



Roj: **STSJ CAT 2907/2013 - ECLI: ES:TSJCAT:2013:2907**

Id Cendoj: **08019340012013102062**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2013**

Nº de Recurso: **6851/2012**

Nº de Resolución: **1195/2013**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LIDIA CASTELL VALLDOSERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 2907/2013,**
STS 4632/2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

RM

IL·LM. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO

IL·LMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG

IL·LMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

Barcelona, 19 de febrer de 2013

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 1195/2013

En el recurs de suplicació interposat per Super Montserrat, S.L.U. a la sentència del Jutjat Social 1 Figueres de data 31 de maig de 2012 dictada en el procediment núm. 141/2012, en el qual s'ha recorregut contra la part Adelina , ha actuat com a ponent Il·lma. Sra. LIDIA CASTELL VALLDOSERA.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 13 de març de 2012 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre acomiadament disciplinari, la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 31 de maig de 2012 , que contenia la decisió següent:

"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. Adelina** 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 **VEINTIUN MIL DOS EUROS CON CUARENTA Y SEIS CENTIMOS (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."

SEGON. En aquesta sentència es declaran com a provats els fets següents:

"PRIMERO.- La actora Dña. Adelina , provista de DNI n° 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 Sr. Adelina , designando instructora a Dña. Paloma . 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 aquella 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. Paloma , 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)

SEPTIMO.- 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 Figueres el día 15 de noviembre de 2011, de 9 a 14 horas. (folio 127 Bis)

NOVENO.- El día 18-1-2012 la Sra. Adelina presentó en la empresa escrito de convocatoria a funciones sindicales para los días 20 y 27 de enero de 2012. (folio 80)

DECIMO.- 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. (folio 81)

UNDECIMO.- La actora acudió al curso impartido la mañana del 20 de enero de 2012. (testificales de Dña. Camila y D. Porfirio). 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. Porfirio)

DUODECIMO.- 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)"

TERCER. Contra aquesta sentència la part demandada va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària la qual el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- Enfront la Sentència d'instància, que estimà la demanda interposada per la part actora, i declarà improcedent el seu acomiadament, amb les conseqüències legals inherents a tal declaració, s'interposa per l'empresa demandada Recurs de Suplicació.



La sentència d'instància fonamenta la seva decisió en que només es va acreditar que l'actora no va anar al curs de formació sindical el dia 27 de novembre de 2011, però sí que hi va anar el dia 20 del mateix mes, per la qual cosa afirma que únicament va deixar d'assistir al treball un sol dia i que l'art. 54 de l'Estatut dels Treballadors exigeix que hi hagi més d'una falta al treball per poder ser sancionada amb l'acomiadament i això malgrat que reconeix que la demandant va presentar a l'empresa, per acreditar que el dia 27 havia assistit al curs de formació sindical pel qual havia sol.licitat fer ús d'hores sindicals, un certificat que estava signat prèviament per un responsable de CC.OO i que ella mateixa va omplir.

SEGON.- El primer motiu del recurs, es troba incorrectament emparat en l'apartat b) de l'article 191 de la Llei de Procediment Laboral, atès que en el moment de dictar-se la sentència que s'impugna ja estava en vigor la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, per la qual cosa s'ha d'entendre que en realitat s'empara en l'article 193 b) de la citada llei. En el citat motiu, la recurrent sol.licita la modificació del relat fàctic de la sentència, concretament dels fets provats novè, desè i onzè.

Abans d'entrar al seu examen s'ha d'assenyalar que aquesta Sala ha posat de relleu, en multitud d'ocasions, les exigències de les revisions fàctiques en suplicació, que es poden resumir en els requisits següents: 1) L'equivocació del jutge s'ha de deduir de forma directa d'un element de prova documental o pericial. 2) S'ha d'assenyalar per la part recurrent el punt específic del contingut de cada document que posa de relleu l'error al.legat, raonant sobre la seva correcció, mitjançant una anàlisi que demostrï la correspondència entre la declaració continguda en el document i la rectificació que es proposa, 3) l'error ha de ser evident i s'ha de desprendre de forma clara, directa i inequívoca del document, sense que calgui fer deduccions, conjectures o suposicions i 4) l'error ha de ser transcendent per a modificar el sentit de la decisió de la resolució recorreguda, sense que es pugui utilitzar per a introduir qualificacions jurídiques predeterminants de la d'aquella.

Pel que fa a l'novè, es demana s'hi afegeixi la redacció següent: "Los referidos días la Sra. Adelina tenía turno de mañana en el Supermercado, 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". Fonamenta la pretensió en els documents que esmenta i afirma que es tracta d'un fet no controvertit.

S'accepta la modificació, atès que és cert el que es vol afegir i podria tenir transcendència de cara a modificar la decisió de la sentència.

En relació amb el fet desè, es demana s'hi inclogui el següent redactat: "El certificado se trata de un documento que se entrega en blanco a los delegados, con firma ya impresa del Secretario de la Delegación Sindical y son ellos mismos quienes lo rellenan. El justificante que entregó la Sra. Adelina a la empresa faltaba palmariamente a la verdad y fue confeccionado por la actora".

No es pot acceptar la modificació que es pretén atès que el que es vol afegir ja consta en el raonament jurídic cinquè de la sentència d'instància, amb valor de fet provat, tal com ha posat de relleu la jurisprudència amb reiteració.

Per últim, la modificació del fet onzè es demana es tregui que l'actora "acudió al curso impartido la mañana del día 20.1.2012 i es substitueixi per l'afirmació de que "El curso de Formación Sindical sólo se celebró la mañana del 20.1.2012". La modificació es fonamenta en la mateixa prova testifical que fonamenta el citat fet provat i en els documents que es troben als folis 101 a 109 i 152 de les actuacions.

La modificació s'ha de refusar, tal com es proposa la redacció, però s'haurà d'estimar amb una altra redacció. En primer lloc perquè no es pot fonamentar en la prova de testimonis, tal com s'ha dit anteriorment i, en segon lloc, perquè en el document 152 consta precisament el contrari del que s'afirma, atès que es tracta del llistat d'assistents al curs mencionat i es troba correctament signat per la demandant, D'altra banda el 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.

TERCER.- En el tercer motiu del recurs, emparat en l'apartat c) del mateix l'article 191 de la LPL (en realitat art. 193 c) de la LRJS), denuncia la recurrent la infracció de l'article 54.2 en relació amb l'art. 37.3 de l'Estatut dels Treballadors i doctrina jurisprudencial d'aplicació, citant a tal efecte la STS de data 12.2.90 i la sentència d'aquesta Sala de 25.10.2004.

Argumenta la demandada que va quedar acreditat que l'actora va utilitzar un dia sol.licitat per fer gestions sindicals, concretament el dia 27 de gener i enlloc d'anar al curs sindical va utilitzar el matí per dedicar-se a assumptes propis. Així mateix el dia 20 de gener no va assistir al curs durant les 5 hores que aquest durava, sinó que només hi va anar 2 hores, utilitzant la resta de l'horari per assumptes particulars i, a més, per justificar l'absència del dia 27 de gener va presentar una certificació falsa "que no respondia a la verdad material",



"faltando palmariamente a la verdad" tal com afirma la pròpia magistrada d'instància, per la qual cosa no només va faltar al treball, sinó que va trencar el principi de bona fe que ha d'imperar en tota relació laboral, el que suposa un abús de confiança que justifica plenament la decisió de l'empresa d'acomiadar-la.

Censura jurídica que haurà de tenir èxit. Certament, tal com ha posat de relleu aquesta Sala amb reiteració, i tal com disposa l'article 54.1 de l'Estatut dels Treballadors, l'acomiadament és la sanció més greu que l'empresari pot decidir aplicar al treballador i sempre s'ha de basar en un incompliment greu i culpable d'aquest. És a dir, que no qualsevol incompliment del treballador podrà ser sancionat per l'empresa per mitjà de l'extinció del seu contracte de treball, sinó que cal que aquesta falta es pugui qualificar com a greu i també sigui deguda a una decisió conscient del treballador, és a dir, culpable.

D'altra banda, també és cert, tal com posa de relleu la magistrada d'instància, que supòsit com el que s'estan examinant en el present litigi, és a dir, de possible utilització desviada del crèdit horari que la llei concedeix als representants dels treballadors, el Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional han fixat la doctrina següent:

En primer lloc la sentència del Tribunal Constitucional 134/1994, de 9 de maig, assenyala que "El derecho reconocido en el art. 28.1 CE, como derecho de libertad que es, se ve vulnerado por la injerencia ilícita no sólo de la Administración (SSTC 23/1983, 143/1991 y 75/1992), sino también del propio empresario, el cual debe abstenerse de toda interferencia en el ejercicio del derecho de libertad sindical y, por supuesto, de adoptar represalias contra los trabajadores que legítimamente ejerzan la actividad sindical. Por ello la conducta que consiste en la intromisión ilícita en el ámbito del derecho fundamental se ha de considerar radicalmente nula (STC 38/1981)".

Per la seva part el Tribunal Suprem, en les sentències de 7 de maig de 1986, 29 de setembre de 1989, 5 de desembre de 1989, 31 de maig de 1990 i 21 de setembre de 1990 ha assenyalat:

- 1) Que el crèdit horari està configurat com una garantia de la funció representativa.
- 2) Que l'activitat dels delegats per exercir les seves funcions és multiforme, i comprèn actuacions que d'alguna manera repercuteixin en l'interès dels treballadors.
- 4) Que existeix una presumpció de probitat en el compliment de les dites funcions.
- 5) Que no és pot exigir un còmput escrupolós del temps utilitzat, que ha de ser flexible i cal preservar la independència del representant i que és possible que una part del temps concedir s'utilitzi en qüestions personals, sempre hi quan aquesta utilització en profit propi no sigui manifest i habitual.
- 6) Que l'activitat en ordre a les funcions de representació és multiforme i de vegades ha de fer-se en bars, reunions informals amb els companys, etc.
- 7) Que la presumpció de que les hores sol·licitades per l'exercici de les tasques representatives són empleades correctament, condueix a interpretar de forma restrictiva la facultat disciplinària de l'empresari, que només podrà arribar a l'acomiadament en supòsits excepcionals en els que la utilització en propi profit del crèdit horari concedit per l'art. 68 a) als representants dels treballadors sigui manifest i habitual i sempre hi quan s'hagi acreditat la veracitat dels fets imputats.
- 8) I, per últim que la finalitat d'evitar l'abús de vigilància dels representants dels treballadors, que impedeix o dificulta el dret al lliure exercici del càrrec representatiu, condueix forçosament a negar valor a les proves obtingudes per l'empresa "con desconocimiento del derecho reconocido de no ser sometido a vigilancia singular".

Doncs bé, en el present litigi la Sala no comparteix els arguments de la magistrada "a quo" que la van portar a estimar la demanda de l'actora i declarar el seu acomiadament com improcedent. En efecte, cal tenir en compte que en el present supòsit es tracta d'una treballadora que va demanar permís a l'empresa per assistir a un curs de formació sindical de la CONC pels dies 20 i 27 de gener de 2012, de 9 a 14 hores (fet provat desè) i que va anar al curs impartit el dia 20 de gener de 2013, de les 12 a les 14 hores i que es va acreditar que el dia 27 de gener de 2012 no va assistir al citat curs, perquè aquest no es va celebrar.

Aquesta conducta, sens dubte és del tot censurable, perquè tal com abans hem dit, la llei concedeix el crèdit horari perquè els representants dels treballadors puguin dedicar-se a tasques que repercuteixen en la defensa dels interessos dels seus representants i no pas a assumptes personals. Ara bé, és cert, tal com afirma la magistrada d'instància, que seguint la doctrina del Tribunal Suprem, abans citada, aquesta actuació no demostra una conducta abusiva i continuada d'utilització fraudulenta del crèdit horari, perquè la demandant va faltar un dia i mig a la feina i també és cert que aquest fet va ser acreditat per l'empresa perquè va contractar els serveis d'un detectiu per fer un seguiment de les seves activitats, el que segons la doctrina del Tribunal



Suprem no es pot considerar correcte perquè l'actora va ser objecte d'una "vigilància especial", per la qual cosa aquests fets no serien constituïts d'una falta molt greu sancionable amb l'acomiadament.

QUART.- Ara bé, en el present supòsit cal tenir en compte una altra circumstància que augmenta la gravetat de la conducta de l'actora, "censurable y nada modélica", com la qualifica la magistrada d'instància, atès que aquesta, per tal d'intentar justificar l'assistència a una sessió formativa que no va realitzar, va aportar a l'empresa un certificat firmat per un responsable de CC.OO. complimentat per ella mateixa en els espais en blanc i més concretament en la identificació de les dates, faltant clarament a la veritat en relació amb l'assistència al curs del dia 27.

Entén la jutgessa d'instància que aquesta actitud suposa que l'actora va faltar al treball de forma injustificada un sol dia i que l'art. 54 de l'Estatut dels Treballadors exigeix que hi hagi més d'una falta d'assistència al treball, motiu pel qual declara improcedent l'acomiadament.

Doncs bé, la Sala no comparteix aquest raonament perquè apart de que la falta d'assistència al treball va ser d'un dia i mig i no només d'un sol dia, a aquesta inassistència s'ha d'afegir una altra falta molt greu, com és el presentar un justificant de la inassistència al treball que va ser omplert per ella mateixa, falsejant les dades, la qual cosa suposa que la citada conducta s'ha d'encabir en el supòsit que recull l' art. 16.3 de l'Acord laboral d'àmbit estatal per al sector de comerç de 21.3.1996 que tipifica com a tal falta "El frau, deslleialtat o abús de confiança en les gestions encomanades", actuació que cau de ple, també, en l'apartat d) de l' art. 54 de l'ET , que inclou dins de les causes de l'acomiadament "la transgressió de la bona fe contractual".

En conseqüència, s'ha de qualificar la citada conducta com un incompliment greu i culpable per part de la treballadora dels seus deures professionals, per la qual cosa el motiu ha de ser estimat.

CINQUÈ.- L'estimació del recurs comporta la revocació de la sentència d'instància, absolut a la recurrent de les pretensions de la demanda, així com, d'acord amb el que estableix l' article 201.1. de la Llei de Procediment Laboral , procedeix acordar la devolució del dipòsit i consignació efectuats en el moment de recórrer.

VISTOS els preceptes legals citats, els concordants i la resta de disposicions de general i pertinent aplicació,

DECIDIM:

Que hem d'estimar i estimem el Recurs de Suplicació interposat per SUPER MONTSERRAT, S.L.U. contra la Sentència dictada pel Jutjat Social 1 de Figueres, en data 31 de maig de 2012 , que va recaure en les Actuacions 141/2012, en virtut de demanda presentada per Doña. Adelina contra l'esmentada empresa, en reclamació per acomiadament i, per tant, hem de revocar i revoquem l'esmentada resolució, absolut a la recurrent de les pretensions de la demanda. S'acorda la devolució a la recurrent de les quantitats dipositada i consignada en el moment de recórrer.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social .

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , consignarà com dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el Banc Espanyol de Crèdit -BANESTO-, en l'Oficina núm 2015 situada a la Ronda de Sant Pere, núm. 47 de Barcelona, n° 0965 0000 66, afegint a continuació els números indicatius del recurs en aquest Tribunal.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , quan així procedeixi, s'efectuarà en el compte que aquesta Sala té obert en l'oficina bancària esmentada al paràgraf anterior, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació els números indicatius del Recurs en aquest Tribunal, i havent d'acreditar que s'ha fet efectiva al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.



VOT PARTICULAR

que formula la Magistrada ASCENSIÓ SOLÉ PUIG en empara en l'article núm. 260 de la Llei Orgànica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de juliol, a la sentència emesa per la majoria que estima la demanda de l'empresa Super Montserrat SLU i revoca la Sentència de 31 de maig de 2012 dictada pel Jutjat Social de Figueres que declara la improcedència del acomiadament disciplinari de la treballadora Adelina , afiliada al sindicat de CCOO. i representant legal dels treballadors.

Discrepo de la majoria respecte a la decisió adoptada de declarar la procedència de l'acomiadament notificat a la representat sindical el dia 28 de febrer de 2012, amb revocació de la sentència de la instància, perquè entenc que les concretes circumstàncies del cas no meriten la màxima sanció d'acomiadament, que és desproporcionat amb els fets imputats en la línia del que raona la sentència de la instància que declara la improcedència del acomiadament disciplinari, i la majoria de la Sala revoca.

PRIMER .-En primer lloc mostro en general la conformitat amb la relació fàctica de la sentència, sense que consideri transcendent l'addició acceptada per la majoria al fet provat novè, com n'és mostra que la majoria no en fa referència especial en la seva motivació .

Entenc que el fet que la treballadora tingués torn de matí els dies 20 i 27 de gener de 2012 no és factor determinant pel ús del crèdit horari a què tenia dret la treballadora com a representant dels treballadors.

Aquest crèdit horari per funcions àmplies de representació s'ha d'utilitzar quan correspongui independentment del lloc de treball que ocupi la persona representant dels treballadors, perquè la seva finalitat és garantir aquesta funció representativa, funció que conté llibertat i amplitud de contingut que fa difícil el control empresarial de la seva utilització i que queda reduït per casos extrems, existint una presumpció de probitat en la utilització del crèdit horari (SSTs de 14 d'abril de 1987 , de 12 de febrer de 1990 , de 21 de setembre de 1990 i de 21 de gener de 1991 , per totes.).

En aquest sentit també la doctrina jurisprudencial ha considerat que les activitats representatives que tenen lloc fora del horari de treball poden ser compensades amb descans imputat al crèdit horari, tal com la doctrina jurisprudencial ha establert en casos de treball nocturn o a torns com el de la treballadora (SSTs. de 18 de març de 1986 , de 3 de juliol de 1989 , de 21 de maig de 1990 i de 21 de setembre de 1990). Precisament la Sentència de 21 de setembre de 1990 admet la possibilitat, en compensació d'hores empleades en funcions representatives fora de la jornada laboral, no sols d'utilitzar les de treball per descansar sinó per efectuar altres necessitats personals, familiars o altres. O sigui, l'article núm. 37,3 e) i l'article núm. 68 e) del Estatut dels Treballadors (R. Decret Legislatiu 1/1995) no impedeixen la utilització raonable del crèdit horari per compensar activitats representatives efectuades fora de la jornada de treball dels representants dels treballadors.

SEGON .- Em remeto a la doctrina del Tribunal Constitucional i als criteris de la doctrina jurisprudencial a la qual fa referència de forma genèrica la majoria al començament del Fonament de dret tercer que no reitero, sense perjudici de les precisions que consideri respecte de l'aplicació de la doctrina més específica d'aplicació a les circumstàncies concretes del cas.

Aquestes circumstàncies no poden oblidar el fet conforme de què la treballadora va ser anomenada presidenta del Comitè d'Empresa del Super Montserrat SLU compostat per cinc treballadors segons acta del 5 d'agost de 2011 amb les funcions que consten en el Reglament del Comitè d'empresa presentat al Servei Territorial a Girona del Departament d'Empresa i Ocupació. La treballadora ostenta la presidència del Comitè d'empresa, el cens de la qual oscil·la entre cinquanta i cent treballadors tal com prescriu l'article núm. 66 del Estatut dels Treballadors, amb dret a 15 hores mensuals de crèdit horari mínim segons l'article núm. 68, e) del Estatut dels Treballadors. Ostenta també el càrrec de delegada de prevenció. És raonable i previsible que desplegui més activitat representativa dintre i fora de l'empresa que d'altres membres del Comitè d'empresa.

Tal com hem dit aquesta Sala Social del TSJ. de Catalunya en Sentència de 24 de gener de 2013 (rec. 3532/2012), la STS. de 10 de novembre de 2005 amb cita de les del TConstitucional 40/1985, de 13 de març, 61/1989 , 95/1996 , 64/1999 invocant els articles núm. 9 y 10 de la LOLS, manté que : "el crédito de horas sindicales" se inserta en "el derecho de libertad sindical" como "derecho de los representantes a disponer de un determinado número de horas retribuidas para el ejercicio de las funciones sindicales"; crédito que se revela de "atribución personal" (STS de 17 de junio de 2002) como así resulta de la literalidad de una norma que lo asigna "a cada uno" de aquéllos (esto es como "crédito individual" - SSTSJ de Galicia de 28 de junio de 1993 y Castilla/La Mancha de 14 de febrero de 2001 - que "no debe verse restringido sin causa alguna que lo justifique" (STSJ de Navarra de 29 de mayo de 2002)."

Malgrat la naturalesa del crèdit horari de la representant inserit en el dret fonamental de llibertat sindical, l'ocupadora no justifica ni demostra la raó imperativa que la va portar a valer-se dels serveis d'un detectiu privat per vigilar l'activitat representativa de la representant, doncs la vigilància sistemàtica pot atemptar la llibertat de



la funció representativa (STS. de 2 de novembre de 1989 , o les de 10 de febrer i 5 de juny de 1990). Entenc que havia de justificar aquest control empresarial que la doctrina jurisprudencial reserva a supòsits extrems (STS. de 19 de setembre de 1990). Atesa la presumpció de probitat del ús del crèdit horari, corresponia a l'empresa carregar amb provar al menys indiciàriament que la treballadora representant utilitzava de forma abusiva el crèdit horari en profit propi, greu, manifest i habitual (SSTS de 21 de gener de 1991 , de 21 de setembre de 1990 o de 14 de juny de 1990 , ja citades.). També cal tenir en compte que qui ha d'exercir una labor de control del ús incorrecte del crèdit horari són els treballadors representats (STS. de 19 de setembre i de 14 de juny de 1990), els quals reben els resultats de l'activitat representativa i l'assistència dels representants efectuada en els diferents àmbits, dintre i fora del centre de treball, i tenen la facultat de revocar-li el mandat d'acord amb l'article núm. 67.3 del Estatut dels Treballadors.

Em remeto a la valoració coincident de la magistrada de la instància en el quart fonament de dret de la sentència respecte a que el control d'ús del crèdit horari de què ha set objecte la treballadora excedeix del que es pot considerar legítim, perquè en aquest cas s'ha efectuat l'anomenada " vigilància especial" a través de detectiu amb la finalitat de comprovar el ús del crèdit horari, acció que no permet la jurisprudència si no s'al leguen i es proven indicis raonables d'abús (STS. de 29 de setembre de 1989 , TJ.6553) que manté que aquesta vigilància especial no solament és discriminatòria sinó que aquest sotmetiment a la vigilància està prohibida i la prova obtinguda per aquest procediment no es pot tenir en compte. Insisteixo que en aquest cas l'ocupadora no ha al legat i provat tan sols quins indicis d'abús de la treballadora tenia per justificar la vigilància especial a partir de detectiu a que va sotmetre la demandant.

TERCER. - Els càrrecs disciplinaris imputats consisteixen en faltar al treball en torn de matí els dia 20 de gener de 2012 per activitat de formació a la qual va assistir com a mínim de les 12 a les 14 hores si es te per bona la prova de detectiu que admet la majoria, i el dia 27 de gener en torn de matí, dia que no va assistir al curs de formació inicialment programat perquè s'havia suspès. Amb la sentència de la instància també considero que la tasca de representació en la seu del seu sindicat que manifesta va fer el dia 27 de gener per la tarda l'havia d'haver provat a la vista dels càrrecs imputats, de manera que no es pot considerar la possible compensació de les hores de crèdit utilitzades per la tarda d'aquest dia amb l'absència a les hores de crèdit horari per a la tasca formativa del matí que havia anunciat a l'ocupadora.

Tal com raona la sentència de la instància, l'absència injustificada al treball d'un dia, el 27 de gener de 2012, devent considerar que el haver acudit al curs de formació a partir de les dotze hores en lloc de les 9 hores del dia 20 no constitueix un ús abusiu del crèdit horari, no suposa una conducta reiterada o continuada de manera que no te cabuda en l'article núm. 54, 2 a) del Estatut dels Treballadors com a causa d'acomiadament procedent que ha decidit la majoria , i en tot cas segons el Conveni col lectiu d'aplicació al cas del sector de Supermercats i Autoserveis d'Alimentació de Catalunya (DOGC. De 7 de març de 2012) vigent des de la signatura del Conveni el 10 de gener de 2012 segons el seu article núm. 2. L'article núm. 15, 2 b) del Conveni tipifica com a falta greu "faltar un dia al treballa durant el període d'un mes sense causa justificada." En l'apartat 3, a) de l'article de faltes molt greus es tipifica l'absència injustificada de tres dies en el període de dos mesos. En cap cas es pot considerar que el dia sense activitat de representació del 27 de gener de 2012 sigui causa d'acomiadament ni afegint les dues hores injustificades d'activitat representativa del dia 20 de gener.

QUART. - La majoria considera que la treballadora ha falsejat dades en la justificació d'activitat sindical dels dos dies perquè les hores que fa constar no es corresponen amb la realitat. Manté que aquesta manifestació de crèdit horari representatiu inexacte o falsejat suposa una falta molt greu de transgressió de la bona fe contractual així com l'abús de confiança en el treball segons l'apartat d) de l'article núm. 54 del Estatut dels Treballadors i l'Acord General d'àmbit estatal pel sector del Comerç de 21 de març de 1996, que justifica l'acomiadament disciplinari.

Dissenteixo d'aquesta conclusió que considero desproporcionada, sense perjudici de les facultats disciplinàries graduades que podia haver imposat l'ocupadora.

Entenc que el justificant de 3 de febrer de 2012 presentat per la treballadora a requeriment de l'empresa, efectivament constata unes dades d'activitat representativa amb càrrec al crèdit horari que no es corresponen a la realitat i que la magistrada de la instància afirma amb valor fàctic que aquestes dades de crèdit horari van ser complimentades per la representant. Les dades inexactes del total d'hores de representació no detrauen però el valor del document com a certificació autèntica signada pel òrgan sindical corresponent. Amb la instància considerem que el intent de la treballadora de justificar l'absència al treball del dia 27 de gener expressa precisament l'absència injustificada d'aquell dia, que pot constituir falta disciplinària respecte a l'empresa, independentment de les consideracions que mereixen en el si del sindicat al qual pertany.

CINQUÈ. - Considero desproporcionat que la majoria basi l'acomiadament en una falta molt greu de transgressió de la bona fe contractual per aquest fet.



En primer lloc perquè el Conveni col·lectiu d'aplicació, sense haver d'acudir a un Acord General d'àmbit estatal de 1996, superat pel conveni sectorial estatutari d'aplicació a Catalunya, en l'article núm. 15.3 b) tipifica el frau, la deslleialtat i l'abús de confiança en les gestions encomanades i en el tracte entre els companys de feina o tercers, i l'equipara a fer negociacions de comerç o indústria pròpiament dites o per compte d'altre, o vendre's o cobrar per a sí mateix sense autorització expressa de l'empresa.

Aquesta tipificació no encaixa amb les dades incorrectes que la treballadora va fer constar en el justificant amb l'autorització genèrica del òrgan sindical certificador des del moment que en la confiança d'afiliats al sindicat va deixar en blanc els espais a complimentar per la representant dels treballadors, atesa la doctrina jurisprudencial que cita la STSJ del País Valencià de 2 d'octubre de 2012 (rec. 1920/2012) de que "la actividad del miembro del Comité en orden a sus funciones representativas es multiforme, comprendiendo cualquier actuación que de forma directa o indirecta repercute en interés de los trabajadores (entre otras, SSTs 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)."

En segons lloc i per acabar, em remeto al concepte indeterminat de frau de llei o abús de confiança i l'aplicació de la doctrina gradualista. La STS de 19 de juliol de 2010 (rec. 2643/2009) fa repàs dels supòsits que la jurisprudència social ha establert en les causes d'acomiadament disciplinari per la falta de l'article núm. 54, 2 d) el Estatut dels Treballadors, assenyalant en el Tercer Fonament de Dret que molts dels casos es refereixen a treballadors d'entitats bancàries o d'estalvis que se'ls qüestiona operacions mercantils efectuades per ells. Entre d'altres supòsits destaca la detració de productes sense abonar a caixa per part de treballadors, amb independència del valor econòmic, o en cas de faltes dineràries d'un caixer detectades, que declaren procedent, argumentant "B) En el supuesto de un cajero que no justifica las faltas dinerarias detectadas por la empresa, se confirma la procedencia del despido, argumentándose que " La doctrina reiterada por esta Sala, mediante muy numerosas sentencias, por ejemplo, las de 21 de enero, 22 de mayo de 1986 y las en ellas citadas, interpretando el art. 54 ET y los preceptos legales que le sirvieron de antecedente, ha precisado: – que es necesario quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en el Derecho laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido; – respecto del apartado d) de su número 2, que tipifica como justa causa de despido la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos; que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual; y que la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de la fidelidad; – en esta línea de análisis de las circunstancias concurrentes, la buena fe en su sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (artículos 7-1 y 1258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas, al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; y es cierto también que en el Derecho Laboral hay mandatos legales que imponen un cumplimiento contractual de acuerdo con la buena fe -arts. 5-b) y 20-2 del Estatuto -, que obliga, al decir de la sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 1984, que a su vez invoca una reiterada doctrina, «a empresarios y trabajadores en el sentido de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como afirma también la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 1983, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos», hasta el punto de que la transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que, cuando sea grave y culpable, es causa que justifica el despido -art. 54-2.d) del Estatuto -; – que esta falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, deberes que han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa " (STS/Social 26-enero-1987 -infracción de ley). Contempla esta sentencia la aplicabilidad de la tesis gradualista (" es necesario quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable ... pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido "), pero afirma que no tiene entidad para impedir la procedencia de la sanción de despido en circunstancias como la falta de acreditación de " la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado". En base a aquesta argumentació, en l'apartat C) declara procedent l'apropiació per part d'un treballador de materials de construcció de l'Ajuntament on prestava serveis en diverses dates i sense autorització.



Contràriament, en l'apartat D) d'aquesta Sentència del Tribunal Suprem referit al ús incorrecte d'hores representatives en cas de prolongació de les realment utilitzades, com és el cas, és d'aplicació la teoria gradualista: "En un supuesto de uso incorrecto de horas representativas por prolongación de las realmente utilizadas, se aplica la tesis gradualista y se entendió que los hechos no podían considerarse como vulneradores de la buena fe contractual (" no presenta una gravedad tan intensa ni reviste una importancia tan acusada como para poder ser tipificada como un supuesto de «transgresión de la buena fe contractual», ni de «abuso de confianza en el desempeño del trabajo» "), sin perjuicio de que " ante el incumplimiento contractual del actor, se autoriza a la empresa a que le imponga una sanción, distinta de la de despido, como autor de una falta grave contra la disciplina laboral ", recordando, en este singular supuesto, que " esta Sala en su sentencia de 2 de noviembre de 1989 ha manifestado 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 una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados» " (STS/IV 21-enero-1991 - infracción de ley)."

La sentència no oblida per altra banda en el IV FD., la doctrina de la Sala I del Tribunal Suprem sobre el concepte de la " bona fe contractual" assenyalant "entre otras, en su STS/I 15-junio-2009 (recurso 2660/2004), que " Según ha señalado este Tribunal al precisar el alcance del art. 1258 (STS 12 de febrero 2009 , y las que en ella se citan), si bien es doctrina de esta Sala la de que la buena fe, en su sentido objetivo consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento, también se ha sentado por la misma que el carácter genérico del art. 1258 ha de armonizarse con los más específicos que para cada contrato y en cada supuesto contiene el Código Civil que la posibilidad de ampliar o modificar, a su amparo, lo estrictamente convenido, ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación , es decir, que la expansión de los deberes al amparo del art. 1258 debe ser lo más restringida posible, porque no puede escindirse este artículo del contenido del 1283 , según el cual en los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos cosas distintas ni casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar ", añadiendo que " La buena fe es un criterio objetivo, constituido por una serie de pautas coherentes con el comportamiento en las relaciones humanas y negociales, que en materia contractual no solo funciona como un canon hermenéutico de la voluntad reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, que actúa por vía dispositiva, a falta de pacto y abstracción hecha de la intención o de la voluntad de las partes, de tal forma que estas consecuencias que complementan el contrato hallan su fundamento vinculante no solo en el mismo, en sus indicaciones explícitas o implícitas, sino en la norma o principio general de la buena fe ".

SISÈ. - Per tot el raonat i fonamentat arribat al convenciment que procediria que aquesta Sala Social del Tribunal Superior de Catalunya desestimés el recurs de l'empresa ocupadora i confirmés la improcedència del acomiadament de la representant decidida per la magistrada de la instància, amb confirmació de la seva sentència.

PUBLICACIÓ. Avui, la Magistrada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.