



Roj: STSJ CANT 668/2015 - ECLI:ES:TSJCANT:2015:668
Id Cendoj: 39075340012015100472

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Santander

Sección: 1

Nº de Recurso: 810/2015

Nº de Resolución: 967/2015

Procedimiento: Recursos de Suplicación

Ponente: ELENA PEREZ PEREZ

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA nº 000967/2015

En Santander, a 14 de diciembre del 2015.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ (ponente)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por la Asociación Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España (**ADICAE**), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander, ha sido nombrada ponente la Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos se presentó demanda de despido por D. Jose Francisco frente a Asociación de Bancos, Cajas y Seguros de España (**ADICAE**).

En su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 20 de julio de 2015 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO .- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- D. Jose Francisco presta servicios para la empresa Asociación de usuarios de bancos, cajas y seguros de España -**ADICAE**- , teniendo reconocida una antigüedad de 1-1-14, la categoría profesional de Oficial 3ª a partir de 1-9-14 - antes Auxiliar Administrativo- , y un salario de 1.644,95 €/mes en cómputo anual. (No controvertido)

2º.- El actor es el máximo responsable de la empresa en la zona norte -Asturias, Cantabria y País Vasco- , trabajando sólo en las sedes, o con algún auxiliar esporádicamente, y recibiendo las órdenes desde la central en Zaragoza. (No controvertido, testifical Sr. Ambrosio)

3º.- El actor es miembro del Consejo Nacional de **ADICAE**, que es el máximo órgano de la empresa. (No controvertido)

4º.- Siempre a instancias de la dirección, el actor se ha reunido en distintas ocasiones con partidos políticos -PP, PSOE, Podemos, Bildu, ...- de su zona para trasladarle la posición de la asociación en los temas propios, así como con distintas entidades financieras, habiendo actuado como representante de la empresa en organismos de mediación. (No controvertido, f.169)

5º.- El actor no tenía un horario concreto, siendo frecuentes las reuniones a finales de la tarde o los fines de semana. (Testificales Don. Ambrosio y Eleuterio)

6º.- Como consecuencia de lo anterior, el actor interpuso en fecha 19-2-15 papeleta de reclamación de categoría profesional y diferencias salariales, celebrándose el acto de conciliación el día 27-2-15 con resultado "intentado sin efecto". (F.55 y ss.)

7º.- El día 26-3-15 la empresa comunicó al actor su despido disciplinario, mediante la siguiente carta:

"Por medio de la presente debo comunicarle que, por los motivos que pasamos a detallar, nos vemos en la obligación de proceder a su DESPIDO DISCIPLINARIO con efectos de la fecha de la presente comunicación.

*En primer lugar, el día 18 de este mes, usted utilizó las oficinas en Cantabria de la asociación con la que mantiene suscrito un contrato laboral para reunirse junto con otro miembro de una candidatura política de la que usted forma parte ("Sí Se Puede Cantabria") con otra organización (la Plataforma por un Nuevo Modelo Energético, a la que Vd. conoció además a través de sus labores en **ADICAE**), reunión organizada y mantenida por usted a título personal como representante de la citada candidatura y en base a sus intereses particulares. En ningún momento pidió a nadie autorización para usar la sede de un modo distinto al que está destinada que son las actividades de **ADICAE**.*

La prueba de este hecho la hemos encontrado en la foto que aparece en el perfil de Facebook "Cantabria.sisepuede".

Esta conducta no sólo supone una deslealtad a la organización y transgresión de la buena fe contractual, al utilizar la Sede de la asociación para fines ajenos a la misma y a su trabajo, y no pedir ningún tipo de autorización; sino que además, implica un grave perjuicio a la Asociación, ya que ésta es una entidad sin ánimo de lucro y carente de vinculación partidista alguna sin perjuicio del traslado de propuestas de la

propia Asociación a grupos parlamentarios o políticos cuando así se acuerda y en el marco de la defensa de los consumidores y de avances reclamados en la posición de los mismos como colectivo social.

La utilización de la sede para un acto privado en beneficio de sus intereses particulares, además de constituir en sí misma una falta muy grave, desvirtúa la independencia de la Asociación, y afecta gravemente a su imagen de defensa de los derechos de consumidores.

*En segundo lugar, a través de la misma página de Facebook hemos podido comprobar que el pasado lunes, 23 de marzo de 2015, la candidatura de la que usted forma parte (Sí Se Puede Cantabria) tenía convocada una rueda de prensa a las 10 de la mañana en un hotel de Santander y usted asistió a la misma, como miembro de esa candidatura o facción política y sin que en ella hubiera interés alguno por parte de la Asociación. En ningún momento pidió permiso, y ni siquiera comunicó a ninguna persona de **ADICAE** que abandonaba su puesto de trabajo*

para acudir a esa rueda de prensa. Por el contrario, lo ocultó de tal forma que nosotros pensáramos que seguía en su puesto de trabajo hasta que hemos visto por

internet la aparición.

Esta conducta, que supone un abandono injustificado de su puesto de trabajo, debemos incluirla en la deslealtad o abuso de confianza ya que, puesto en relación con los hechos del día 18, evidencia una actitud por su parte de anteponer sus objetivos personales y privados frente a la ejecución del trabajo por el cual se le remunera.

*Las conductas descritas hacen sospechar además, unidas a sus otras actuaciones conocidas en Santander, una indebida utilización de los medios y el nombre de **ADICAE** de su trabajo para la misma en su exclusivo beneficio personal, para objetivos ajenos a los de la Asociación y los de su trabajo y en perjuicio de la organización.*

De esta forma, ambas conductas tienen encaje en lo dispuesto en el artículo 55 de la Ordenanza Laboral de Oficinas y Despachos (complemento del Convenio Colectivo

Provincial aplicable), en su apartado "Faltas muy graves", número 2, que sanciona la "deslealtad" y "abuso de confianza"; y en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores , letra D (transgresión de la buena fe).

Así, la sanción que impone la Asociación por las conductas descritas, y a tenor del artículo 56.C.d de la Ordenanza Laboral, en relación con el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores , es el despido disciplinario, con efectos de la fecha de la presente comunicación.

De igual forma y por medios que garanticen su entrega le haremos llegar de inmediato su finiquito y demás documentación pertinente." (F.5)

8º.- Con fecha 16 de abril de 2015 se presentó papeleta ante el ORECLA, celebrándose acto de conciliación con fecha 27 de abril de 2015 y resultado de INTENTADO SIN EFECTO figurando citada la parte no interesada y comunicando ésta a su vez mediante correo electrónico al Orecla su no comparecencia al acto.

9º.- En la foto de la reunión con otra asociación, subida a Facebook, no hay logo ni identificación de **ADICAE**. (No controvertido, f.202)

10º.- La empresa despidió al trabajador Don. Ambrosio , tras interponer una reclamación contra la misma. (No controvertido)

TERCERO .- En dicha sentencia se dictó el siguiente fallo o parte dispositiva: "Estimar íntegramente la demanda interpuesta por Jose Francisco contra ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS DE ESPAÑA (**ADICAE**), y declarando nulo el despido del actor de fecha 26-3-15, condenar a la empresa a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir desde el día 26-3-15, a razón de 75,18 €/día en cómputo anual."

CUARTO .- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos a la ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen del debate.

La empresa demandada, **ADICAE**, se alza frente a la sentencia de instancia que ha estimado la demanda de despido formulada por D. Jose Francisco .

La sentencia estima la pretensión de nulidad del despido, acaecido el día 26-3-2015. Considera que el mismo obedeció a un acto de represalia de la empleadora por las reclamaciones del trabajador por categoría profesional y diferencias salariales.

En el recurso articula nueve motivos.

En los cinco primeros, con base en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , insta por la revisión del relato fáctico.

En el motivo sexto, con fundamento en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , opone un motivo de infracción jurídica en el que denuncia la vulneración del artículo 22.4 del Estatuto de los Trabajadores , oponiéndose a la categoría profesional y salario declarados.

En el motivo séptimo, con idéntico amparo procesal, denuncia la vulneración de los artículos 54.2 y 55 del Estatuto de los Trabajadores , cuestionando la declaración de nulidad del despido.

En el motivo octavo, con el mismo fundamento procesal, alega la infracción de los artículos 54.2.d), 53.3 y 56 del Estatuto de los Trabajadores , aduciendo que la falta imputada al actor presenta la suficiente gravedad para ser sancionada con el despido.

Por último, de nuevo con base en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , denuncia la infracción del artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores , sosteniendo que no es posible la readmisión del trabajador.

SEGUNDO.- Revisiones fácticas.

1.- En el primer motivo de revisión fáctica insta la modificación del hecho probado primero. Propone adicionar al mismo el siguiente texto: "El contrato del actor se concertó hasta el 30 de junio de 2015".

Fundamenta esta petición en el contrato vigente, que obra unido a los folios nº 178 a 182.

No es posible acceder a la incorporación del dato al que alude. Es cierto que las partes concertaron un contrato de obra o servicio determinado y que en la cláusula adicional primera se indicaba que su objeto era la "campaña puesta en marcha de grupos locales autónomos de socios en Oviedo, Gijón, Santander, Bilbao

y Torrelavega durante el primer semestre año 2015 todo ello condicionado a que **ADICAE** Cantabria esté registrado antes de finales de febrero de 2015".

Ahora bien, la mera vinculación del contrato a una determinada campaña y la referencia al tiempo previsto de duración de aquella, no es un elemento probatorio suficiente para considerar que, efectivamente, su expiración se produjo en la fecha prevista.

Es conveniente recordar que la modalidad contractual que regula el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa y además que la obra o el servicio del que se trate conste debidamente identificado [SSTS 22-6-2004 (Rec. 4925/2003), entre otras muchas].

Lógicamente, en los casos en los que el contrato se haya concertado válidamente, la duración del contrato va ligada al de la obra o servicio que constituya su objeto.

No obstante, la cuestión relativa a su expiración no es siempre precisa ni clara. La prueba de este extremo corresponde a la parte que lo alega, de conformidad con las reglas generales de la carga de la prueba del art. 217 LEC [SSTS 19-7-2005 (Rec. 2677/2004), entre otras].

Por lo tanto, es el empresario el que deberá probar que llegó el "*dies al quem*" del contrato, o lo que es igual, que la obra o servicio para la que fue contratado el trabajador, llegó a su fin.

En definitiva, como decimos, el documento al que la recurrente alude, esto es, el propio contrato de trabajo no es suficiente para justificar la finalización natural del mismo. No estamos ante documental que, de forma clara y absolutamente incontrovertida, permita acreditar el extremo que pretende introducir en el relato fáctico de la sentencia de instancia.

Recordemos que la STS de fecha 18-7-2014 (EDJ 143936) recoge los criterios que se exigen para que un motivo de revisión fáctica articulado bajo el amparo del artículo 193.b) LRJS prospere. Dicha sentencia establece que "la constante jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 6-7-04 (rec 169/03), 18- 4-05 (rec 3/2004), 12-12-07 (25/2007) y 5-11-08, (rec 74/2007), entre otras muchas, respecto del error en la apreciación de la prueba, es inequívoca", precisando que "Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental - o pericial - obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia " (entre las más recientes, SSTS/IV 17-enero-2011 - rco 75/2010 , 21-mayo-2012 -rco 178/2011 , 20-marzo-2013 -rco 81/2012 dictada en Pleno , 16- abril-2013 - rco 257/2011 , 18-febrero-2014 -rco 74/2013 , 20-mayo-2014 -rco 276/2013)".

Resulta claro que el error valorativo que se denuncia debería haberse acreditado a través de documental fehaciente que lo evidenciase de una forma clara y directa, circunstancias que no concurren en el presente supuesto, tal como se ha expuesto.

2.- En segundo lugar, interesa la modificación del párrafo primero del hecho probado segundo para el que propone el siguiente texto alternativo: "El actor tenía asignada la campaña de puesta en marcha de grupos locales autónomos en Oviedo, Santander, Bilbao, Castro Urdiales y Torrelavega, durante el primer semestre del año 2015, trabajando...".

Por tanto, pretende suprimir la valoración efectuada por el Magistrado de instancia de que el actor era el máximo responsable de la zona norte, que comprende las comunidades autónomas Asturias, Cantabria y País Vasco. Basa esta solicitud en el contrato de trabajo (folio nº 182) y en los correos electrónicos que obran unidos a los folios nº 213 a 236.

A diferencia de lo que se sostiene en el escrito de recurso, estos documentos no permiten considerar que la sentencia de instancia haya incurrido en el error valorativo que se denuncia. De una parte, el contrato de trabajo no es documental fehaciente que permita desvirtuar la conclusión alcanzada por el Magistrado de instancia respecto a la condición de máximo responsable de la zona norte. Dicha conclusión, tal como expresamente indica en el propio ordinal segundo, deriva de la valoración judicial de la prueba testifical.

La naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación determina que la valoración de medios probatorios como la testifical corresponda, en exclusiva, al Magistrado que conoce del litigio en la fase

de instancia. De hecho, en el recurso de suplicación este tipo de pruebas carecen de virtualidad de cara a la revisión de un hecho probado, tal como se recoge en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo, destacando, entre otras, las SSTS de 24-2-1992 o 25-5-2009 [doctrina seguida en las SSTSJ de Cantabria de 3-9-2015 (Rec. 520/2015 , 507/2015 y 539/2013) , entre otras muchas.

Tampoco permiten considerar justificado este extremo los documentos que obran unidos a los folios nº 213 a 236. Como hemos indicado en numerosas ocasiones, los correos electrónicos no constituyen prueba documental que permita concluir de forma clara y absolutamente incontrovertida, los asertos que contienen.

Este tipo de documental carece de los requisitos necesarios para dar prueba fehaciente, a efectos del recurso de suplicación, de un determinado hecho, desvirtuando las conclusiones alcanzadas por el Magistrado de instancia, previa valoración conjunta de la prueba aportada y practicada. Estos documentos, a los que, de ordinario, se adjuntan datos, únicamente, pueden ser objeto de completa y adecuada valoración en la fase de instancia, en donde el juzgador puede contrastar su contenido y considerarlo acreditado mediante la valoración de otras pruebas, especialmente, la testifical o los interrogatorios de las partes, pues los mismos, no dejan de reflejar comunicaciones o manifestaciones que éstas intercambian entre sí. Por tanto, no cabe aceptar la modificación propuesta [SSTSJ Cantabria 3-2-2015 (Rec. 997/2014) , 17-11-2014 (Rec. 581/2014) , 8-3-2014 (Rec. 71/2014) o 13-7-2011 (Rec. 590/2011) , entre otras muchas].

Por tanto, esta pretensión no puede ser acogida.

3.- En tercer lugar, solicita la modificación del hecho probado quinto, para el que propone la siguiente redacción: "El contrato de trabajo del actor posibilitaba la modificación de horario, siendo frecuentes las reuniones a finales de la tarde o los fines de semana".

Nuevamente, con cita del contrato de trabajo, pretende revisar una conclusión que el Magistrado extrae de la valoración de la prueba testifical, lo que no es admisible, tal como ya hemos razonado.

4.- Respecto al hecho probado sexto y con base en la misma documental, esto es, el contrato de trabajo, solicita suprimir la frase: "Como consecuencia de lo anterior....", a lo que tampoco se puede acceder, en consonancia con las anteriores desestimaciones de las modificaciones interesadas.

5.- Por último, solicita introducir en el relato fáctico un nuevo hecho probado con el siguiente contenido: "Sexto bis.- El actor el día 18 de marzo de 2015 se reunió en la sede de la empresa con miembros de la plataforma "Por un nuevo modelo energético" y posteriormente reflejó dicha reunión en el perfil de Facebook de al candidatura política "Sí se puede Cantabria" incluyendo una foto de dicha reunión. Igualmente, el día 23 de marzo de 2015, el trabajador abandonó su puesto de trabajo para acudir a una rueda de prensa que daba la candidatura Sí se puede Cantabria".

Como base de su pretensión cita un acta de requerimiento notarial (folios nº 198 a 204), el extracto del perfil de facebook (folios nº 205 y 206) y una noticia de prensa (folios nº 207 a 211).

Ninguno de estos documentos puede considerarse fehaciente en el sentido exigido por la jurisprudencia unificada [SSTS 18-7-14 (EDJ 143936) , 17-1-2011 (Rec 75/2010) , 21-5-2012 (Rec. 178/2011) , 20-3-2013 (Rec. 81/2012) , 16-4-2013 (Rec. 257/2011) , 18-2- 2014 (Rec. 74/2013) , 20-5-2014 (Rec. 276/2013) , 6-7-04 (Rec 169/03) , 18-4-05 (Rec 3/2004) , 12-12-07 (Rec. 25/2007) o 5-11-08, (Rec 74/2007)].

Como ya se ha dicho, la revisión del relato fáctico de una sentencia exige la cita de prueba documental que evidencie el error de valoración que se denuncia de un modo claro y absolutamente incontrovertido, "de forma clara, patente y directa de la prueba documental - o pericial - obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas" [SSTS 6-7-2004 (Rec. 169/2003) , 18-4-2005 (Rec. 3/2004) , 12-12-2007 (Rec. 25/2007) , o 5-11-2008 (Rec. 47/2007)].

En definitiva, el relato fáctico permanece inalterado.

TERCERO.- Infracciones jurídicas. Categoría profesional y salario.

1.- En el primer motivo de infracción jurídica denuncia la vulneración del artículo 22.4 del Estatuto de los Trabajadores .

Se opone a la categoría profesional y salario, declarados en la sentencia recurrida. Sostiene que el actor no ha acreditado que tenga conocimientos especiales ni titulación específica para ostentar la categoría que le atribuye la sentencia de instancia y que, sin embargo, la empresa ha acreditado que respondía ante su superior jerárquico.

Ninguno de los argumentos que esgrime es admisible. De una parte, no han prosperado las revisiones fácticas que interesaba respecto a los hechos probados segundo, tercero, cuarto y quinto, por lo que es necesario partir de las funciones que allí se describen, [STS 28-3-2012 (Rec.119/2010)].

De este modo, consta que el actor es el máximo responsable de la empresa en la zona norte y que recibe instrucciones, únicamente, de la central ubicada en Zaragoza. Esta circunstancia impide considerar el extremo del que parte la argumentación de la empresa, esto es, de la existencia de subordinación al superior jerárquico al que alude.

Por otro lado, el actor es miembro del Consejo Nacional de **Adicae**, que es el máximo órgano de la empresa. Carece de horario concreto y desempeña su prestación de servicios con dedicación prácticamente completa -fundamentos de derecho segundo y tercero, con indudable valor fáctico-.

Además, contaba con personal a su cargo. Solía participar en reuniones al más alto nivel -con partidos políticos y bancos- e incluso llegó a representar a la empresa ante organismos públicos -fundamento de derecho segundo, con indudable valor fáctico-.

Resulta claro que las referidas funciones se integran en el nivel profesional que atribuye la sentencia de instancia (jefe de primera, nivel III) y no en ninguno de los inferiores.

Por tanto, como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28-3-2012 (Rec. 119/2010), antes citada, en los supuestos en los que resulta "inalterado el relato fáctico impugnado, procede desestimar los recursos cuyo éxito venga ligado al triunfo de la revisión de los hechos que se ha desestimado, cual evidencian la alegaciones y argumentaciones contenidas en el motivo de los recursos dirigido al examen del derecho aplicado".

Respecto a la titulación, tampoco puede prosperar la alegación empresarial, pues no consta que la exigencia de un título sea un requisito inexcusable para la realización de la concreta actividad profesional que venía desarrollando. Conviene recordar que la jurisprudencia ha venido exigiendo, para tener derecho a la retribución por la realización de funciones de superior categoría que los cometidos laborales a los que el trabajador dedique la mayor parte del tiempo sean los propios de la referida categoría superior, no teniendo derecho a ello, en caso contrario. En este sentido se pronuncian las SSTs de 20-12-2007 (Rec.4722/2006), 18-9-2004 (Rec. 2615/2003) o 3-11-2005 (Rec. 1516/2003) que, recogiendo los criterios de las anteriores SSTs de 12-2-1997 , 30- 3-1992, 23-12-1994 y 7-3-1995 , establecieron que "(...) para poder apreciar que efectivamente se están llevando a cabo las funciones propias de una categoría superior y que procede el derecho a percibir las retribuciones correspondientes a la misma, es necesaria la perfecta acreditación de que efectivamente se están desempeñando fundamentalmente estas funciones y no parte de las mismas".

Por tanto, como recogen las SSTs de 7-3-1995 y 27-1-1995 "si un empleado lleva a cabo las funciones o trabajos propios de una profesión, sin poseer el Título que la Ley [exige] para ello, no sólo no se le puede reconocer el derecho a ostentar la categoría laboral que corresponda a esa profesión (...), sino que, además, tampoco tiene derecho a percibir los haberes correspondientes a esa categoría»; y es que, «en realidad no efectúa ni puede efectuar en forma adecuada y conforme a Derecho las funciones propias de esa categoría, al no poseer el referido título".

No obstante, dicha regla se matiza, entre otras, en la STS 27-12-1994 , que distingue entre los supuestos en los que "la exigencia de título puede constituir no sólo requisito inexcusable para la realización de una actividad profesional (...) sino también impedimento para que puedan realizarse, aún accidentalmente, las funciones correspondientes, en cuanto la norma imperativa prohíbe el ejercicio profesional sin la debida titulación y su violación puede ocasionar infracciones de otro orden», y aquellos otros casos, en los que «el título no constituye elemento legal necesario para ejercitar una actividad laboral, sino que su imposición por Convenio Colectivo tiene el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada".

De este modo, es admisible que cuando las funciones "no responden a la tenencia de un título oficial de carácter necesario y habilitante, sino que tienen su origen en disposiciones de naturaleza laboral (...), no (se debe) privar al trabajador que ejercita "válidamente" dichas funciones, por encima de su categoría, de la percepción de las retribuciones correspondientes a la mismas" (SSTs 30-9-1996 y 11-5-1997 , entre otras).

En definitiva, el motivo de recurso no puede prosperar.

CUARTO.- Infracciones jurídicas. Calificación del despido del actor.

1.- En los motivos de infracción jurídica segundo y tercero denuncia la vulneración de lo dispuesto en los artículos 54.2.d), 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores , en relación al artículo 24 de la Constitución Española .

Cuestiona la declaración de nulidad del despido. Entiende que no existen indicios racionales de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la indemnidad y que se ha acreditado una causa de despido -transgresión de la buena fe contractual- que tiene la suficiente gravedad y es totalmente ajena al móvil discriminatorio que se alegaba en la demanda.

De forma subsidiaria, solicita que en caso de considerarse excesiva o desproporcionada la sanción impuesta, la consecuencia sea la improcedencia del despido, pero no la declaración de nulidad del mismo.

2.- La sentencia de instancia, a lo largo de los hechos probados -básicamente los hechos segundo y octavo- y del fundamento de derecho tercero, expone una serie de datos que, a juicio del Magistrado de instancia, suponen indicios de vulneración del referido derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de indemnidad por el ejercicio de sus legítimos derechos.

Considera que la reclamación del actor respecto a la categoría profesional y al salario constituyen un indicio sólido de que el despido es un acto de represalia frente a dicha reclamación. Parte de que la misma se produjo, prácticamente, un mes antes de la notificación del despido, sin que hubiera habido problemas previos entre las partes. Además también considera otro dato indiciario que es el despido de otro trabajador, también tras formular reclamación frente a la empresa (hecho probado octavo).

Partiendo de tales elementos indiciarios, analiza la postura empresarial. Considera que la empresa no ha desarrollado prueba alguna que permita considerar que el despido obedeció a una causa objetiva, totalmente ajena a la represalia.

Valora los hechos declarados probados, esto es, que el actor hubiera utilizado la sede empresarial para una reunión; haya expuesto en una red social una foto en la que no aparece el logotipo de la empresa o haya asistido a una reunión con un partido político. Entiende que ninguna de estas conductas podría ser objeto de sanción. Las características propias de su puesto de trabajo impiden considerar la existencia de un incumplimiento contractual, mala fe, abuso de derecho, transgresión de la buena fe, desobediencia o insubordinación. Entre los cometidos habituales de su puesto se encuentra asistir a reuniones con partidos políticos de la zona para tratar cuestiones relativas a la asociación empleadora -hecho probado cuarto-. Además, el actor no tiene fijado horario concreto, lo que hacía habitual que las reuniones a las que asistía, se celebrasen durante los fines de semana o durante la última hora de la tarde -hecho probado quinto-.

Por tanto, lo que el Magistrado de instancia considera es que el despido obedeció a un acto de represalia frente a su reclamación por salario y categoría profesional. Esto nos sitúa en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la indemnidad por el ejercicio de derechos (art. 24 CE).

3.- La cuestión planteada permite recordar que el Tribunal Constitucional ha reconocido como parte del derecho de tutela judicial efectiva, la denominada "garantía de indemnidad". Destaca que "en el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos" (STC 198/2001, de 4 de octubre). La misma doctrina se reitera en las sentencias 7/1993, de 18 enero (RTC 1993\7), 54/1995, de 24 febrero (RTC 1995\54), 140/1999, de 22 julio (RTC 1999\140), 101/2000, de 10 abril (RTC 2000\101) y 198/2001, de 4 de octubre (RTC 2001\198).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2004, de 19 de abril , recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se obtiene mediante la actuación de los Jueces y Tribunales sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que el ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta, que no pueden determinar consecuencias perjudiciales para la persona que los protagoniza.

En el ámbito de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador y encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993 y 14/1993, de 18 de enero [RTC 1993\14], 54/1995, de 24 de febrero).

En este ámbito, la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985 [RCL 1985\1548]), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "el haber planteado

una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes".

En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2011, de 14 de febrero , estableciendo que: "la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza".

La aplicación de este instituto exige la concurrencia de tres requisitos. En primer lugar una actuación del trabajador que implique una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, la existencia de un acto empresarial perjudicial y la relación de causalidad entre la conducta del trabajador y la posterior decisión perjudicial [SSTS de 29-1-2013 (Rec. 349/2012) y 4-3-2013 (Rec. 928/2012) , entre otras].

Además, en esta materia de vulneración del derecho a la indemnidad la doctrina constitucional ha admitido que no sólo el ejercicio de acciones judiciales puede determinar el tipo de protección que se pretende. Se admiten otro tipo de acciones como las administrativas, las reclamaciones previas, las realizadas ante la Inspección de Trabajo, así como los actos tendentes a la evitación del proceso (SSTC 14/1993, de 18 de enero , 125/2008, de 20 de octubre y 92/2009, de 20 de abril , entre otras).

En el mismo sentido se han pronunciado las SSTS de 16-5-2013 (Rec. 955/2012) , 17-6-2008 (Rec. 2862/2007) y 24-10-2008 (Rec. 2463/2007) , entre otras.

Conviene puntualizar que en los casos en los que un trabajador denuncia ante los tribunales del orden social que un acto o práctica empresarial lesiona alguno de sus derechos fundamentales, queda obligado a aportar en el acto del juicio indicios razonables que fundamenten tal alegato. Es decir, deberá desarrollar una actividad probatoria que permita al juzgador deducir la posibilidad de que la lesión se haya producido, no siendo suficiente con alegar la vulneración del derecho fundamental (por todas, STC 136/1996, de 23 de julio [RTC 1996, 136]).

El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (SSTC 87/1998, de 21 de abril [RTC 1998 , 87]; 293/1993, de 18 de octubre [RTC 1993 , 293]; 140/1999, de 22 de julio [RTC 1999 , 140]; 29/2000, de 31 de enero [RTC 2000 , 29]; 207/2001, de 22 de octubre [RTC 2001 , 207]; 214/2001, de 29 de octubre [RTC 2001 , 214]; 14/2002, de 28 de enero [RTC 2002 , 14]; 29/2002, de 11 de febrero [RTC 2002 , 29] , y 30/2002, de 11 de febrero [RTC 2002, 30]).

En el caso que nos ocupa la Sala coincide plenamente con la ponderada valoración efectuada en la sentencia de instancia.

Consideramos que existen elementos indiciarios sólidos que permiten conectar la decisión de despido con un acto de represalia frente a la previa reclamación formulada. Estamos ante el ejercicio de una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, en los términos en los que se pronuncia la STC 75/2010, de 19 de octubre , lo que permite conectar la decisión empresarial de extinguir el contrato con la garantía de la indemnidad.

La existencia de un panorama discriminatorio resulta clara, pues existe una reclamación del trabajador frente a la empresa en reivindicación de sus derechos, que presenta una conexión, al menos cercana, con el despido y, precisamente, la conexión temporal razonable es un elemento indiciario fundamental a considerar en este tipo de supuestos [STS de 23-6-2014 (Rec. 1766/2013)].

4.- Por su parte, la empresa sostiene la acreditación de varias conductas que, a su juicio, justificarían, de manera suficiente, la sanción de despido y probarían la existencia de un motivo real totalmente ajeno al móvil discriminatorio que se alega. Se trata de que el actor habría utilizado la sede empresarial para fines personales, totalmente ajenos a la labor de la asociación y habría abandonado su puesto de trabajo para acudir a una rueda de prensa de una candidatura política.

El análisis de las circunstancias alegadas exige considerar, en primer lugar, que es cierto que en los casos en los que con una situación que evidencia un panorama discriminatorio, concurren otros eventuales motivos a los que obedecería el despido, la jurisprudencia constitucional, destacando por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 135/1990, de 19 de julio y 21/1992, de 14 de febrero, ha venido reconociendo que: (...) cuando se ventila un despido "pluricausal", en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado. Subsiste, no obstante, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, de que los hechos motivadores de la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezcan a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. En otras palabras, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo» (STC 48/2002, de 25 de febrero). En este mismo sentido se pronuncia la STS de 17.9.2009, estableciendo que : " En relación con esta cuestión existe una copiosa doctrina constitucional que en esencia ha sostenido que procede la declaración de nulidad cuando el trabajador aporta indicios suficientes para poder sospechar que el despido producido tiene su origen en el ejercicio de un derecho constitucional, y la empresa no destruye la conclusión que derivaría de aquellos indicios mediante la aportación de argumentos y pruebas demostrativos de que fue otra la razón determinante de aquella decisión (sentencias del Tribunal Constitucional 104/1987, de 17 de junio, 21/1992, de 14 de febrero, 7/1993, de 18 de enero, 14/93, de 18 de enero, o las más recientes 16/2006, de 19 de enero, 17/2007, de 12 de febrero y 125/2008, de 20 de octubre, entre otras)".

Por tanto, en estos supuestos, la justificación empresarial consiste en acreditar de forma clara la existencia de una causa determinante del despido que sea totalmente ajena al fin discriminatorio.

La empresa le imputa haber incurrido en una grave deslealtad, abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual, conductas tipificadas en los artículos 54.2.d) ET y 55 del convenio colectivo aplicable.

La buena fe contractual a la que se refiere el artículo 54.2.d) del ET es la que deriva de los deberes de conducta que imponen al trabajador los artículos 5.a) y 20.2 ET .

En un sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos (artículos 7.1 y 1.258 del Código Civil). El principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (STS 22-5- 1986).

Ahora bien, no toda transgresión de la buena fe contractual justifica el despido sino sólo aquella que por ser grave y culpable suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador (STS de 25-6-1990, entre otras).

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 2-4-1992 puntualiza que "las infracciones que tipifica el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, para erigirse en causa que justifiquen sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado art. 54.2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente".

En idéntico sentido se pronuncia la STS de 3-2-2005 (Rec. 5981/2004) que incide igualmente en el obligado examen individualizado de cada caso concreto, en el que han de ponderarse todos los elementos concurrentes tanto subjetivos como objetivos y las SSTS de 22-5-1986 y 20-3-1990, que recuerdan que no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica la sanción despido sino solo aquella que por su carácter grave y culpable supone una violación trascendente de un deber de conducta del trabajador, lo que determina la necesidad de graduar las conductas, en función de los principios de individualización y de proporcionalidad, debiendo estar, a las peculiaridades de cada caso y a la adecuada coherencia entre las conductas enjuiciadas, la sanción y las personas afectadas.

5.- En el presente supuesto, al no haber prosperado las revisiones fácticas solicitadas, lo único que consta probado es que el actor es el máximo responsable de la empresa en la zona norte. Suele reunirse con distintos partidos políticos y ha actuado como representante de la empresa ante organismos de mediación.

No tenía un horario concreto, por lo que eran frecuentes las reuniones a finales de la tarde o durante los fines de semana.

En relación a los hechos del día 18 de marzo, solo consta una fotografía que el actor subió a una red social, en la que no hay ningún logotipo u otro elemento identificativo de la empresa -hecho probado octavo-.

Por último, en el fundamento de derecho tercero, con indudable valor fáctico, se admite una ausencia de carácter puntual, en el marco en el que se desarrollaba la prestación de servicios del actor -dedicación prácticamente completa-.

Con tales datos, compartimos la tesis mantenida en la sentencia de instancia. Las conductas imputadas al actor no constituyen una transgresión de la buena fe contractual, ni suponen deslealtad, abuso de derecho, indisciplina o insubordinación.

No consta acreditado el uso de las dependencias empresariales para fines personales, en contra de las órdenes e instrucciones empresariales. Por el contrario, como se recoge en los hechos segundo y quinto, las reuniones del actor con partidos políticos eran habituales y además solían celebrarse en horario de tarde (última hora) y durante los fines de semana.

No existen datos que, de forma clara, permitan desvincular la actividad desarrollada por el actor, de las funciones propias y habituales de los cometidos de su cargo. Así lo ha entendido e interpretado el Magistrado de instancia y la parte recurrente no ha alegado prueba documental fehaciente que permita considerar la existencia de un error en la valoración de la prueba.

Tampoco es posible considerar la indisciplina, el abuso de derecho ni la deslealtad, pues no existe evidencia de órdenes empresariales que impidan el desarrollo de tales actividades. Por el contrario, ha resultado probado que las mismas forman parte de los cometidos propios y habituales de su puesto de trabajo.

Igualmente, coincidimos con la valoración que se efectúa de la puntual ausencia que se imputa al actor. Se ha probado la plena dedicación a la empresa y la inexistencia de un horario de trabajo concreto. Ello impide calificar como grave transgresión de la buena fe contractual, una puntual y aislada ausencia. Es evidente que este hecho no constituye una infracción que pueda ser sancionada con el despido.

Por tanto, ninguna de las circunstancias expuestas determina la existencia de una conducta prohibida o reprobable, ni tampoco un acto de competencia desleal, al que alude la recurrente citando la sentencia de esta Sala, de 16-4-2015 .

En relación a esta última alegación, baste indicar que las conductas desarrolladas por el actor no suponen la realización de trabajos de la misma naturaleza o rama de la producción, constante la relación laboral, sin el consentimiento del empresario (STS 26-1-1988). Tampoco la realización de una "actividad productiva en empresa distinta y que tiene el mismo objeto que la que padece la competencia, pues en una economía de mercado libre concurren y compiten todas las empresas que se dedican a un mismo objeto de un mismo ámbito " en la que haya concurrido una auténtica deslealtad "(...) para que signifique el quebranto de un deber básico del trabajador, art. 21.1, en relación con el art. 5.d) ET ambos", en los términos de la STS de 22-10-1990 (Rec. 495/1990).

En definitiva, a juicio de esta Sala, los hechos descritos no suponen ningún incumplimiento grave que pudiera ser incardinable en el art. 54.2.d) ET .

En este sentido, debemos partir de que la procedencia del despido exige que se haya acreditado de forma suficiente un incumplimiento contractual grave, imputable al trabajador. No cabe la mera sospecha o el recelo de que ha incurrido en un incumplimiento de sus deberes de lealtad, probidad y buena fe para considerar cumplida esta elemental existencia.

Del mismo modo, tampoco cabe que la pérdida de confianza en el marco de una relación de índole común se erija como causa legal de despido. Por tanto, la Sala debe valorar los hechos y no las actitudes o comportamientos extraños.

Las circunstancias expuestas permiten concluir que no es posible efectuar una presunción de culpabilidad como la que pretende la empresa. Las sospechas y las suposiciones extrañas no son suficientes para concluir que el actor incumplió los deberes de probidad, lealtad y buena fe.

La valoración jurídica de las circunstancias concurrentes conduce a rechazar la procedencia y también la posible improcedencia del despido, que se alegaba con carácter subsidiario.

La falta de acreditación de una conducta grave, totalmente ajena al móvil discriminatorio al que hemos aludido más arriba, determina, necesariamente, la confirmación de la declaración de nulidad del despido del actor.

La razón de ello es evidente, pues las causas alegadas en relación al despido del actor carecen de justificación objetiva y razonable. Por el contrario, como adecuadamente se valora en la sentencia de instancia, las mismas solo pueden explicarse en el contexto de la reclamación formulada por el trabajador frente a la empresa. Por ello, no producen el efecto de excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado e impiden estimar tanto la pretensión principal como la subsidiaria, ejercitadas en los motivos séptimo y octavo del recurso (motivos que en el escrito de recurso aparecen enumerados como tercero y cuarto del apartado "examen del derecho aplicado").

QUINTO.- Consecuencias jurídicas de la calificación del despido del actor.

3.- Por último, de nuevo con base en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción del artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores . Aduce que no es posible la readmisión del actor dado que su contrato temporal ha finalizado el 30-6-2015, por tanto, durante la sustanciación del proceso de despido.

Tampoco este motivo puede prosperar. Como ya apuntamos a lo largo de la resolución del motivo de revisión fáctica, la modalidad contractual que regula el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores -contrato temporal para obra o servicio determinado- exige que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa y además ha de constar debidamente identificada [SSTS 22-6-2004 (Rec. 4925/2003), entre otras muchas].

En los supuestos en los que el contrato se haya concertado válidamente, su duración irá ligada a la de la obra o servicio que constituya su objeto, pero la prueba de este extremo corresponde a la parte que lo alegue, de conformidad con las reglas generales de la carga de la prueba del art. 217 LEC [SSTS 19-7-2005 (Rec. 2677/2004), entre otras].

Por lo tanto, es el empresario el que deberá probar que llegó el "*dies ad quem*" del contrato, o lo que es igual, que la obra o servicio para la que fue contratado el trabajador llegó a su fin. Ello determina que en el presente caso no sea posible admitir la última argumentación del escrito de recurso, ya que la empleadora no ha justificado, en debida forma, la válida y natural extinción del contrato del actor en la fecha a la que alude, por lo que procede la íntegra desestimación del recurso formulado, con la consecuente confirmación de la sentencia de instancia.

SIXTO.- Costas.

La desestimación del recurso determina que se efectúe expresa condena en costas a la recurrente en la cuantía de 650 euros, en concepto de honorarios del letrado impugnante del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por **ADICAE** frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Santander, de fecha 20-7-2015 (Proc. nº 268/2015), confirmando la misma en su integridad.

Se imponen las costas procesales a la parte recurrente en la cuantía de 650 euros, en concepto de honorarios del letrado impugnante del recurso.

Se acuerda dar a los depósitos y consignaciones el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación.



El demandado recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de este Tribunal Superior al tiempo de la preparación del recurso, la consignación de un depósito de 600 Euros en la cuenta nº 3874/0000/37/0958/15, abierta en la entidad de crédito BANCO DE SANTANDER, Código identidad 0030, Código oficina 7001.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ