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68.e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto, y habitual, es decir, con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atenté a la libertad de su función, circunstancias que no concurren en el caso enjuiciado ... >>.

b) En otro supuesto en que declaraba probado que el actor " empleó en beneficio particular el crédito de horas que, para el ejercicio de actividades sindicales, le fue concedido por su condición de miembro del comité de empresa los días 11 y 26 de enero de 1988 ", la STS/Social 5-diciembre-1989 (sentencia nº 1.309, casación por infracción ley), aplica la doctrina anterior indicada relativa a que << debe interpretarse restrictivamente la facultad disciplinaria de la empresa, de modo que, como afirma la Sentencia de esta Sala de 2 de noviembre de 1989 , "sólo podrá alcanzar el **despido** en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68.e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir, con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atente a la libertad de su función" >>, por lo que en el caso concreto la aplicación de dicha doctrina conducía a la estimación del motivo impugnatorio y a la derivada declaración de improcedencia del **despido**, afirmando que << La relación fáctica expresada en la sentencia recurrida, con independencia del hecho de haberse obtenido a través de una vigilancia singular, es de suyo insuficiente para justificar el **despido**, ya que de la misma no se infiere que se esté ante una inapropiada conducta habitual de quien ostenta la representación de los trabajadores. Adviértase a tal efecto

que la actuación denunciada se concreta en dos únicos días (11 y 26 de enero de 1988) y que consta indubitadamente que determinadas horas de dichos días fueron dedicadas por el actor a su actividad sindical (así, al menos, en la Inspección de Trabajo el día 11, y en el local de Comisiones Obreras el día 26) >>.

c) En otro caso similar se deniega el recurso empresarial en la SSTS/Social 10-febrero-1990 (sentencia nº 170/1990, casación por infracción ley), argumentándose, en la línea jurisprudencial expuesta, que << Esta Sala, saliendo al paso de la línea de abuso de vigilancia de los representantes de los trabajadores, que traba o impide el derecho del libre ejercicio del cargo representativo y que conduce forzosamente a negar valor a las pruebas obtenidas por la Empresa "con desconocimiento del derecho reconocido de no ser sometido a vigilancia singular" (sentencia de 29 de septiembre de 1989; convenio número 135 de la OIT, sobre protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores de la Empresa, ratificado por España el 8 de noviembre de 1972), tiene declarado que sin excluir que en excepcionales supuestos puede el empresario ejercitar incluso las facultades disciplinarias que correspondan, la inclusión de las tareas representativas dentro de los derechos básicos del art. 4.1 del ET, como derechos diferenciados de los que el art. 4.2 del mismo hace derivar de la propia relación de trabajo, permite afirmar que "la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el **despido** en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68 e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atente a la libertad de su función" (sentencia de 2 de noviembre de 1989, seguida por las de 27 del mismo mes de noviembre y la de 5 de diciembre siguiente) >>.

d) En la STS/Social 31-mayo-1990 (sentencia nº 846/1990, casación por infracción ley) se establece y aplica la referida doctrina, señalando que << Toda la argumentación del recurso se fundamenta en enjuiciar a la empresa al emplear en su propio provecho horas que obtuvo para actividades de representación, argumentación que se consolida con cita de diversas sentencias de esta Sala, todas ellas anteriores a la de 2 de noviembre de 1989, sentencia, en este punto, de decisiva trascendencia para el objeto del recurso, pues en ella y a partir de ella esta Sala ha seguido un criterio restrictivo en el **despido** de delegados de Personal y asimilados, justificados en el empleo inadecuado del crédito horario que les conceden las normas legales para el desempeño de sus actividades específicas y, ello porque este crédito está concedido fundamentalmente para el servicio del colectivo de trabajadores quien es su titular, porque su actividad se despliega en lugares muy variados y en acciones muy diversas, y tienen derecho a realizar su función sin ser sometidos a vigilancia singular. Todo lo que concluye en que sólo procede el **despido** disciplinario en este supuesto cuando su conducta sea "manifiesta y habitual y ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados" >>, concluyendo desestimando el recurso empresarial, puesto que << Aceptada la doctrina expuesta es evidente que las faltas imputadas a la actora: el empleo en dos ocasiones de las horas del crédito horario en actividades que pueden interpretarse como encaminadas exclusivamente en su propio provecho, falta que declara probada la sentencia y acepta el recurso, no reviste los caracteres de habitualidad y de poner en peligro la función propia del representante para que el empleo inadecuado del crédito horario, sea sancionable por parte de la empresa, por lo que sin necesidad de más consideraciones, el recurso debe ser desestimado >>.

e) En un caso en el que al no celebrarse la reunión sindical prevista el representante se desplazó a otra localidad y asistió a la reunión de un partido político alegando que era de interés sindical, -- solicitando permiso previo con aquel fin específico sindical y aportando luego justificación inexacta (<< sobre las 20 horas del día 11 pidió permiso telefónico para asistir a una reunión sindical en la localidad de Valencia, aquella misma noche, para tratar asuntos sindicales, permiso que le fue concedido, utilizando el permiso el demandante y presentando el 10-02-1989 escrito justificativo emitido por la Federación Provincial ... del sindicato UGT de fecha 11-01-1989 en el que se indica que el actor "ha permanecido en esta federación provincial desde las 21 horas hasta las 2,30 horas, con motivo de una reunión de trabajo sindical" >>) --, se rechaza el recurso empresarial en la STS/Social 5-junio-1990 (sentencia nº 872/1990, casación por infracción ley), recordándose que << Reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala plasmada en sentencia de 29 de septiembre, 2 de octubre, 2 y 27 de noviembre y 5 de diciembre de 1989 y de 10 de febrero de 1990 ha declarado que la actividad del mismo del Comité en orden a sus funciones representativas es multiforme, comprendiendo cualquier actuación que de forma directa o indirecta repercuta en interés de los trabajadores; que el crédito horario está configurado como una garantía de la función representativa; que los representantes tienen derecho a desempeñar sus funciones sin estar sometidos a una vigilancia singular; que existe la presunción de probidad

en el desempeño de sus funciones; que el titular natural del derecho de representación es el colectivo de los trabajadores representados, sin perjuicio de que la empresa pueda ejercitar su facultad disciplinaria en supuestos excepcionales en los que quede patente el abuso >> y que << en el presente caso ya se ha dicho que no se descarta que la asistencia del actor a la referida reunión tuviera interés sindical >>.

f) Igualmente en un supuesto en que sentencia de instancia se declaraba probado que la actora " los días 16 y 27 de julio y 20 de agosto de 1987 , pese a que notificó a la Empresa que se ausentaría del trabajo desde las siete horas hasta que durara la reunión a celebrar en los locales del Sindicato de UGT ... no acudió ni permaneció en los mismos desde las 7 horas a las 14 horas, estando el último día sobre las 13,30 horas en su domicilio ", la STS/Social 28-junio-1990 (sentencia nº 1012/1990 , casación por infracción ley) revoca la sentencia impugnada y declara la improcedencia del **despido**, aplica la doctrina jurisprudencial reiterada referida, afirmando que << La Sala, como recoge la Sentencia de 10 de febrero de 1990 , saliendo al paso de una línea de abuso de vigilancia a los representantes de los trabajadores, que traba o impide el derecho del libre ejercicio del cargo representativo, y que conduce forzosamente a negar el valor a las pruebas obtenidas por la empresa con desconocimiento del derecho reconocido de no ser sometido a vigilancia singular (S de 29 de septiembre de 1989, convenio número 135 de la OIT, sobre protección y facilidad a los representantes de los trabajadores en la empresa ratificada por España el día 8 de noviembre de 1972), tiene declarado, que sin excluir que en excepcionales supuestos pueda el empresario ejercitar las facultades disciplinarias que correspondan, la inclusión de las tareas representativas dentro de los derechos básicos del art. 4.1 del ET , como derechos diferenciados de los que el art. 4.2 del mismo, hace derivar de la propia relación de trabajo, permite afirmar la presunción de que las horas solicitadas son empleadas correctamente, lo que conduce a interpretar de modo restrictivo las facultades disciplinarias del empresario que sólo podrá alcanzar el **despido** en supuestos excepcionales, en los que, el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68.d) ET , a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir, con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados, debiendo esta conducta estar acreditada con pruebas en las que no se haya empleado en su obtención vigilancia que atenta a la libertad de su función (S de 2 de noviembre de 1989, seguida por la de 27 de noviembre del mismo mes y 5 de diciembre siguiente) >>.

2.- Jurisprudencia que se refleja en la anteriormente citada STS/IV 13-marzo-2012 (rcud 1498/2011), reiterando que << "la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el **despido** en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68 e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atente a la libertad de su función" (sentencia de 2 de noviembre de 1989, seguida por las de 27 del mismo mes de noviembre y la de 5 de diciembre siguiente)" >>, si bien en el caso concreto desestima el recurso del trabajador argumentando, entre otros extremos, para aplicar la excepción prevista en la referida jurisprudencia, que << la empresa no contrató a los detectives para vigilar al trabajador una vez que éste solicitó los días para actividades sindicales, sino que el trabajador una vez que recibía la llamada del "cliente" haciéndole un pedido, es cuando solicitaba los días para actividades sindicales, por lo que la empresa ya tenía conocimiento de que ninguna actividad sindical iba a desarrollar el trabajador simplemente necesitaba probarlo y es en este contexto -y no en otro- en el que ha de valorarse la prueba practicada> >, que << Ninguna vigilancia singular se llevó a cabo; sólo una vigilancia ordinaria para constatar que el trabajador, dueño de un negocio similar al del empresario solo cuando recibía un pedido, solicitaba el crédito sindical para poder atenderlo >> y que si bien es reiterada doctrina jurisprudencial que << los representantes de los trabajadores tienen derecho a desempeñar sus funciones "sin ser sometidos a vigilancia singular" en los términos que señala la STS de 29 de septiembre de 1989 , que proscribire tal tipo de vigilancia, en tanto que "supone una traba o limitación a su derecho de libre libertad o libre ejercicio del cargo" >>, concluye que << Lo cual no significa la proscripción de la prueba de detectives, que solo constituye un obstáculo para el ejercicio de tales funciones en los supuestos de desproporción de la medida cuando se lleva a cabo con vulneración de derechos fundamentales >> y que << En el presente caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes ... ha de estimarse que la vigilancia mediante detectives fue proporcionada, pues se limitó a los dos días en los que la empresa sospechaba que la ausencia anunciada estaba motivada por los propios intereses del trabajador, sin rebasar la hora de conclusión de la jornada de trabajo >>.

DÉCIMO.- 1.- Siendo por lo expuesto, la doctrina reiterada de esta Sala la consistente en que el presunto incumplimiento, en todo o en parte, de las funciones propias de la representación de los trabajadores durante

el uso del crédito horario, detectada incluso por la petición previa del mismo y la posterior justificación inexacta aportada, no constituye por sí solo una trasgresión de la buena fe contractual que pueda justificar **despido**, puesto que la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el **despido** en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68.e) ET a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atente a la libertad de su función.

2.- En el caso ahora enjuiciado, dada:

a) Por una parte, la supresión de la adición al HP 11º efectuado por la Sala de Suplicación con apoyo en la inadecuada prueba testifical comporta que lo único que resulte probado es que " *La actora acudió al curso impartido la mañana del 20 de enero de 2012 ...La sesión formativa fijada para la mañana del día 27-1-2012 no llegó a celebrarse por haber sido previamente suspendida ...* ", que la actora reconocía en el pliego de descargos que " *En cuanto al día 27 de enero reconoció que fue suspendida la sesión del curso de formación sindical prevista para esa mañana, lo que le fue comunicado telefónicamente el día anterior, fijándose al mismo tiempo una reunión informativa para dicha tarde en el Sindicato para tratar asuntos sindicales. También añadía que si posteriormente, en el mes de febrero, no concretó lo sucedido el día 27 de enero fue precisamente para evitar equívocos por parte de la empresa, considerando que lo fundamental era que realizó actividad sindical aunque no coincidiera con la franja horaria inicialmente prevista ...* " (HP 4º) y que " *El 3-2-2012 la demandante entregó en la empresa certificado suscrito por el responsable de la escuela de Formación sindical de la CONC de asistencia los días 20 y 27 de enero 2012, de 9 a 14 horas, al curso de formación sindical denominado Curso Básico de Formación Sindical realizado en Figueres ...* " (HP 10º).

b) Por otra parte, resulta, conforme a la doctrina expuesta, que ni la posible discrepancia sobre la realización de actividad representativa un único día, el 27-01- 2012, ni la posible disparidad entre el certificado aportado sobre dicho día y lo realmente acontecido, tienen la entidad suficiente para entender que la conducta de la trabajadora constituye un supuesto de trasgresión de la buena fe contractual justificativo del **despido** tanto mas cuanto el imputado posible empleo en propio provecho de una parte del crédito horario sea manifiesto y habitual.

3.- Lo expuesto comporta la estimación del recurso de casación unificadora interpuesto por la trabajadora demandante, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, casando y anulando la sentencia de suplicación impugnada desestimando el recurso de suplicación formulado por la empresa y con estimación de la demanda en los términos contenidos en la sentencia de instancia; sin costas (art. 235.1 LRJS).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Doña Amparo , contra la sentencia dictada en fecha 19- febrero-2013 (rollo 6851/2012, con voto particular) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña , en el recurso de suplicación interpuesto por "SUPER MONTSERRAT, S.L.U." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Figueras, de fecha 31-mayo-2012 (autos 141/2012), en autos seguidos a instancia de la ahora recurrente contra referida empresa. Casamos y anulamos la sentencia de suplicación recurrida y desestimando el recurso de suplicación formulado por la empresa, confirmamos la sentencia de instancia; sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina y el voto particular que formula la Excmo. Sra. Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea, al que se adhirió el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Jose Luis Gilolmo Lopez DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ART. 260.2 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EL 15 DE OCTUBRE DE 2014 EN EL RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA N° 1654/2013.

El voto particular se dirige frente a la admisión del recurso al carecer de un presupuesto como es la contradicción entre las resoluciones sometidas a comparación.

En las presentes actuaciones hemos de partir de una situación fáctica que se concreta en un **despido** acordado con base en que la trabajadora solicitó permiso para asistir a un curso el día 20 de enero cuya asistencia se discute y para un curso que debía tener lugar el día 27, al que no acudió así como por haber presentado un certificado que ella misma elaboró sobre su asistencia el día 27 a la actividad sindical.

La sentencia del Juzgado de lo social, que declaró la improcedencia del **despido** partió de que el día 20 acudió a la actividad anunciada y el 27 no tuvo lugar la actividad programada, y que elaboró el certificado al que nos referiremos sin que ello deba ser causa de **despido**.

La sentencia de suplicación respondió a los motivos planteados en la siguiente forma:

Al motivo primero, que afectaba al hecho noveno, acepta la modificación consistente en hacer constar el horario de los turnos de trabajo de la actora los días 20 y 27 de enero.

El motivo segundo en lo que afecta a la modificación del ordinal décimo no es aceptado porque la modificación pedida incluye hechos que ya figuran en el Fundamento de Derecho quinto de la Sentencia del Juzgado de lo Social en los siguientes términos: *"En respuesta al requerimiento empresarial, y para intentar justificar la asistencia a una sesión formativa que no realizó, ha quedado probada una conducta censurable y nada modélica cual es la aportación de un certificado firmado por un responsable de CC.OO., cumplimentado por ella misma en los espacios en blanco y más concretamente en la identificación de las fechas, faltando palmariamente a la verdad en relación con el día 27"* y añadía el citado fundamento de Derecho *"Cuando la trabajadora no acude al trabajo, y alega por escrito un motivo incierto, intentando justificar su ausencia, ello no constituye más que una falta de asistencia al trabajo injustificada. Si la actora no va a trabajar el día 27 de enero porque dice acudir a un curso, y en lugar de ello se dedica a realizar actividades privadas, lo que está haciendo es faltando al trabajo; y el artículo 54 del ET exige para sancionar por **despido** que haya más de una falta. El principio de especialidad obliga a tipificar la conducta como una única falta de asistencia al trabajo, por lo que el **despido** sería improcedente."*

Por último sobre la modificación del ordinal undécimo, para sustituir la mención de haber acudido al curso el día 20 por la de que el curso solo se celebró la mañana del 20 de enero, invocando el documento n° 152 de la prueba de la actora y "documentos" 101 a 109 de la prueba de la demandada, en realidad la información realizada por detectives. La respuesta de la sentencia en el fundamento segundo es la de en principio rechazar la redacción propuesta para luego aceptar que la actora acudió al curso a partir de las 12 horas. Sin embargo, en el fundamento tercero, la sentencia reproduce la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo (S.T.C. 134/1994 de 9 de mayo y S.T.S. de 7 de mayo de 1986 , 29 de septiembre de 1989 , 5 de diciembre de 1989 , 31 de mayo de 1990 y 21 de septiembre de 1990), y termina afirmando que la actuación de la trabajadora no demuestra la conducta abusiva y continuada del uso fraudulento y que la prueba de detectives se llevó a cabo para un seguimiento de las actividades de la actora, lo que no puede considerarse correcto porque la actora fue objeto de una "vigilancia especial" por lo que estos hechos no serían constitutivos de una falta muy grave sancionable con el **despido**.

Así las cosas, la admisión de la prueba de detectives como instrumento de revisión se torna irrelevante pues ningún efecto se concede a su resultado. El cual por otro lado se habría limitado al día 20 de enero, pues como señalábamos en un principio fue ya la sentencia del Juzgado de lo social la que consideró probada la falta de asistencia el día 27 de enero, detalle del que parece no percatarse la empresa recurrente que insistió en probar la inasistencia de la actora al curso el día 27 de enero, pues tanto sobre ese punto y el relativo al certificado, no ha prestado atención a las afirmaciones con valor de hecho probado constan en la fundamentación de la sentencia del Juzgado de lo social que declaró la improcedencia del **despido** habiendo rechazado la sentencia de suplicación la modificación pedida con base en la prueba testifical porque el hecho constaba plenamente en la fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado que partiendo de la realidad del hecho no lo declaró sancionable.

Sin embargo, el primer motivo de recurso se dirige a combatir la eficacia de una prueba consistente en la información obtenida mediante el informe de detectives privados. El motivo es redundante y de ahí que se considere inexistente la falta de contradicción debido a la total falta de relevancia de la prueba de detectives a efectos prácticos y por ende se aprecie la falta de contradicción con la Sentencia de 13 de julio de 1.995 dictada por el T.S.J . de Cataluña al aplicar ambas sentencias idéntica doctrina, con igual resultado.

En el segundo motivo planteando la cuestión de la posibilidad de someter al representante de los trabajadores a vigilancia singular, tampoco concurre la necesaria contradicción con la referencial dictada el 30 de octubre de 2001 por el T.S.J . de Madrid, pues de nuevo nos encontramos ante la aplicación de idéntica doctrina, uso incorrecto de la vigilancia e igual resultado, no declarar la conducta de la trabajadora susceptible de sanción.

Llegados al tercer motivo, en relación a la no exigibilidad de un cómputo escrupuloso del tiempo establecido y como quiera que la sentencia recurrida no ha declarado procedente el **despido** con base en el uso desviado del crédito horario, tampoco cabe establecer la contradicción con la sentencia que a tal fin se propone, la fechada el 3 de marzo de 2000 procedente del T.S.J . de Cataluña, de nuevo ambas sentencias aplican idéntica doctrina.

Por último, en el cuarto motivo, único que se plantea a propósito de la falsedad del documento justificativo del uso dado al crédito, denunciando como infringido el artículo 54.2 del E.T . y la doctrina jurisprudencial sobre la tesis gradualista, comparando la sentencia recurrida con la dictada por el T.S.J. del País Vasco el 1 de febrero de 2005 , también adolece del defecto que se denuncia acerca de los motivos anteriores.

Lo cierto es que el motivo se plantea para formular la defensa de la doctrina gradualista y que la sentencia referencial no hace mención alguna a la trascendencia que pudiera tener el quinto de los hechos declarados probados en el que consta la presentación de una certificación firmada por la responsable territorial de C.C.O.O.. La sentencia de comparación se remite a la doctrina sobre control individualizado de la conducta del representante y la ausencia de habitualidad, incidiendo de manera especial en la circunstancia de que el trabajador no había agotado el límite de horas a que tenía derecho en el periodo objeto de control. No existe en la fundamentación referencia alguna al tratamiento que pueda merecer el hecho reflejado en el ordinal quinto que, por otra parte no reproduce circunstancias idénticas a las de las reflejadas en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida por remisión a su vez a la fundamentación de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Figueras. Por otra parte, en la Sentencia de contraste el recurso interpuesto por el trabajador alega la infracción de los artículos 58 y 68-e) del E.T . insistiendo en el modo lícito del uso del crédito y en la teoría gradualista de la facultad sancionadora en tanto que la sentencia recurrida, que no ha declarado ilícito el uso del crédito, analiza la presentación del certificado a la luz del artículo 54-d) del E.T . y a su vez la referencial carece de doctrina acerca de dicho comportamiento del que no hace mención a lo largo de la fundamentación limitándose a reiterar la doctrina sobre el uso del crédito horario por lo que es ocioso insistir en su inutilidad pues hemos de recordar que tal uso no ha sido el supuesto fáctico en el que se apoya la sentencia para mantener la sanción, sino en la presentación del certificado, careciendo la sentencia de contraste de doctrina sobre el particular.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007;

2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, 1622/2011 y 24 de enero de 2012 R. 2094/2011.

La aplicación de la doctrina de mérito a los presupuestos fácticos jurídicos examinados conduce a la apreciación de la falta de contradicción entre las resoluciones comparadas y por ende a la inadmisibilidad del recurso, de ahí la emisión del voto particular.

Madrid, 15 de octubre de 2014

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ