



Roj: **STS 848/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:848**

Id Cendoj: **28079140012020100149**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2020**

Nº de Recurso: **3943/2017**

Nº de Resolución: **155/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3943/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 155/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 19 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Laureano , representado y asistido por el letrado D. JOSÉ AMADOR BERDUN CARRIÓN, contra sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, de 13 de julio de 2017, recaída en su recurso de suplicación nº 325/17, que resolvió el recurso interpuesto por la empresa GESTINOVA 99 SL contra sentencia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Granada de 27 de octubre de 2016, recaída en sus autos nº 2311/2016, seguidos a instancia de D. Laureano contra la empresa GESTINOVA 99, SL, en proceso por despido y reclamación de cantidad.

Ha comparecido como parte recurrida GESTINOVA 99, SL, representada y asistida por el letrado D. EDUARDO DÍAZ ABELLAN.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El 27 de octubre de 2016 el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada dictó sentencia en sus autos 2311/2016, en cuyos hechos probados consta lo siguiente:

"PRIMERO. - D. Laureano con DNI NUM000 , presta sus servicios desde el día 1-12-2004 para la empresa GESTINOVA 99 S.L., mediante contrato a tiempo completo indefinido con la categoría de titulado grado superior y salario día de 77,85 euros incluyendo prorata de pagas extraordinarias. Es de aplicación el convenio estatal de gestorías administrativas.



SEGUNDO. - Desde el 15 de diciembre se da al trabajador permiso retribuido y en fecha 18 de diciembre de 2015 el trabajador acude a la sede de la empresa en Madrid, y en ese momento se le comunica su despido disciplinario. El demandante no recoge la comunicación escrita y la empresa remite el mismo día burofax que no es recogido. Finalmente, se le remite nuevo burofax que es recibido el día 15 de enero en el que se le comunica el cese con fecha de efectos de 18 de diciembre (folios 73 a 78 que se dan por reproducidos).

TERCERO. - En fecha 13 de enero de 2016 el trabajador formula demanda de conciliación solicitando la extinción de la relación laboral por acoso, que se celebró ante el CEMAC con el resultado de "intentado sin efecto" el día 27-01-2016, interponiendo posteriormente demanda con fecha 28-01-2016. D. Laureano promovió conciliación en fecha 19-01-2016 por despido que se celebró ante el CEMAC con el resultado de "intentado sin efecto" el día 1-02-2016, interponiendo posteriormente demanda con fecha 1-02-2016.

CUARTO. - El demandante aparece como colegiado ejerciente en el Colegio de Abogados de Granada desde el 24-06-2009. El número de teléfono de empresa es el NUM001. En el turno de oficio en diciembre de 2014 aparecía con el teléfono NUM002.

QUINTO. - D. Laureano está inscrito en el turno de oficio del Colegio de Abogados, y se le han asignado 11 actuaciones en la jurisdicción civil y penal. En fecha 1 de abril de 2015 intervino en las Diligencias Urgentes 73/15 del Juzgado mixto nº 5 de Motril, en las Diligencias Urgentes 14/15 del Juzgado mixto nº 3 de Motril, Diligencias Previas 92/15 del Juzgado mixto nº 3 de Motril. En fecha 21-09-2015 es sustituido en las Diligencias Urgentes 60/15 del Juzgado mixto nº 2 de Loja. También fue sustituido en el Procedimiento Abreviado 353/15 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Granada y en el 241/15 del Juzgado de lo Penal nº 3. En el PA 25/15 del Juzgado de Instrucción nº 8 de Granada presentó escrito de renuncia a la asistencia letrada al no reconocerse el beneficio de justicia gratuita al investigado. En los autos 1626/15 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Granada presentó demanda de divorcio de mutuo acuerdo. También consta escrito de impugnación de costas en los autos de Ejecución de títulos judiciales 538/11 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granada. Constan designaciones de oficio para Instrucción nº 4 DP 1074/13 (octubre de 2014), Instrucción nº 8 DP 1476/15 nº 1476/15 (febrero de 2015), Instancia nº 5 Ordinario 484/14 (diciembre de 2014), Instrucción nº 2 PA 26/15 (marzo de 2015)

SEXTO. - El demandante estuvo matriculado en el curso 2013-2014 como alumno en el Máster en asesoría jurídica de empresas en el cual se impartían clases martes, miércoles y viernes por la tarde.

SÉPTIMO. - Por parte de una detective contratada por la empresa a principios de noviembre de 2015 se contactó con el demandante simulando pedir una consulta profesional. El trabajador ofreció reunirse con la detective viernes por la tarde que no tenía trabajo o sábado por la mañana, pero tras varias llamadas de teléfono e insistir la detective concertaron una cita en el despacho profesional de otra letrada el lunes 30 de noviembre a las 18 horas.

OCTAVO. - En fecha 16 de julio de 2015 se comunicó una reestructuración de la Delegación de Granada en la que desaparecía la figura de responsable de la Delegación. Desde septiembre de 2015 se instaló un programa de registro de entradas y salidas de la oficina. Consta correo de abril de 2015 con los incumplimientos detectados en las distintas delegaciones (folio 658), y de mayo (folio 225).

NOVENO. - El demandante dejó de percibir la cantidad de 1401,30 euros por salario de mes de diciembre (18 días), 1634,85 por vacaciones no disfrutadas y 172,60 euros por kilometraje.

DÉCIMO. - El demandante no ostenta la condición de delegado de personal, delegado sindical o miembro del comité de empresa, ni la ha ostentado en el último año.

En dicha sentencia aparece como parte dispositiva lo siguiente:

<<Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Laureano contra GESTINOVA 99 S.L., se declara la improcedencia del despido realizado por la demandada, y se condena a la empresa a que dentro del plazo de 5 días a contar desde la notificación de la presente Sentencia, opte entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o le abonen en concepto de indemnización la suma de 35.460,68 euros (entendiéndose que en el supuesto de no optar expresamente el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera), y los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el día de la notificación de la sentencia al empresario, en caso de opción por la readmisión.

Se condena a la empresa al pago de la suma de 3208,75 euros, más los intereses por mora según lo expuesto en la presente resolución>>.

En fecha 9 de enero de 2016 se dictó Auto cuya parte dispositiva acuerda lo siguiente:



<<Se acuerda realizar el complemento interesado en la sentencia de 27-10-2016, añadiendo "se condena a la empresa al pago de las costas causadas, incluyendo el abono de los honorarios del letrado de la parte actora hasta el límite de 600 euros">>.

SEGUNDO. - 1. - La empresa condenada interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Granada, quien dictó sentencia el 13 de julio de 2017, en su recurso de suplicación nº 325/17, en cuya parte dispositiva dijo lo siguiente:

<<Que desestimando la nulidad de actuaciones primeramente interesada por la empresa demandada, GESTINOVA 99 SL y entrando a conocer del fondo del recurso interpuesto por aquella contra la sentencia de fecha 27 de Octubre de 2016 del Juzgado de lo Social Num. 1 de los de Granada, en proceso por despido y reclamación de cantidad seguido a instancias de Don D. Laureano contra dicha SRL debemos, confirmando el pronunciamiento sobre la reclamación de cantidad que se conforma por la demandada, revocar aquella sentencia en el sentido de declarar el cese del trabajador demandante como despido procedente absolviendo, por ende, de la pretensión de despido deducida por el trabajador a la empresa demandada.

Devuélvase a la empresa el depósito y demás sumas consignadas para recurrir, excepción hecha de aquella que corresponde a la reclamación de cantidad que es objeto de condena, sin imponer costas>>.

2. - La sentencia recurrida estimó el tercer motivo de suplicación, interpuesto por la empresa recurrente, por lo que modificó el contenido del quinto hecho probado por la redacción siguiente:

<<De conformidad con el certificado del Colegio de Abogados relativo a la actividad del actor en el Turno de Oficio que obra en folio 677 en el año 2014/2015 se desprende que el Sr. Cesareo figura como Director Jurídico de 24 asuntos judiciales ante los procesos y juzgados que vienen desglosados en el mentado certificado de fecha 7 de septiembre de 2016. Asimismo, según la prueba obrante en el documento nº 8 de la demandada aparece que se le han asignado al actor en el T.O 11 actuaciones profesionales que se correspondiente con las siguientes:

- 1.ASUNTO DU/73/15: VIOLENCIA DOMESTICA JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 5 DE MOTRIL 1 de Abril de 2015
- 2.ASUNTO DU/14/15: SEGURIDAD TRÁFICO. JUZGADODE INSTRUCCIÓN Nº 3 DE MOTRIL 1de Abril de 2015
- 3.ASUNTO DP/92/15: DEFRAUDACIÓN DE FLUIDO ELECTRICO. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 3 DE MOTRIL. 1 de Abril de 2015
- 4.ASUNTO DU/60/15: QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 DE LOJA. 21 de Septiembre de 2015
- 5.ASUNTO D.P.10747/13: LESIONES. JUZGADO DE INSTRUCDCIÓN Nº 4 DE GRANADA. 18 de Octubre de 2014.
6. ASUNTO D.P. 1476/15: IMPAGO DE PENSIONES. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 8 DE GRANADA.24 de Febrero de 2015
- 7.ASUNTO JUICIO ORDINARIO 484/14: PERSONACIÓN Y DEFENSA. JUZGADODE 1ª INSTANCIA Nº5 DE GRANADA. 17 de Diciembre de 2014
8. ASUNTO MEDIDAS PATERNO-FILIALES HIJO NO MATRIM. SOJ FAMILIA. 18 de Diciembre de 2014.
9. ASUNTO P ABREVIADO 26/2015. QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. 13 de Marzo de 2015
- 10.ASUNTO EJECUCIÓN DE TITULOS JUDICIALES 538/2011. PERSONACIÓN Y DEFENSA. JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 4 DE GRANADA.17 de Abril de 2015.
- 11.COMUNICACIÓN COLEGIO DE ABOGADOSDE GRANADA de 4 de Noviembre de 2015. Ref. 584894/06049. ASUNTO: DIVORCIO

Al margen de las actuaciones en el T.O, el actor ha desarrollado actuaciones profesionales en otros tres asuntos: (i) Monitorio 865/10, escrito presentado ante el Juzgado de 1ª instancia nº 4 de Granada, (ii) Escrito de contestación a la demanda en el asunto 399/15 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Granada y (iii) Ejecución de títulos judiciales del asunto 538/2011 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Granada. En fecha 1 de abril de 2015 intervino en las Diligencias Urgentes 73/15 del Juzgado mixto nº 5 de Motril, en las Diligencias Urgentes 14/15 del Juzgado mixto nº 3 de Motril, Diligencias Previas 92/15 del Juzgado mixto nº 3 de Motril. En fecha 21-09-2015 es sustituido en las Diligencias Urgentes 60/15 del Juzgado mixto nº 2 de Loja. También fue sustituido en el Procedimiento Abreviado 352/15 del del Juzgado de lo Penal nº 4 de Granada y en el 241/15 del Juzgado de lo Penal nº 3. En el PA 25/15 del Juzgado de Instrucción nº 8 de Granada presentó escrito de renuncia a la asistencia letrada al no reconocerse el beneficio de justicia gratuita al investigado. En los Autos



1626/15 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Granada presentó demanda de divorcio de mutuo acuerdo. También consta escrito de impugnación de costas en los autos de Ejecución de títulos judiciales 538/11 del Juzgado del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granada. Constan designaciones de oficio para Instrucción nº 4 DP 1074/13 (octubre de 2014), Instrucción nº 8 DP 1476/15 nº 1476/15 (febrero de 2015), Instancia nº 5 Ordinario 484/14 (diciembre de 2014), Instrucción nº 2 PA 26/15 (marzo de 2015).

Las actuaciones profesionales del actor en el año 2015 se han llevado a cabo de días laborales sin que hubiera disfrutado de vacaciones o permisos por parte del empresario para tal fin>>.

3. - La sentencia recurrida admitió también la modificación del hecho probado séptimo, cuya redacción quedó del modo siguiente:

<<La empresa encargó en el mes de noviembre de 2015 a la Sra. Manuela una investigación del actor con ocasión de las sospechas que el empresario tenía sobre la actividad del Sr. Laureano ajena a la de Gestinova durante su jornada laboral. Para tal investigación, según se desprende del informe se procedió a llamar al móvil de titularidad de Gestinova, en primer lugar, y después al NUM002, titularidad del actor, para intentar concertar una cita profesional para un asunto legal. Estos intentos telefónicos se producen los días 23, 24 y 28 de noviembre y finalmente el actor por medio de otra llamada el día 30 de noviembre a las 12.56 am a la Sra. Manuela concierta una cita en el despacho profesional de una compañera del actor ese mismo lunes día 30 de noviembre a las 18 horas dentro de su horario laboral en Gestinova que finaliza a las 19.30 pm. La entrevista versa sobre consulta profesional de índole legal y su duración es de 18.15 pm a 19.50 pm y se despide el actor diciendo "no dude lo que hemos hablado, cualquier cosa y cualquier tema, no solamente de divorcio, lo que necesite ud, el mejor pago que me pueden dar es contratar mis servicios>>.

4. - La sentencia recurrida introdujo, además, un nuevo hecho probado, cuya redacción es la siguiente:

<<El actor ha sido sancionado en tres ocasiones con carácter previo al despido por incumplimientos detallados en el artículo 36 del Convenio Colectivo de Gestorías en las fechas 26 de mayo, 7 de julio y 11 de noviembre de 2015. En las dos primeras sanciones no ha procedido a su impugnación si bien la última con sanción de suspensión y empleo por 7 días fue objeto de demanda judicial con el resultado que obra en los autos 1086/15 del Juzgado Social nº 4 confirmando la procedencia de la sanción impuesta>>.

TERCERO. - Por la representación del señor Laureano se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina. - Propuso, a estos efectos, dos motivos de casación. - En el primero denuncia la vulneración por la sentencia recurrida del art. 287 LEC, en relación con lo dispuesto en los arts. 90 y 75.4 LRJS, puesto que admitió la validez del informe de detectives, que el Juzgado de instancia consideró prueba ilícita, para lo cual identificó como sentencia de contraste la dictada por esta Sala el 20 de junio 2017, recud. 1654/2015 y 15 de octubre de 2014, recud. 1654/2013.

Denuncia, en el segundo motivo de casación, la infracción del art. 193, c LRJS, puesto que la sentencia recurrida modificó el hecho probado séptimo de la sentencia de instancia, con base al informe de detectives mencionado, cuya naturaleza jurídica se corresponde con una prueba testifical.

CUARTO. - El 22 de marzo de 2018 se dictó providencia, mediante la que se admitió el recurso de casación para la unificación de doctrina, formalizado por el señor Laureano. - El 2 de abril de 2018 se dictó diligencia de ordenación, en la que se concedió a la parte recurrida un plazo de quince días para la impugnación del recurso, lo que se efectuó en el plazo concedido. - El 18 de mayo de 2018, mediante diligencia de ordenación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien emitió su informe, en el que estima procedente el recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO. - El 28 de diciembre de 2019 se dictó providencia, mediante la que se acordó nombrar ponente al Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín por necesidades del servicio y se señaló para votación y fallo el 11 de febrero de 2020, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1.- Por razones sistemáticas, la Sala va a conocer, en primer lugar, sobre el segundo motivo de casación, cuyo objetivo consiste en determinar si informe escrito de detectives privados es o no es prueba documental, que permita fundamentar la revisión fáctica en suplicación.

La sentencia recurrida, como adelantamos más arriba, accedió a la modificación del hecho probado séptimo con base al documento nº 9 de la empresa, que contiene el informe escrito de la detective privada, al que se reconoce valor de prueba documental.

El recurrente aporta como sentencia de contraste la sentencia de esta Sala de 15-10-2014, rec. 1654/2013.



La empresa GESTINOVA se opuso a la admisión del segundo motivo de casación, porque no concurre el requisito de contradicción. - El Ministerio Fiscal informó a favor de la admisión del segundo motivo de casación.

2. - La sentencia de suplicación ha dado valor documental al informe escrito de la detective privada y ha modificado el hecho probado séptimo de la sentencia de instancia con base a dicho informe. - Las afirmaciones, contenidas en el informe, sirven a su vez a la Sala para concluir que todas las actividades listadas en los hechos probados quinto y sexto se realizaron dentro de la jornada de trabajo.

3. - En la referencial, son hechos relevantes, al efecto que nos ocupa, los siguientes:

a. - La trabajadora demandante, afiliada al sindicato CC.OO. y representante legal de los trabajadores en la empresa, acudió al curso de formación sindical de la CONC impartido la mañana del 20/01/2012, pero no a la sesión formativa fijada para la mañana del día 27/01/2012 que no llegó a celebrarse por haber sido previamente suspendida, a pesar de lo cual presentó a la empresa certificado de haber acudido a ambas, de 9 a 14 horas.

b. - La empresa la despide por dicha causa.

c. - Impugnado el despido, obtiene sentencia favorable en la instancia, en la que no se dio valor al informe de detectives.

d. - Recurrída en suplicación, se estima la demanda y se modifica el hecho probado undécimo, con base únicamente en el informe escrito del detective privado.

La sentencia de contraste niega absolutamente la adecuación de esa modificación de los hechos probados, y señala como doctrina reiterada y pacífica de la Sala que, <<... los documentos que reflejan manifestaciones de terceros, entre ellos, los informes de detectives privados, no es dable configurarlos como prueba documental a los efectos de fundamentar la revisión fáctica en suplicación (art. 193.c LRJS), -- ni tampoco el error de hecho en casación ordinaria (art. 207.d LRJS) --, al no tratarse de un auténtico documento sino de meras manifestaciones testimoniales formuladas por escrito que por ello no pierden su verdadero carácter de prueba testifical o de una denominada prueba testifical impropia, que solo habría adquirido todo su valor procesal como tal prueba testifical de haber sido ratificada en juicio por sus firmantes, cuya valoración queda a la libre apreciación del juzgador de instancia, como se deduce, además, palmariamente de la redacción literal de los preceptos procesales reguladores; y ello, aunque la prueba testifical en algunos supuestos pueda ofrecer " un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte " encuentra fundamento para las modificaciones propuestas>>.

4. - Concorre, a nuestro juicio, la contradicción, exigida por el art. 219.1 LRJS, entre las sentencias comparadas, como resalta el informe del Ministerio Fiscal, puesto que en ambos litigios se trata de procedimientos de despido, promovidos por los trabajadores, a quienes se imputan determinadas conductas ilícitas, que se intentan acreditar mediante informes de detectives. - En la sentencia recurrida se modifica un hecho probado con base al informe escrito de detectives, al que se considera prueba documental eficiente para modificar el hecho probado, mientras que en la de contraste se niega absolutamente dicha posibilidad.

SEGUNDO. - 1. - El señor Laureano denuncia en el segundo motivo de casación, sin citar el apartado concreto del art. 207 LRJS en que se basa, que la sentencia recurrida ha infringido el art. 193.b) LRJS, por cuanto el informe de detectives es una prueba testifical, que ya fue valorada por el juez de instancia, por lo que no procede que el órgano ad quien revise la misma.

GESTINOVA se opuso a la admisión del segundo motivo de casación, por cuanto el mismo no cita en que apartado del art. 207 LRJS se apoya, ni cumple adecuadamente los requisitos, exigidos por el art. 224 LRJS, puesto que no motiva de ningún modo el recurso interpuesto.

La jurisprudencia, por todas STS 31 de marzo 2016, rec. 272/2015, ha venido avalando una proyección anti formalista de la tutela judicial y ha defendido lo siguiente:

<<Una vez reconocida legalmente la procedencia de un recurso, el acceso al mismo (en los términos y con los requisitos establecidos) se incorpora al derecho de tutela judicial efectiva, integrándose en él, con la posibilidad, por tanto, de que se aprecie su desconocimiento o violación cuando se impida dicho acceso por causas no razonables o arbitrarias, o bien por una interpretación o aplicación rigorista, literal, no concorde con los fines de la norma legal que autorice el recurso. Entre otras muchísimas, pueden verse en tal sentido las SSTC 3/1983, 113/1988, 4/1995 y 135/1998.

No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente



para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999.

Dicho de otro modo: los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y "en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado" (SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre)>>.

Aplicando los criterios expuestos al supuesto debatido, la Sala considera que el segundo motivo de casación cumple esencialmente las exigencias del art. 224 LRJS, puesto que identifica con claridad las normas que considera infringidas, concretamente el art. 193, b) LRJS, que permite únicamente modificar en suplicación los hechos probados con base a pruebas documentales o periciales, sin que quepa admitir ningún tipo de indefensión a la empresa recurrida, puesto que el recurso deja perfectamente claro que el informe de detectives es una prueba testifical, que no es útil para la modificación de los hechos declarados probados, siendo esta la razón por la que lo considera infringido.

2. - La doctrina correcta es la de la sentencia referencial, puesto que la jurisprudencia de modo reiterado y pacífico, por todas STS 24-02-1992, ha venido manteniendo que la naturaleza jurídica de los informes de detectives, aunque se presenten por escrito, corresponde propiamente a una prueba testifical, que carece de utilidad para la modificación de los hechos probados en suplicación.

En efecto, es doctrina de esta Sala, que en este caso hemos de asumir y reiterar, que los escritos en que se reflejan manifestaciones de terceros no pueden ser considerados, en principio, como prueba documental a los efectos de fundamentar la revisión fáctica en suplicación a que se refiere el art. 193 c) LRJS, "... ni tampoco el error de hecho en casación ordinaria (art. 207.d LRJS) --, al no tratarse de un auténtico documento sino de meras manifestaciones testimoniales formuladas por escrito que por ello no pierden su verdadero carácter de prueba testifical o de una denominada prueba testifical impropia, que solo habría adquirido todo su valor procesal como tal prueba testifical de haber sido ratificada en juicio por sus firmantes, cuya valoración queda a la libre apreciación del juzgador de instancia, como se deduce, además, palmariamente de la redacción literal de los preceptos procesales reguladores..." (STS citada de 15/10/2014 (rcud. 1654/2013).

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado, como resalta la STS 15-10-2014, rec. 1654/13, comporta, como necesaria consecuencia, la supresión del hecho probado 7º de la sentencia recurrida de la adición fáctica efectuada por la Sala de suplicación, fundada exclusivamente en el informe escrito de detectives, que configuró de forma jurídicamente inadecuada como si de prueba documental se tratara.

Consiguientemente, acreditado que la sentencia recurrida modificó el hecho probado séptimo de la sentencia de instancia con apoyo al informe escrito de la detective privada, aportado como documento nº 9 de la demandada, utilizado, a la postre, como herramienta decisiva para afirmar que las actividades profesionales del demandante, listadas en los hechos probados sexto y séptimo, vulneró lo dispuesto en el art. 193.b) LRJS, así como la jurisprudencia, por lo que estimamos el segundo motivo de casación unificadora, en concordancia con el informe del Ministerio Fiscal.

TERCERO. - 1. - La parte recurrente denuncia, en su primer motivo de casación, que la sentencia recurrida, al admitir como prueba lícita el informe de detectives, considerado como prueba ilícita por la sentencia de instancia, infringió los arts. 287 LEC, en relación con los arts. 90 y 75.4 LRJS.

2. - La cuestión sobre la que versa el presente recurso de casación unificadora es la de determinar si constituye prueba ilícita, a la que no puede atribuírsele valor jurídico alguno, la actuación de un detective privado, que provocó simuladamente a un trabajador para la realización de actividades que le estaban vedadas a iniciativa de la empresa.

La sentencia del Juzgado de lo Social concluye que la actuación del trabajador no es sancionable, por cuanto fue provocada por la propia detective, quien, pese a la resistencia del demandante para mantener la entrevista durante su jornada de trabajo, insistió reiteradamente hasta que consiguió que la consulta profesional se realizara dentro la jornada de trabajo.

La sentencia recurrida mantuvo, por el contrario, que dicha prueba fue lícita, por cuanto se limitó a constatar que el demandante realizaba actividades profesionales como abogado durante su jornada de trabajo.

Contra dicha sentencia se formula por el trabajador recurso de casación para la unificación de doctrina, en la que se aporta como sentencia de contraste la STS 20 de junio de 2017, Rcu. 1654/2015.

El Ministerio Fiscal informó favorablemente la estimación del recurso, mientras que la empresa niega la concurrencia de contradicción.



3. - Debemos resolver en primer lugar si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción, en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

Constituyen datos relevantes de la sentencia recurrida, que la empresa GESTINOVA contrató a una detective privada, quien contactó con el demandante, abogado a tiempo completo de la gestoría, para pedir una consulta profesional simulada, cuya finalidad era demostrar que trabajaba por cuenta propia durante su jornada de trabajo. - El trabajador ofreció reunirse el viernes por la tarde o el sábado por la mañana, fuera de las horas de trabajo, a lo que se negó la detective, quien, tras varias llamadas telefónicas, consiguió una cita profesional el lunes 30 de noviembre a las 18 horas, dentro de su jornada laboral.

La sentencia recurrida admite la modificación del hecho probado séptimo, con base al informe pericial escrito, aportado como documento nº 9 de la empresa y asume la redacción reflejada más arriba. - En su fundamento de derecho noveno descarta que se trate de prueba ilícita y concluye que, <<... el hecho de haber contratado la empresa a una detective para averiguar un "extremo" del que tenía indicios o sospechas, constituya aquella falta provocada, sino, en cualquier caso, la "constatación de la falta sospechada" y un modo de evidenciarla>>.

4. - En la sentencia de contraste, las trabajadoras, abogadas en ejercicio, a quienes se extinguen sus contratos por la jubilación del empresario, también abogado en ejercicio, cuya jubilación fue reconocida por la Mutualidad General de Previsión Social de la Abogacía, lo que motivó el cierre del despacho. - Las trabajadoras le demandan por despido porque consideran que la jubilación no es real, para lo cual contratan los servicios de un detective, quien pide una cita con el empleador para simular una consulta profesional relacionada con una testamentaría, que se produce después de la fecha oficial de su jubilación.

El Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid desestimó la demanda. - La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, en la que estimó el recurso de suplicación de las demandantes y condenó solidariamente al abogado demandado, así como a una sociedad, constituida tras su jubilación, que se consideró continuadora de su actividad profesional.

La sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2017, rec. 1654/2015, casó la sentencia del TSJ de Madrid y declaró la procedencia de las extinciones por jubilación del empleador, porque dicha resolución vulneró <<...tanto el art. 287 LEC como el art. 90.2 LRJS, en los que se disponen la proscripción de la prueba ilícita; a la par que - también como el recurrente argumenta-, la Sala de Suplicación ha desconocido la obligada igualdad de partes en el proceso, al producirse una "desigualdad que ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios con desprecio de los derechos fundamentales del otro", concluyendo que "...es propio de nuestra función destacar la obligada observancia de la buena fe procesal (art. 75.4 LJS: "Todos deberán ajustarse en sus actuaciones en el proceso a las reglas de la buena fe") y su flagrante ausencia en el presente caso, a la hora de practicar y aportar a juicio la prueba de detectives de que tratamos>>.

5. - La Sala considera, al igual que el Ministerio Fiscal, que concurren los requisitos de contradicción, exigidos por el art. 219.1 LRJS, puesto que en ambos casos se dirimen demandas de despido, en las que ha sido factor decisivo para la resolución del litigio, la promoción de entrevistas profesionales simuladas por detectives privados, para acreditar los extremos reclamados por sus mandantes, que resultaron decisivas para las decisiones judiciales. - En ambos litigios fue objeto de debate la calificación jurídica de dicha prueba, entendiéndose por la recurrida que no era una prueba ilícita y que tenía plena eficacia probatoria, mientras que la sentencia referencial concluye, por el contrario, que se trata de una prueba obtenida ilícitamente, similar a lo que en vía penal se califica de "*delito simulado*" y subraya que, <<...en un Estado Social y Democrático de Derecho "se elevan a principios constitucionales los de respeto a la dignidad de la persona y a su absolutamente libre y espontánea determinación, proscribiendo toda acción coactiva sobre la voluntad ajena así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables..." (por todas, STS -II- 06/04/16 rec. 10714/15). Se trataría, en definitiva, del principio -recogido actualmente en el art. 11 LOPJ y en art. 90 LPL - relativo a que el órgano judicial no puede fundar su decisión en pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales o libertades públicas (sobre ello, SSTC 98/2000, de 10/Abril; 186/2000, de 10/Julio; 29/2013, de 11/Febrero; y 39/2016, de 3/Marzo. Y SSTS 05/12/03 -rec. 52/03 -; 07/07/16 -rcud 3233/14 -; y SG 31/01/17 -rcud 3331/15 -). Criterio que incorpora la doctrina anglosajona del "fruto del árbol emponzoñado", en cuya virtud al juez se le veda valorar no sólo las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sino también las que deriven de aquéllas>>.

Así pues, admitimos la concurrencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, identificada por el recurrente en su primer motivo de suplicación.

CUARTO. - 1. - El recurrente articula su primer motivo de casación, sin cita del art. 207 LRJS, porque la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el art. 287 LEC en relación con lo dispuesto en el art. 90 LRJS, en los que se dispone la proscripción de la prueba ilícita, denunciando, además, que la Sala de Suplicación ha



desconocido la obligada igualdad de las partes en el proceso, al producirse "una desigualdad que ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios con desprecio de los derechos fundamentales del otro", razón por la cual añade que la sentencia recurrida no ha cumplido con la obligada observancia de la buena fe procesal que señala el art. 75.1 de la LRJS, al admitir la práctica de una prueba de detectives obtenida ilícitamente.

GESTINOVA se opuso a la admisión del primer motivo de casación, por cuanto el mismo no cita en que apartado del art. 207 LRJS se apoya, ni cumple adecuadamente los requisitos, exigidos por el art. 224 LRJS, puesto que no motiva de ningún modo el recurso interpuesto.

La Sala, con base a la doctrina citada en el anterior motivo de casación, considera que el primer motivo de casación cumple esencialmente las exigencias del art. 224 LRJS, puesto que identifica con claridad las normas que considera infringidas (art. 287 LEC, en relación con los arts. 90 y 75.4 LRJS), sin que la falta de cita del apartado correspondiente del art. 207 LRJS haya causado indefensión a la empresa recurrida, ya que la recurrente denuncia reiteradamente que la sentencia recurrida ha infringido las normas citadas al admitir una prueba obtenida ilícitamente y darle pleno valor probatorio, que es, a la postre, el núcleo del debate existente, sobre el que se han producido resoluciones claramente contradictorias. - Consiguientemente, no hay razones suficientes para inadmitir el primer motivo de casación.

2. - La Sala considera que la doctrina correcta es la establecida por la sentencia de contraste, porque la admisión de pruebas obtenidas ilícitamente con el consiguiente despliegue de plenos efectos probatorios, vulnera lo dispuesto en el art. 90 LRJS en relación con el art. 287 LEC, que proscriben la admisión de la prueba ilícita, así como la buena fe procesal exigida por el art. 75.4 LRJS.

La prueba es ilícita, por cuanto la promoción de una consulta simulada, instrumentada por una detective privada contratada por la empresa, para probar que el demandante ejercía la abogacía por cuenta propia en horas de trabajo, forzada una y otra vez por la detective, quien rechazó ver al demandante fuera de sus horas de trabajo, supuso una clara acción coactiva sobre la voluntad del trabajador, así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables, que vulneró el derecho a la dignidad del trabajador, asegurada por el art. 10 CE, así como a su libre y espontánea determinación, como resalta la sentencia de contraste. - Dicha prueba no debió admitirse por la sentencia recurrida, ni tampoco permitir que desplegara plenos efectos probatorios, por cuanto el órgano judicial no puede, a tenor con el art. 11 LOPJ en relación con el art. 90 LRJS, fundar su decisión en pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales y libertades públicas, existiendo múltiples pronunciamientos, entre otros SSTC 98/2000, de 10/Abril; 186/2000, de 10/Julio; 29/2013, de 11/Febrero; y 39/2016, de 3/Marzo. Y SSTS 05/12/03 -rec. 52/03 -; 07/07/16 -rcud 3233/14 -; y SG 31/01/17 -rcud 3331/15 -), que han incorporado la doctrina anglosajona del "fruto del árbol emponzoñado", en cuya virtud al juez se le veda valorar no sólo las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sino también las que deriven de aquéllas".

Consiguientemente, sin que quepa la modificación de hechos probados, puesto que se trata de una opción ajena al recurso de unificación de doctrina, conforme dispone el art. 224.2 LRJS, no hay impedimento para combatir por el cauce adecuado, denuncia de infracción sustantiva, la indebida valoración de un determinado dato de hecho si su producción, como sucede aquí, se hubiera obtenido ilícitamente, de manera que, la constancia del dato en la sentencia no puede determinar, ni directa ni indirectamente, la decisión a adoptar, como resaltó la STS 20 de junio 2017, rec. 1654/2015. - Estimamos, por tanto, el primer motivo de casación unificadora.

QUINTO. - La estimación de los motivos de casación, interpuestos por el señor Laureano , comporta que casemos y anulemos la sentencia recurrida, de conformidad con lo previsto en el art. 228.2 LRJS, lo cual implica que se tenga por no puesto el hecho probado séptimo, en la versión modificada por la sentencia recurrida, ya que el informe de detectives no es prueba útil para la modificación de los hechos probados, ni debió admitirse por su manifiesta ilicitud.

La Sala, sin embargo, no puede resolver el debate planteado en suplicación, por cuanto se ha acreditado que la sentencia recurrida modificó el hecho probado quinto de la sentencia de instancia e introdujo un nuevo hecho probado con base a pruebas documentales específicas, que no nos corresponde valorar en casación unificadora. - En efecto, en el recurso de casación para la unificación de doctrina esta Sala ha señalado con reiteración que la finalidad institucional de este recurso determina que no sea posible en este excepcional remedio revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba (sentencias de 14 de marzo de 2001 (R. 2623/2000), 7 de mayo de 2001 (R. 3962/1999), 29 de junio de 2001 (R. 1886/2000), 2 de octubre de 2001 (R. 2592/2000), 6 de marzo de 2002 (R. 2940/2001), 17 de abril de 2002 (R. 2890/2001), 30 de septiembre de 2002 (R. 3828/2001), 18 de febrero de 2003 (R. 597/2002), 27 de enero de 2005 (R. 939/2004), 28 de febrero de 2005 (R. 1591/2004).



Consiguientemente, acreditado que la sentencia recurrida modificó el hecho probado quinto de la sentencia de instancia e introdujo un nuevo hecho probado con base a documentos específicos y distintos al informe de detectives, procede devolver las actuaciones a la Sala de procedencia, para que, con libertad de criterio, valore los hechos acreditados, sin tomar en consideración el informe de detectives por las razones ya expuestas.

SEXTO. - No ha lugar a la imposición de costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 235 LRJS..

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Laureano contra sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, de 13 de julio de 2017, recaída en su recurso de suplicación nº 325/17, que resolvió el recurso interpuesto por la empresa GESTINOVA 99 SL contra sentencia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Granada de 27 de octubre de 2016.

2. - Casar y anular la sentencia recurrida.

3. - Devolver las actuaciones a la Sala de procedencia para que, partiendo de la verdadera naturaleza no documental del informe de detectives, cuya práctica no debió ser admitida por su manifiesta ilicitud, decida en la nueva sentencia sobre el recurso de suplicación en los demás términos y motivos planteados.

4. - No ha lugar a la imposición de costas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 235 LRJS.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.