

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, Sentencia 756/2017 de 9 Mar. 2017, Rec. 1009/2016

Ponente: Díaz Alonso, María Elena.

Nº de Sentencia: 756/2017

Nº de Recurso: 1009/2016

Jurisdicción: SOCIAL

Despido de conductor de autobús que se apropiaba el importe de los billetes

DESPIDO DISCIPLINARIO. Conductor de autobús que no emitía los billetes de los viajeros y se apropiaba de su importe. Suficiencia de la carta de despido. Prueba testifical de detective privado. La ausencia de intervención del comité de empresa es una cuestión nueva que no se puso en la demanda. No se rebaja la sanción porque la conducta fue gravísima y además, continuada. Es intrascendente que el empleado tuviese cáncer de próstata o que estuviese inmerso en un proceso de divorcio.

El TSJ Andalucía desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Sevilla que declaró procedente el despido disciplinario.

Recurso nº 1009/2016 S Sentencia nº 756/2017

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a nueve de marzo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY , ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 756/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por D Carlos Miguel , contra la sentencia del Juzgado de lo Social 7 de Sevilla, en sus autos núm. 298/15, ha sido Ponente la Iltma. Sr^a. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Carlos Miguel contra Tussam, sobre Despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 4 de Noviembre de 2015 por el referido Juzgado, con desestimación de la demanda.

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

-I-

El actor, Carlos Miguel , ha venido prestando sus servicios por cuenta de Transportes Urbanos de Sevilla S.A.M. (TUSSAM), desde el 25 de septiembre al 23 de diciembre de 2003 y de nuevo desde el 6 de julio de 2004, con la categoría de conductor perceptor y con un salario de 80 € diarios.

-II-

Las funciones del actor consisten en conducir un autobús de pasajeros y cobrar su importe a los mismos.

Los pasajeros que abonan en metálico el viaje, cuyo importe es de 1,40 euros por trayecto, reciben del conductor un billete que sirve de comprobante y que se obtiene de una máquina expendedora en el que queda registrado. Si un pasajero no presenta dicho comprobante, puede ser multado.

Los conductores tienen la obligación de ingresar lo recaudado en unas máquinas que existen al efecto en las oficinas de la empresa. Pueden ingresar cualesquiera cantidades a lo largo del mes, siempre que al final del mismo coincida lo recaudado con lo ingresado, con la excepción de lo correspondiente a las cinco últimas recaudaciones, que el conductor puede conservar para cambio.

-III-

Cuando una máquina expendedora de billetes se avería, el conductor debe comunicar la incidencia a la empresa a través de la megafonía existente en el autobús y si en tal caso el conductor no hubiese entregado a algún usuario el correspondiente billete por tal causa, debe comunicarlo al inspector para que éste tome nota de ello.

-IV-

Teniendo la empresa sospechas de que el actor no emitía los billetes a los pasajeros, encargó a un detective privado que vigilase al actor durante varios días. Dicho detective apreció entre el 28 de octubre y el 5 de enero de 2015 lo que se expresa en los folios 133 a 158 de los autos, teniéndose aquí por reproducido su contenido. Durante cada uno de dichos días el detective subió y bajó del autobús en varias ocasiones, trasladándose de una parada a otra en moto conducida por un compañero. Entregó a la empresa su informe sobre los hechos observados el 8 de enero de 2015.

-V-

La empresa incoó al actor expediente disciplinario el 16 de enero de 2015, dando al actor cinco días para alegaciones. Evacuadas las mismas el 23 de enero, el actor fue despedido el 3 de febrero de 2015, conforme el contenido obrante a los folios 13 y 14 de los autos, el cual se tiene aquí por reproducido.

-VI-

En septiembre de 2014 se realizó al actor una biopsia de próstata.

-VII-

Interpuesta papeleta de conciliación el 9 de febrero, resultó sin avenencia el 27 de febrero, interponiendo demanda el 18 de marzo.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D. Carlos Miguel , que fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación lo interpone el actor, contra la sentencia de instancia que declaró procedente el despido disciplinario acordado por la empresa "Transportes Urbanos de Sevilla (TUSSAM)" el 3 de febrero de 2015, por apropiarse del importe de billetes que no entregaba a los pasajeros que los pagaban en metálico, incluso quedarse con el cambio de estos billetes.

En primer lugar denuncia la infracción de los artículos 90.3 y 94.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con el artículo 24 de la Constitución Española

, alegando que la empresa no había aportado la prueba solicitada en el escrito de fecha 11 de mayo de 2015, es decir, *"el soporte o medio utilizado para la redacción de la carta de fecha 16/01/15 de comunicación de tramitación"*

de expediente disciplinario y para la posterior carta de despido de fecha 2/02/15", aunque tras leer el recurso desconocemos que pretende con la alegación de esta infracción, ya que no solicita la nulidad de la sentencia, ni la nulidad de actuaciones para que se celebre un nuevo juicio, ni especifica en qué medida la falta de aportación de esta prueba, le causa indefensión .

Como declara el Tribunal Constitucional en sus sentencias nº 131/1995, de 11 de septiembre y 1/1996, de 15 de enero , *"El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa, que el artículo 24.2 Constitución Española , reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso."*

El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, no protege frente a eventuales irregularidades u omisiones procesales en materia de prueba, sino frente a la efectiva y real indefensión que pueda sufrirse con ocasión de esas irregularidades u omisiones relativas a la propuesta, admisión y, práctica de las pruebas solicitadas, y en el presente procedimiento, ni siquiera consta que la prueba requerida no fuera aportada, ya que la Diligencia de Ordenación de fecha 21 de octubre de 2.015 tenía por cumplido el requerimiento y aportada la prueba solicitada por el actor, diligencia que fue confirmada por el Magistrado en el acto del juicio, pero además no se indica en qué consiste la indefensión, ni en qué medida la prueba puede justificar una modificación del sentido del fallo, lo que nos conduce a la desestimación de este motivo de recurso.

SEGUNDO.- En el siguiente motivo nuevamente trata de fundamentar una petición de improcedencia del despido por insuficiencia de la carta entregada que vulneraría el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores , motivo de recurso que no puede prosperar, ya que no sólo se le entregó una carta de despido, sino que se incoo un expediente disciplinario en el que el actor tuvo un exacto conocimiento de los hechos que se le imputaban.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que la finalidad de la carta de despido, o de la comunicación de extinción de la relación laboral, es que la misma proporcione al trabajador un conocimiento suficiente y fehaciente de las causas que justifican la decisión extintiva empresarial, indicando los hechos que la motivan, de forma que el actor puede articular una defensa eficaz frente a la causa alegada por la empresa en caso de ser esta improcedente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2.013 (RJ 2013\4140), citando las del Pleno de la Sala de 28 de abril de 1997 (RJ 1997, 3584), reiterada por otras muchas posteriores -entre ellas, las de 18 de enero de 2000 (RJ 2000, 1059) y 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7795), declara que la exigencia del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores : *"ha sido reiteradamente interpretada por la Sala en el sentido que sintetiza la sentencia de 3 octubre 1988 (RJ 1988, 7507), a tenor de la cual «aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos -los incumplimientos que motivan el despido-, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa"; finalidad que no se cumple "cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturbangraramente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador»..".*

En el este caso el actor tuvo perfecto conocimiento que se le imputaba el hecho de no haber entregado billetes de viaje apropiándose de su importe, alegando en caso de queja que la máquina expendedora estaba estropeada, y de apropiarse del cambio en relación con los viajeros que los abonaban en metálico, además de especificar los preceptos que regulan la sanción impuesta en el Estatuto de los Trabajadores y en el convenio colectivo, por lo que la redacción de la carta en forma alguna le causa indefensión, no siendo necesaria la identificación de los usuarios afectados, ya que no se le imputan acciones aisladas que deban acreditarse, sino una falta continuada, por lo que la carta cumple todas las exigencias necesarias para su validez.

TERCERO.- En relación con las formalidades para acordar el despido del actor, aunque en el cuarto motivo de recurso, se denuncia la infracción de los artículos 76 y 78 del convenio colectivo de la empresa de "Transportes Urbanos de Sevilla (TUSSAM)", normas que establecen que *"Las sanciones serán acordadas por la dirección. En todo*

caso, serán informados el comité de empresa y delegado sindical, en su caso" (artículo 76) y que "Para todas las faltas, ya sean leves, graves o muy graves y para todos los trabajadores, tengan o no garantías sindicales, la tramitación será la misma: instrucción de expediente contradictorio, en el que será oído, aparte del interesado, el comité de empresa y Delegado Sindical, en su caso.", pretendiendo que se declare que no se ha acreditado la intervención del Comité de Empresa en la tramitación del expediente contradictorio, motivo de recurso sobre el que no podemos pronunciarnos por ser una cuestión nueva que no fue alegada en la demanda, reconociendo además en el acto del juicio que se había cumplido este trámite, aunque se desconocía por la Procuradora la opinión del Comité de Empresa, dato del que debería haberse informado antes del juicio.

Como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 4 octubre 2007 (RJ 2008\608) "1.- La muy consolidada doctrina jurisprudencial que sienta el criterio de que en todo recurso no pueden plantearse válidamente cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas tienen que ser necesariamente rechazadas en ese recurso, tiene su base, fundamento y justificación en el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso judicial español...en virtud de tal principio, el Juez y Tribunal sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, **esta regla se ha de aplicar desde los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas y delimitadas, sin posibilidad de modificarlas sustancialmente ni de añadir ninguna otra cuestión distinta** .Por tanto, fuera de esos momentos iniciales en donde ha de quedar delimitado el objeto del proceso , ... **lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por vez primera en vía de recurso.**"

En el mismo sentido declara el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de septiembre de 2.001 (RJ 2002/322), que cita las de 24 de enero de 1.994 , 27 de mayo de 1.996 , 20 de noviembre de 1.996 y 15 de enero de 1.997 , declara que: "las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Amén de que si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo... **. En definitiva, no pueden ser examinadas en suplicación todas aquellas cuestiones que, ínsitas en el poder de disposición de las partes, no fueron propuestas por éstas en la instancia** .".

Por lo que **no alegándose en la demanda más defectos formales que la insuficiencia de la carta de despido, no puede ahora justificar la declaración de improcedencia del despido en la falta de intervención del Comité de Empresa en el expediente disciplinario, ya que nunca procedería la nulidad como se solicita en el recurso, por impedirlo el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores que sólo admite la nulidad de los despidos por vulneración de los derechos fundamentales o por violación de los derechos vinculados a la maternidad o paternidad**, lo que nos conduce a la desestimación de este motivo de recurso.

CUARTO.- Tampoco podemos apreciar que exista vulneración del artículo 52 del Reglamento para la prestación de servicio de "Transportes Urbanos de Sevilla (TUSSAM)", norma que establece que "Los inspectores y conductores en acto de servicio tendrán lo obligación de la hacer cumplir a los viajeros las normas y disposiciones vigentes..." , norma que evidentemente se refiere a infracciones cometidas por los viajeros, y no por el conductor, ni del artículo 73 del convenio colectivo, norma que establece que: "A los efectos de apreciar y clasificar las faltas, habrán de especificarse en las denuncias que se formulen todas aquellas circunstancias de interés al respecto. En general, no se podrá formular por los trabajadores de la Empresa denuncia alguna sobre hechos que no hubieran presenciado, salvo los que se les denuncien previa identificación del denunciante, haciendo constar en el parte los datos de aquél.", ya que no consta denuncia alguna, por parte de otros conductores a la empresa lo que sería imposible, ya que en los autobuses sólo viaja un conductor, y si denunciara un inspector no necesitaría la empresa de un detective privado, pero además la identificación se refiere a los usuarios que denuncien a un trabajador de la empresa, no a los trabajadores de la misma, por lo que debemos desestimar este motivo de recurso.

QUINTO.- En el tercer motivo de recurso se limita a criticar la valoración de la prueba testifical del detective realizada por el Magistrado, sin citar precepto procesal alguno como infringido, motivo suficiente para desestimarle el

recurso.

Pero además como hemos declarado reiteradamente el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara la valoración de la prueba conforme a las pretensiones ejercitadas por la recurrente, sino el derecho de los litigantes a *"una valoración de la prueba que no sea manifiestamente irrazonable o totalmente infundada, absurda o notoriamente errónea"* (sentencias del Tribunal Constitucional nº 484/1984 de 26 de julio y 301/1996 de 25 de octubre).

El Magistrado de instancia tras valorar la prueba testifical del detective privado aportada por la empresa "Transportes Urbanos de Sevilla (TUSSAM)", llega a la conclusión de que *el actor se ha apropiado del importe metálico de algunos billetes, bien porque no entregó el billete original, que se dió después a otro viajero, bien apropiándose del cambio, motivo suficiente para justificar su despido disciplinario.*

No son admisibles las alegaciones contenidas en el recurso en defensa de su cliente, de que el detective debería haber grabado los hechos, eso demuestra o que la Procuradora o no viaja en autobús o que cree que los Magistrados de esta Sala desconocemos estos servicios públicos, ya que hubiera sido muy llamativo que un usuario estuviera grabando a los pasajeros no una vez, sino varias veces desde el 28 de octubre de 2.014 al 5 de enero de 2.015, lo que sin duda hubiera puesto en guardia al conductor infractor del que la empresa quería comprobar su conducta.

Por otra parte la mayoría de los usuarios de autobús utilizan el bonobus, abonando sólo en metálico el billete extranjeros y turistas que desconocen la forma y el importe del billete, o personas que sólo muy ocasionalmente utilizan este transporte público, por lo que es muy fácil engañarlas en el precio y en la entrega del billete, resultando poco menos que estrambótico que el conductor no te entregue el billete en el momento de la compra y te lo de después dejando el asiento del conductor, al ser usual que los pasajeros se dirijan a la zona posterior del vehículo para facilitar el acceso a otros pasajeros.

Igualmente si la máquina expendedora sufriera una avería debería haber sido apreciado por el conductor que le cambia el turno, por lo que su defensa, carece de todo fundamento, lo que nos lleva a desestimar este motivo de recurso.

SEXTO.- Por último, denuncia la infracción del artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores y 72 del convenio colectivo, pretendiendo la aplicación de la doctrina gradualista, al establecer este artículo que: *"Las faltas se clasificarán, de menor a mayor, en leves, graves y muy graves, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso y, en definitiva, valorando cuantos elementos se consideren de interés respecto a los efectos que pudieran derivarse del hecho punible."*

La Sala no puede acceder a una reducción de su responsabilidad, pues aunque la sanción de despido disciplinario debe ser aplicada restrictivamente, al ser la sanción máxima que nuestro ordenamiento laboral prevé frente a incumplimientos del trabajador graves y culpables, conforme al principio básico del Derecho del Trabajo que favorece la continuidad de la relación laboral, y que para la imposición de esta sanción debe analizarse las circunstancias concurrentes en el momento de producirse los hechos imputados a través de un análisis individualizado la gravedad y la culpabilidad de la conducta, buscando la necesaria proporcionalidad entre hecho, persona y sanción, ponderando factores como: la índole del trabajo realizado, los efectos derivados de la falta, los antecedentes respecto a conductas similares, la antigüedad del trabajador en la empresa, el perjuicio económico sufrido por la misma o la existencia o no de otras sanciones por el mismo hecho, de tal forma que sólo cuando se trate de comportamientos notoria gravedad sea procedente la imposición de la sanción máxima que el despido supone, ello no implica que la Sala puede rebajar la sanción impuesta al trabajador cuando se ha acreditado la gravedad de la conducta imputada.

Consta acreditado que el recurrente de forma habitual se apropiaba o bien del importe de billetes que no expedía, o bien del cambio, prevaliéndose de su posición, al ser el único representante de la empresa dentro del autobús, y en relación con viajeros que no utilizan el servicio habitualmente, ocasionando un enriquecimiento personal injusto y un grave desprestigio para la empresa y el resto de conductores que cumplen sus funciones con normalidad y honestidad, por ello es legítima la sanción de despido que fue impuesta por la empresa, sin que podamos valorar la existencia de un cáncer de próstata o un cuadro depresivo, que no figura diagnosticado, o de un proceso de divorcio, que ni constan en los hechos probados, ni se han tratado de introducir por vía de la revisión fáctica de la sentencia, lo que nos conduce a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto y a la confirmación de la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Carlos Miguel contra la sentencia dictada el día 4 de Noviembre de 2.015, en el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla , en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta en impugnación de despido a instancias de D. Carlos Miguel contra la empresa "TRANSPORTES URBANOS DE SEVILLA (TUSSAM)" y confirmamos la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser **preparado por cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal** dentro de los **DIEZ DÍAS** hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante **escrito** dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas **copias** como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá **designarse un domicilio** en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 Ley reguladora de la Jurisdicción Social .

En tal escrito de preparación del recurso **deberá constar:** a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos";

b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción";

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme la sentencia por el transcurso del plazo sin interponerse el recurso, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- En Sevilla a 9 de marzo de 2017