



Roj: **STSJ GAL 173/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:173**

Id Cendoj: **15030340012016100067**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2016**

Nº de Recurso: **4577/2015**

Nº de Resolución: **556/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

-PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2014 0004388

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0004577 /2015 CRS

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000886 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Abel

ABOGADO/A: LAURA HERMIDA GONZALEZ

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, ACTIVIDADES SUBACUATICAS BALEA SL

ABOGADO/A: FOGASA

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS

D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

Presidente

D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

D. LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

A CORUÑA, a veintiocho de Enero de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION 0004577 /2015, formalizado por la letrado Laura Hermida González, en nombre y representación de Abel , contra la sentencia número 471 /2015 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 4 de VIGO



en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000886 /2014, seguidos a instancia de Abel frente a FOGASA, ACTIVIDADES SUBACUATICAS BALEA SL , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Abel presentó demanda

contra FOGASA, ACTIVIDADES SUBACUATICAS BALEA SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 471 /2015, de fecha cinco de Agosto de dos mil quince , por la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- A parte demandante, Don Abel , con DNI nº NUM000 , prestou servizos que comezaron en data indeterminada e remataron en data tamén indeterminada, para a empresa Actividades Subacuáticas Balea S.L. (declaración da testemuña no acto da vista oral). SEGUNDO.- O demandante realizaba a atención e asistencia a usuarios, recarga de botellas de aire e mantemento das instalación (declaración da testemuña). TERCERO.- O demandante non ostentaba nin ostentou a representación dos traballadores. CUARTO.- Presentada papeleta de conciliación diante do Servizo de Mediación, Arbitraje e Conciliación de Vigo o día 5 de setembro do 2014, o acto tivo lugar o día 15 de setembro do 201-4, co resultado de intentada sen avinza (papeleta de conciliación achegada coa demanda).

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: DESESTIMO TOTALMENTE a demanda interposta por DON Abel contra a empresa ACTIVIDADES SUBACUÁTICAS BALEA S.L. á que ABSOLVO das pretensións contidas na mesma.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte actora, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el trabajador la desestimación de su demanda, instando -por el cauce del artículo 193.b) LJS- la modificación del relato histórico, y denunciando -vía artículo 193.c) LJS- la infracción por inaplicación del artículo 3 ET y el CC de enseñanza y formación no reglada; artículo 91.2 LJS; y de los artículos 87.3 , 88.1 y 90.1 LJS.

SEGUNDO.- Ninguna de las alteraciones fácticas puede acogerse:

(a) La primera, porque del documento citado no se desprende lo que se quiere hacer constar (fecha de inicio de la relación laboral -o de su fin- o jornada desarrollada) y, por lo tanto, no es literosuficiente. Además, por una parte, no puede olvidarse que las pruebas de confesión judicial y testifical carezcan de toda virtualidad revisoria (STS 24/06/08 -rco 128/07 -; y 18/06/13 Ar. 6102; y, entre las últimas, SSTSJ Galicia 13/11/15 R. 4323/14 , 12/11/15 R. 3459/15 , 14/07/15 R. 337/14 , 05/06/15 R. 944/15 ,...). Y, por otra parte, podría traerse a colación la doctrina que indica que éste es un proceso extraordinario y en supuestos de afirmada -por la decisión recurrida- distorsión entre la verdad material y la formal [el documento, que constituye un posible pantallazo del servicio de mensajería *WhatsApp* , no reproduce la realidad], no puede invocarse como prueba desvirtuadora de la afirmación o creencia judicial -o en su caso del fraude- la constituida por los documentos cuya desconexión con la realidad acreditada se declara -explícita o implícitamente- la Sentencia de Instancia. Tales documentos tan sólo resultan acreditativos del aspecto formal de la cuestión, constituyendo -justamente por ello- el presupuesto de la discordancia declarada probada, sin que -por lo mismo- puedan en forma alguna ser considerados como demostrativos de que no existe la realidad contraria -o fraudulenta, en su caso- que tiene por acreditada el Magistrado (por todas, SSTSJ Galicia 14/10/15 R. 3403/15 , 03/07/15 R. 1557/15 , 03/12/14 R. 3621/14 , 17/09/14 R. 2375/14 , 21/03/14 R. 4813/12 , 02/05/12 R. 450/12 , etc.). Y,

(b) La segunda, porque se trata de fundar en una especie de razonamiento basado en la declaración testifical, pero que resulta inane, habida cuenta que, a los efectos modificativos del relato de hechos, siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (valgan por todas, SSTS 17/10/90 Ar. 7929 y 13/12/90 Ar. 9784 , 10/06/08 -rco 139/05 -; y 30/06/08 -rcud 138/07 -), hasta el punto de que -precisamente- se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado



intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 30/11/15 R. 3712/15 , 25/11/15 R. 2551/14 , 12/11/15 R. 3459/15 , 23/10/15 R. 4759/14 , 15/10/15 R. 3165/15 , 14/10/15 R. 2188/14 , 23/09/15 R. 1734/14 , etc.).

TERCERO.- 1.- Fracasada la revisión fáctica, también lo hará la jurídica. La primera censura se refiere al Convenio Colectivo aplicable, motivo que carece absolutamente de relevancia, puesto que ni se ha fijado cuál es la relación laboral y sus circunstancias, ni si se ha producido un despido en la fecha alegada, por lo que resultará indiferente cuál sea la norma paccionada que cubre la eventual relación laboral, al margen de que no se ha incluido ni un solo precepto -serían los artículos 55 y 56 ET - sobre la calificación de aquél despido y sus consecuencias, por lo que mal puede revocarse la Sentencia recurrida y estimar la demanda.

2.- Con respecto a las otras dos censuras, de entrada, debemos advertir que se ha empleado una vía inadecuada, puesto que la estimación de cualquiera de ellas comportaría la anulación de la resolución y retroacción de actuaciones, por lo que no deberían haberse articulado a través de la letra «c)» del artículo 193 LJS, sino de la «a)», lo que podría conducir a su desestimación de plano. No obstante lo expuesto, el principio *pro actione* -aquilatado con flexibilidad y nuestro sentido de justicia- nos inclinan a examinarlo. En concreto, la segunda censura se refiere a una infracción de la denominada *ficta confessio* y, conforme a consolidado criterio jurisprudencial del que nos tenemos hecho eco en precedentes resoluciones (entre otras, SSTSJ Galicia 23/09/2015 R. 1734/14 , 14/07/15 R. 1434/14 , 26/04/10 R. 4396/06 , 05/03/08 R. 122/08 , 10/12/04 R. 4898/04 , 30/09/02 R. 4189/02 , etc.), desde el momento en que el artículo 91.2 LJS, como sus precedentes artículos 91.2 LPL y 81 LPL /1980- otorga al Magistrado la facultad de tener por confesa a la parte que llamada a declarar no compareciese sin concurrir causa legal, esta posibilidad valorativa -no ciertamente obligación-, que se deja al razonable criterio del Juzgador de instancia, no es susceptible de ser fiscalizada por el cauce de un recurso extraordinario como el de Suplicación (así, SSTS 11/02/72 Ar. 494 , 26/02/76 Ar. 755 , 06/11/85 Ar. 5727 , 05/03/87 Ar. 1337 , 30/03/87 Ar. 1758 , 02/11/87 Ar. 7779 , 09/06/88 Ar. 5263 , 18/10/88 Ar. 8109 , 03/04/90 Ar. 3098, etc.). Por lo tanto, la incomparecencia de la empresa de manera injustificada comporta la posibilidad de que el Juzgador de Instancia pueda aplicar la regla prevista en el artículo 91.2 LJS, pero no una obligación, lo que -además- se justifica por el Magistrado en que la demandada fue notificada por edictos y, entonces, resulta inviable una fiscalización en suplicación.

CUARTO.- 1.- Y, en cuanto a la última censura, concurren dos planos distintos: uno, el empleo del servicio de mensajería instantáneo como prueba; y otro, el valor probatorio que se otorga a dicho documento. En realidad, el Magistrado de Instancia apura el razonamiento y valora que su contenido no es revelador de ningún despido -como se ha pretendido por el recurrente-; lo que compartimos sin dudas y haría innecesario plantearse el primero de los planos, en el que también rechaza su admisión. Pero es más, la parte no ha cumplido -a lo que creemos- con los requisitos exigidos para tener por correctamente aportada como prueba una conversación de *WhatsApp* , reduciendo su argumentación a la mera incomparecencia de la otra parte y su no impugnación del «documento» presentado.

2.- Y tan es su consideración como prueba -reveladora de su difusión masiva-, que hasta las normas colectivas recogen previsiones sobre el servicio; por poner dos ejemplos, el artículo 24 CC del sector de Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceituna de Sevilla (BOP/Sevilla 12/06/14) establece «que las llamadas al trabajo se podrán realizar por *WhatsApp*» y, también, el artículo 30.n) CC Provincial para el sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Zamora, prohíbe la utilización de «*WhatsApp* durante la jornada laboral, bien desde el móvil personal o móvil de la empresa» (BOP/Zamora 02/05/14). En otras palabras, no sólo es un medio de prueba válido, pese a no contemplarse en la LJS, sino que ya ha tenido plasmación normativa; no obstante lo cual, habría que cumplir una serie de reglas. Porque, para considerar una conversación de *WhatsApp* como documento -a los fines del proceso laboral-, sería preciso que se hubiese aportado no sólo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, «pantallazo» -que es lo único se cumple por el actor-, sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que de que ésta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esto podría haber conseguido a través de la aportación del propio móvil del Sr. Abel y solicitando que, dando fe pública, el LAJ levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que éste se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes; o, incluso, mediante la aportación de un acta notarial sobre los mismos extremos.

Apurando nuestras consideraciones sobre la prueba de mensajería instantánea y con fines esclarecedores, para que aceptemos como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) podríamos establecer cuatro supuestos: (a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; (b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; (c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); o, finalmente, (d) cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores.



3.- Todo ello, además, sin perjuicio de los riesgos que pueden existir de manipulación -a través de múltiples programas informáticos- de la conversación, imagen o números que se reflejan, lo que permite que el Magistrado que valore dicha prueba pueda rechazar su eficacia probatoria - que es el caso presente-; o que la parte hubiese aportado una prueba pericial informática reveladora que la inexistencia de alteración. Por lo tanto, se rechaza la censura y, en consecuencia,

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso interpuesto por Don Abel , confirmamos la sentencia que con fecha 05/08/15 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cuatro de los de Vigo , y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a la empresa «ACTIVIDADES SUBACUÁTICAS BALEA, SL».

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.