



Roj: **STSJ CAT 1207/2011 - ECLI: ES:TSJCAT:2011:1207**

Id Cendoj: **08019340012011100682**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2011**

Nº de Recurso: **4293/2010**

Nº de Resolución: **668/2011**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08096 - 44 - 4 - 2009 - 0020588

mi

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

En Barcelona a 28 de enero de 2011

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 668/2011

En el recurso de suplicación interpuesto por Rosana frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Granollers de fecha 20 de enero de 2010 dictada en el procedimiento Demandas nº 699/2009 y siendo recurridos FONDO DE GARANTIA SALARIAL, **Mercadona**, S.A. y MINISTERIO FISCAL. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 20 de enero de 2010 que contenía el siguiente Fallo:

"Desestimo la demanda interpuesta por Dña. Rosana , sobre despido, contra la mercantil "**MERCADONA**, S.A" y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y, en consecuencia, debo absolver y absuelvo a las citadas demandadas de las pretensiones deducidas en aquélla y debo declarar y declaro procedente el despido

de fecha 29 de Junio de 2009 y acreditado el incumplimiento alegado por la demandada en la carta extintiva, convalidando la extinción del contrato de trabajo sin derecho de la demandante a indemnización ni a salarios de tramitación."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:



"PRIMERO.- La demandante, Doña. Rosana , prestó sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, "**MERCADONA**, S.A", en el centro de trabajo de Sant Celoni, con antigüedad del 12 de Diciembre de 2003, categoría profesional de GERENTE A y salario diario de 34,78 euros, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias (hechos no controvertidos y folios 89 a 91, 157 a 159, y 162 a 173).

SEGUNDO.- La Sra. Rosana tiene reconocido un grado de disminución física del 46 % con efectos desde el 13 de Diciembre de 2006 por el Equip de Valoracions d'Adults de Barcelona (Departament d'Acció Social i Ciutadania de la Generalitat de Catalunya) (folios 68 y 69).

TERCERO.- Por prescripción facultativa, de fecha 22 de Noviembre de 2006, se dispuso como tratamiento de la patología de la demandante, entre otros, readaptación del puesto de trabajo y jornada parcial reducida de horario, que en efecto tiene lugar (folios 70 a 72).

CUARTO.- La empresa demandada instaló en el centro de trabajo donde la demandante prestaba sus servicios unas videocámaras que enfocaban a los puestos de trabajo de las cajeras, con el resultado que obra en autos (pericial Sr. Carlos Daniel y folios 184 a 189 bis71).

QUINTO.- Mediante carta de fecha 29 de Junio de 2009, la empresa procedió al despido disciplinario de la demandante, en los siguientes términos: *"Por medio de la presente comunicación, ponemos en su conocimiento la decisión de la Dirección de la Empresa de proceder a su DESPIDO DISCIPLINARIO, con fecha de efectos de hoy día 29 de Junio de 2009, en base a los siguientes hechos. Que la tienda en la que Vd. trabaja fue abierta en el mes de Noviembre de 2008. El Coordinador de Tienda, D. Celestino , ha venido detectando durante los meses de Marzo de 2009 hasta la fecha, una elevada cifra falta de productos, o descuadre de productos, de forma que en el mes de Febrero era de 7.780 , pasando en el mes de Marzo a 17.971 , Abril 13.936 , Mayo 18.009 y a fecha 21 de Julio de 2009 24.610 . Tras lo irregular de la situación y poner tal circunstancia en conocimiento de la División de RRHH, se procede a realizar una investigación exhaustiva de las causas que arrojaban las cifras anteriores, comprobándose por la empresa las siguientes circunstancias. Que el día 17 de Junio, aproximadamente sobre las 14:20 h., se encontraba cobrando en la caja nº 13. En esos momentos pasaron por su caja sus compañeras de trabajo, Josefina y Valle . Sus compañeras le van depositando productos sobre la cinta, para que usted se los vaya facturando. En concreto, podemos comprobar como aparentemente usted les factura tres bolsas*

*de patatas una bolsa de hielo, y doce latas de cervezas, entre otros productos, pero realmente cuando se comprueba el ticket de caja nº 026044, podemos ver que sólo factura parte de la compra. En concreto dos latas de cerveza, cuatro refrescos de naranja y una barra de pan, por un importe total de 2,93 euros. Dejando de facturar los demás productos que se llevan sus compañeras. A continuación se persona con un carro lleno de productos, su compañera Delia y lo pasa por su caja, sin que Vd. le facture ni le cobre ningún producto. Que el mismo día, aproximadamente a las 15:04 h., pasa una clienta por su caja y realiza una compra por importe de 30,13 euros. El ticket nº 26070 al que corresponde la compra efectuada, es anulado por usted, llevándose la clienta la compra sin pagar. Pues bien, como usted sabe, por cuanto que constantemente se viene recordando por sus superiores, ningún trabajador puede cobrar a familiares o conocidos ni se puede servir a sí mismo o llevarse productos de la tienda sin haberlos abonado antes, para evitar de esta forma situaciones desagradables o malintencionadas como las anteriormente descritas. Pero es que, con tales hechos la gravedad de los mismos, no sólo están en que se incumple la normativa de la empresa de forma individual por Vd., causa ya suficiente para su despido, sino que los hechos demuestran que tal incumplimiento ha sido cometido por parte de otros compañeros que actuaban de igual manera que Vd. Es evidente que la empresa, no puede ni debe permitir estos hechos, por cuanto implican un quebrantamiento del principio de la buena fe, de necesaria y general observancia y que debe regir en la relación laboral, vulnerando asimismo el deber profesional de lealtad que impone el servicio para no defraudar la confianza en usted depositada, y que merece sin ninguna duda LA MÁXIMA DESAPROBACIÓN POR PARTE DE ESTA DIRECCIÓN. En consecuencia y en base a las facultades que a la empresa le reconoce el Estatuto de los Trabajadores en el art. 54.1 y a tenor de lo dispuesto en el art. 35.C1 y C4 del Convenio Colectivo de **Mercadona** , asimismo por lo establecido en el art. 54.2.b) y d) del Estatuto de los Trabajadores , y los artículos 5 y 20 del ET , su actitud es constitutiva de una FALTA MUY GRAVE, constituyendo un claro incumplimiento grave y culpable por transgresión de la buena fe contractual. Por lo tanto la Dirección de esta empresa ha tomado la decisión de DESPEDIRLE, con efectos del día de hoy." (folios 174 y 175).*

SEXTO.- La demandante cometió los hechos descritos en la carta de despido (valoración conjunta interrogatorio legal representante empresa, testificales Srs. Celestino y Raimundo , pericial Don. Carlos Daniel y folios 179, 180, 184 a 189 bis, 205 y 259).

SÉPTIMO.- Resulta de aplicación el Convenio colectivo de la empresa "**MERCADONA**, S.A" (no controvertido).

OCTAVO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores (no controvertido).



NOVENO.- Interpuesta la preceptiva papeleta de conciliación ante el órgano competente, se intentó el acto, sin efecto por incomparecencia de la demandada, en fecha 19 de Agosto de 2009 (folio 14)."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, que formalizó dentro de plazo, y que **MERCADONA**, S.A., impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la actora el desfavorable pronunciamiento judicial, desestimatorio de la pretensión por ella deducida en reclamación de nulidad y, subsidiaria, improcedencia de su despido de 29 de junio de 2009, interesando - a través del primero de sus motivos y bajo el amparo del apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral - la "nulidad de actuaciones desde el momento procesal inmediatamente anterior al inicio de la fase de prueba del acto de juicio...como consecuencia de la admisión y valoración de un medio de prueba vulnerador de derechos fundamentales..." (ex arts. 87.2 y 90.1 de la LPL, 11.1 de la LOPJ en relación con el 4.2e y 64.5f del Estatuto; 5, 14 y 16 de la Ley Orgánica 15/1999, reguladora de la Protección de Datos de carácter personal, "así como los artículos 18 y 24 de la Constitución Española de 1978".

Razona la recurrente que no impugna la prueba audiovisual practicada en autos (y que, según alega, fue obtenida "mediante cámaras ocultas, instaladas secretamente en el centro de trabajo, en las cuales se habían grabado imágenes de la actora durante su jornada laboral") "por no superar el triple juicio de idoneidad, necesidad ni proporcionalidad...sino porque previamente a considerar si la prueba supera dichos condicionantes, debe valorarse si...respeto la normativa de protección de datos personales, es decir si la empresa dio cumplimiento a su obligación de adaptar las medidas de control previstas por el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores a la normativa legal sobre la protección de datos de carácter personal" (Ley Orgánica 15/1999).

Sostiene la recurrente que "el hecho de que no se informase a las trabajadoras ni al Comité de Empresa de la instalación de las cámaras que habían de enfocar a las empleadas en su puesto de trabajo durante su jornada laboral es contrario a la obligación de la empresa de informar de la existencia de un tratamiento de datos de carácter personal, de su finalidad y de su tratamiento de acuerdo con los apartados 1 y 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999"; lo que "implica que la misma prueba, como consecuencia del ilícito proceder para obtener(la)...resulta desproporcionada de acuerdo con la propia doctrina establecida en la STC 186/2000, con la consecuente "nulidad" de una práctica probatoria que fue objeto de la pertinente "protesta" en el acto de la vista, (resultando, además, incontrovertida "la falta de información de las trabajadoras de sus derechos respecto" a la instalación de unas cámaras que vulneran "su derecho fundamental a la intimidad personal, a la propia imagen y a la protección de datos de carácter personal...".

SEGUNDO.- Se remiten las sentencias de la Sala de 1 de septiembre de 2004, 31 de enero de 2006, 21 de septiembre de 2007, 30 de junio de 2008 y 20 de abril de 2009 a lo manifestado en las del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1987, 10 de abril y 28 de mayo de 1990 y 9 de abril de 1991 al recordar el criterio

claramente restrictivo de la declaración de nulidad de actuaciones, atendiendo tanto al carácter instrumental de las formas como a sus negativos efectos sobre el proceso.

En armonía con este consolidado criterio reitera el Alto Tribunal (en su sentencia de 30 de octubre de 1991 ; por remisión a sus pronunciamientos de 5 junio 1982, 20 abril y 16 mayo 1988 y 17 octubre 1989) que "la anulación de sentencia es un remedio último y excepcional" en el que, además, se requiere que "la causa de la insuficiencia no sea imputable a la parte" o "no haya podido ser subsanada por una u otra vía". Señalándose -en los posteriores de esta Sala de 1 de marzo de 2005 y 8 de febrero de 2006 que para que pueda tener viabilidad el motivo basado en la infracción de normas esenciales del procedimiento es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se haya infringido una norma procesal; b) Que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia; c) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida d) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto y e) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión (ex art. 24.1 CE).

El derecho fundamental a que este último precepto se refiere está integrado, entre otros, por el de "utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa" (24.2) con el límite que impone "la prohibición de aportar medios obtenidos con violación de derechos fundamentales" (Sentencias de la Sala de 2 de marzo de 2004 y 30 de septiembre de 2005; en relación con el artículo 90.1 de la LPL) y, obviamente, aquéllos que sean impertinentes por no tener relación con el fondo del pleito (arts. 565 y 566 LEC), o sean claramente inútiles, como es el caso del art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ...".



A los efectos de solventar la (invocada) ilicitud de la prueba litigiosa debemos traer a colación la reciente sentencia de la Sala de 20 de enero de 2011 que se remite a su vez (en el análisis de un supuesto análogo al ahora contemplado) a las del Tribunal Constitucional de 10 de abril y 18 de mayo de 2000 (que la recurrida parcialmente transcribe en el tercero de sus fundamentos) cuando -también en un supuesto de instalación de cámaras de grabación en determinadas dependencias del puesto de trabajo- recuerda como "el TC declara inadmisibles la vulneración del derecho a la intimidad por falta de proporcionalidad de la medida, cosa muy diferente al caso de la instalación de cámaras de vídeo, con la directa finalidad de controlar... la actividad de un trabajador de quien se sospecha que efectúa apropiación indebida de bienes de la empresa, supuesto que ha estado avalado por sentencias de este TSJ y otras, en reiterados procedimientos, ya que la conducta empresarial, tiene una finalidad proporcionada a la limitación del derecho a la intimidad que se efectúa... En muchas sentencias se ha estimado (añade dicho pronunciamiento) que las cámaras de videovigilancia pueden ser admitidas como un medio de control de la seguridad en el seno de la empresa, admisible, aunque deba limitarse el derecho fundamental de los trabajadores, y el Tribunal Constitucional ha estimado siempre que aquesto derecho, a la vigilancia y seguridad en los lugares de trabajo, ejercitado dentro de los límites genéricos de la empresa regulados en los artículos 4.2.c) y 20.3 de la Ley Orgánica de los Trabajadores, exige una valoración de que la

instalación concreta salvaguarda el derecho a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, protegido en el artículo 4.2.e) del ET y el artículo 18.1 de la CE, y que a más a más es idónea, necesaria y equilibrada...".

Debe valorarse en cada caso -precisa la sentencia que se cita de este Tribunal Superior en armonía con lo resuelto en la de 20 de abril de 2009- "si se considera respetado el derecho fundamental a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad del trabajador, tal como garantiza también la normativa laboral, contenida en el artículo 4.2.e) del ET, y tal como indica el Tribunal Constitucional, en las sentencias de 231/1988, 197/1991, 186/2000, recordando que el derecho al honor y a la dignidad del trabajador no es ilimitado, sino que como sintetizan las sentencias de SSTC 66/1995, de 8 de mayo, 55/1996, de 28 de marzo, 207/1996, de 16 de diciembre y 37/1998, de 17 de febrero, para comprobar si una medida es restrictiva de un derecho fundamental o supera el límite de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple tres requisitos o condiciones siguientes: " si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

Pues bien, al igual que sucede en el caso analizado por el pronunciamiento de referencia, el control empresarial de una cámara de vídeo (instalada "en el centro de trabajo donde la demandante prestaba sus servicios que enfocaban los puestos de trabajo de las cajas tras haberse detectado la falta o descuadre de productos -hechos probados cuarto y quinto-) "es que puede considerarse genéricamente un medio idóneo e incluso necesario para el control de la actividad, y por tanto se ha de considerar, que aunque la prohibición posiblemente sancionable, ... por falta de comunicación a los representantes de los trabajadores de la instalación de la cámara... no se puede considerar que se haya realizado el control de manera desequilibrada y sin superar los límites de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, con perjuicio injustificado del derecho a la propia imagen o vulneración de la dignidad, ya que se trata de un instrumento adecuado y difícilmente sustituible para acreditar los hechos de los posibles robos detectados en la empresa, por lo que la cámara es dirigida a controlar la actividad...".

En relación también a la denunciada falta de información a la trabajadora y sus representantes (cuestión a la que singularmente alude como causa de la nulidad por ella invocada) sustenta la sentencia de Castilla/León (Burgos) de 10 de mayo de 2006 que "el hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del art. 64.1.3 d) ET, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria...".

En similar sentido se expresa la STSJ de Madrid de 5 de abril de 2008 cuando afirma como "La falta de informe previo del Comité de empresa carece de relevancia para el fin al que iba encaminada la instalación, más aún cuando no se trató de la implantación de un sistema general de organización y control del trabajo, sino de una instalación puntual que respondía a la necesidad y al derecho de la empresa de conocer como desarrollaba la trabajadora su labor, dentro de su poder de control y dirección de la actividad ordinaria en el seno de la misma".

El invocado déficit de información podrá ser, en su caso, objeto de la correspondiente sanción administrativa pero en modo alguno afecta a las condiciones de licitud probatoria a que alude nuestro Tribunal Constitucional, al tratarse -insistimos en ello- de una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida



por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada).

Cuando para el desarrollo de la función empresarial de control "se han utilizado tecnologías de la información, en nuestro caso video-vigilancia, y existe repercusión en el derecho de los trabajadores, el cumplimiento de los principios de protección de datos, admisibilidad y condicionamiento, debe partir (sostiene la STSJ del País Vasco de 26 de enero de 2010; en armonía con el criterio que en aquéllas se mantiene) de la esencia de no requerimiento de consentimiento previo y expreso (ex art. 6.2 de la LO 15/1999), pero sí de cumplimiento de un principio de proporcionalidad exhaustivo. Del mismo modo, al no tratarse de una medida general y generalizada de exposición constante y permanente a una información o video-vigilancia tampoco creemos (mantiene dicho Tribunal) que se obligue jurídicamente a la puesta en conocimiento de su adopción temporal y provisional a cualesquiera representantes de los trabajadores al amparo del art. 64.5 del ET; y ello es así (se concluye) porque "el uso de la video-vigilancia con fines de control empresarial que faculta el art. 20.3) del ET para verificar el cumplimiento de la prestación de servicios laboral permite esas medidas de captación y/o tratamiento de imágenes sin consentimiento (ex art. 6.2 de la Ley Orgánica 15/99) en una práctica que requiere una limitación a la finalidad prevista respetando de modo riguroso el principio de proporcionalidad (no existe otra medida más idónea; la captación de imágenes se atiende a los usos estrictos y necesarios en el espacio indispensable para obtener la finalidad del control; no se utilizan tales medios para fines distintos del control) sin perjuicio de otros derechos y principios de creación, inscripción, cancelación, acceso o cesión que no son el caso a tratar...".

En razón a lo así expuesto y argumentado se rechaza el primero de los motivos de nulidad objeto de análisis.

TERCERO.- Igual suerte adversa merece seguir el sustentado en una supuesta "insuficiencia de hechos probados e insuficiente motivación del relato" fáctico (arts. 24 de la Constitución, 92.2 y 97.2 de la LPL y 217 de la LEC).

Tras censurar la escueta conclusión judicial relativa a la veracidad del incumplimiento litigioso (y que el sexto ordinal de la recurrida expresa afirmando que "la demandante cometió los hechos descritos en la carta de despido") reprocha a la Magistrada el que se hubiera abstenido "totalmente de valorar las pruebas practicadas por la parte actora sobre los hechos..." y, en concreto, la sentencia referida a otro trabajador así como la testifical practicada acreditativas de que los productos supuestamente apropiados no eran de la empresa. A lo que añade la concurrente circunstancia de no haberse practicado "prueba alguna referida al día 17/06/2009 a las 15:04, ni siquiera reprodujo la grabación de los hechos en el acto de juicio..." pese a lo cual se "da por probados la totalidad de los hechos de la carta de despido, incluso aquéllos que no han sido objeto de prueba cuando es así que "en dicha grabación no se ve a la actora ni existe ningún testigo que hubiese declarado que era (ésta)...quien estuviese en la caja en ese momento..." (circunstancia que fue negada por la hoy recurrente).

Esta Sala ya ha tenido ocasión de reiterar (en sus sentencias de 14 y 26 de julio y 20 de octubre de 2000, 4 de mayo de 2001, 31 de enero de 2006, 10 de noviembre de 2009 y 14 de septiembre de 2010) que el proceso laboral es un procedimiento judicial de única instancia, en el que la valoración de la prueba es función atribuida en exclusiva al Juez a quo, de modo que la suplicación se articula como un recurso de naturaleza extraordinaria que no permite al Tribunal entrar a conocer de toda la actividad probatoria desplegada, limitando sus facultades de revisión a las pruebas documentales y periciales que puedan haberse aportado, e incluso en estos casos, de manera muy restrictiva y excepcional, pues únicamente puede modificarse la apreciación de la prueba realizada por el Juez de lo Social cuando de forma inequívoca, indiscutible y palmaria, resulte evidente que ha incurrido en manifiesto error en su valoración. En cualquier otro caso, "debe necesariamente prevalecer el contenido de los hechos probados establecido en la sentencia de instancia, que no puede ni tan siquiera ser sustituido por la particular valoración que el propio Tribunal pudiere hacer de esos mismos elementos de prueba, cuando el error evidente de apreciación no surge de forma clara y cristalina de los documentos o pericias invocados en el recurso, de acuerdo con el art. 97 de la Ley de Procedimiento Laboral" (Sentencia de 14 de julio de 2000); señalando en este mismo sentido la STS de 18 de noviembre de 1999 que la valoración de la prueba es facultad privativa del órgano judicial de instancia, "sin que pueda sustituirse su valoración por otra voluntaria y subjetiva confundiendo este recurso excepcional con una nueva instancia, por lo que en consecuencia, los hechos declarados probados, reflejo de dicha valoración deben prevalecer, mientras que por medio de un motivo de revisión fáctica, basada en documentos de los que resulte de un modo claro, directo y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas"; y ello es así porque "en nuestro sistema jurídico procesal y en relación con la prueba rige el principio de adquisición procesal según el cual las pruebas una vez practicadas no son de la parte, sino del Juez, quien tiene la facultad de valorarlas todas por igual o unas con preferencia a las otras siempre que se ponderen los



distintos elementos que constituyen la actividad probatoria" (sentencia del mismo Tribunal de 10 de noviembre de 1999).

De igual manera, la doctrina constitucional (STC 44/1989, de 20 de febrero) tiene señalado, que por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del Órgano Judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina (STC 175/85, de 15 de febrero) que pueda realizar deducciones lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas, siendo el Juez o Tribunal de instancia soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que esta libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (STC 24/1990, de 15 de febrero), lo que quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano Judicial.

En el supuesto ahora analizado fundamenta la Juzgadora la veracidad de "los hechos descritos en la carta de despido" en la conjunta apreciación del "interrogatorio legal del representante de la empresa, testificales...(y) pericial..." (fj primero); elementos de convicción que complementa en el quinto de sus fundamentos al explicitar "los razonamientos que le han llevado a esta conclusión" tanto en lo concerniente a la (indirecta) identificación de la trabajadora (que "resulta ser la cajera por la relación entre los documentos..." que refiere) como en lo relativo a su participación en los hechos que se le imputan. Motivación (así expresada) que excede de la concisa y estereotipada que el Tribunal Constitucional avala, entre otras, en su sentencia de 28 de septiembre de 1998; y, por lo que se refiere a la sucinta remisión al contenido de la comunicación disciplinaria en nada afecta ello al derecho de defensa de la parte que podrá combatir (como así lo hace) aquellas imputaciones que considere no han sido debidamente probadas.

Como recuerdan las sentencias de la Sala de 27 de mayo y 4 de julio de 2000, 2 de octubre de 2001 y 13 de octubre de 2003 (con cita de las del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1985, 17 de marzo de 1986 y 17 de noviembre de 1989; a las que siguen sus posteriores pronunciamientos de 11 de diciembre de 1997, 14 de septiembre de 2000 y 18 de noviembre de 2002) el relato judicial de los hechos deberá "contener los datos precisos y necesarios para que el Tribunal pueda conocer del debate en las sucesivas instancias, y, a su vez, para que las partes, conforme al principio de seguridad jurídica, puedan defender adecuadamente sus pretensiones (...) requisito (que) se cumple con un relato suficiente, de modo que, en todo caso, quede centrado el debate en modo tal que, también, el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución...". Y así ocurre con el ahora cuestionado cuando, sin perjuicio de su pretendida revisión, además de remitirse a los "hechos" que se dejan descritos en la comunicación disciplinaria, con idéntico valor fáctico el quinto fundamento de la recurrida viene a precisar el incumplimiento que fundamenta la sanción impuesta.

CUARTO.- A la anunciada modificación del censurado relato dirige la parte el siguiente motivo de su recurso para precisar como la "jornada parcial" que refiere el tercer hecho probado quedó establecida en "26 horas y medio semanales, con reducción proporcional del salario" (folio 72); que "el Letrado de la actora ha emitido a la misma una minuta de honorarios de 1160 con IVA, por la asistencia jurídica en el presente proceso" (f. 137).

Tras reproducir la instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos (BOE de 12 de diciembre de 2006) folios 138 a 140- y poner de manifiesto como la empresa únicamente informó a las trabajadoras de la instalación de las cámaras visibles a simple vista y que enfocaban las entradas y salidas del centro de trabajo y no de aquéllas que "enfocaban a los puestos de caja donde la demandante prestaba servicios" (sin que se hubiera comunicado su instalación a la representación de los trabajadores), reclama la "supresión" del ya mencionado sexto ordinal fáctico (que "predetermina el fallo causando indefensión") y su - subsidiaria- sustitución por el alternativo que propone para poner de manifiesto como a las 14:21 del día 17 de junio de 2009 sus compañeras pasaron por caja nueve productos que fueron satisfechos "mediante tarjeta bancaria" en cuantía de 17,72 euros; sin que consten probados "los hechos imputados con referencia al mismo día, a las 15:04 horas porque...no han sido acreditados, toda vez que no se ha reproducido el video correspondiente a esa hora en el acto del juicio y aunque así fuera en la imagen no sale nadie que pudiera ser identificada como la actora...".

Remitiéndonos a lo ya razonado respecto a la "suficiente" motivación y contenido del sexto ordinal fáctico y partiendo de la litigiosa irrelevancia tanto del particular relativo de la incuestionada "jornada y horario" de la trabajadora como del importe de la minuta de su abogado (por cuanto "la posibilidad de calificar como indemnización el importe de los honorarios satisfechos ... supondría un fraude de Ley al principio de gratuidad del proceso laboral en la instancia, lo que ha de rechazarse en aplicación de los art. 11-1 LOPJ y 6-4 Código Civil, dado que el sistema adoptado en el art. 22 LPL es el de absoluta gratuidad en la instancia, aparte de que admitir el mecanismo de reclamación de honorarios vía indemnizatoria privaría a la parte demandada de su



derecho a impugnar los honorarios como excesivos - art. 35, 245 y 246 LEC -" - SSTs de 4 de abril de 2007 y 16 de enero de 2008 -), o la remisión a la Instrucción que se cita de la Agencia Española de Protección de Datos y las cuestiones referentes a la instalación de las cámaras de vigilancia; debemos ceñirnos a la propuesta que se ofrece como alternativa y que "se fundamenta en los folios 141-146, sentencia dictada en fecha 9/11/2009 por el Juzgado de lo Social 13 de Granollers en sus autos 708/2009, especialmente al folio 143 en que se detalla el hecho probado 4º"; mientras que el relativo al "importe abonado" por la compra litigiosa (de 17,72 y no de 2,93) viene "acreditado en los folios 86-88 de los autos...".

Reiterando lo ya manifestado en el fundamento anterior tanto sobre la facultad que legalmente se atribuye al Juzgador "a quo" para la crítica apreciación de la prueba practicada en la instancia (ex art. 97.2 LPL) como los tasados medios probatorios que pueden habilitar la revisión fáctica a través de este recurso extraordinario debe recordarse como los hechos que pueda declarar acreditados otra sentencia de despido referente a una trabajadora diferente a la ahora sancionada no condiciona la función jurisdiccional asignada al Magistrado de instancia en la conformación de un relato fáctico fijado en atención a los concretos medios de prueba aportados al proceso y en función de la singular imputación disciplinaria que a aquélla se le dirige.

Razona la Magistrada (en el quinto de sus fundamentos) en favor de la veracidad de los hechos imputados atendiendo a las siguientes y concurrentes circunstancias: 1ª) Que aunque, efectivamente, el CD no permite identificar directamente a la trabajadora "resulta ser la cajera por la relación entre los documentos obrantes a los folios 179 y 180 ("consulta de los tiquets aparcats" y de "caixa" 13) con el obrante al folio 259"; 2ª) Se observa que "factura una supuesta compra realizada por otras dos compañeras por importe de 2,93 euros registrándose en el tiket 6 productos cuando, salvo error u omisión, pasan por la cinta nueve, apreciándose visualmente, entre otras cosas, que se pasan packs enteros de latas de cerveza cuando en la consulta del tiquet obrante al folio 180 se registran dos latas de cerveza individuales, así como se pasan productos como bolsas, al parecer patatas fritas, que no se registran"; 3ª) "Otra compañera pasa con un carro lleno sin depositar producto alguno en la cinta" y "se aprecia como una clienta realiza una supuesta compra de productos y como entrega una tarjeta a la cajera, Sra. Rosana , pero la compra realizada aparece en la consulta de ticket obrante al folio 179 como anulada..." A lo que añade que una de las personas implicadas en el registro de las 14:20 (Doña. Valle , también despedida por la conducta observada el día 17 de junio de 2009 -folio 203-) "reconoce por escrito (folio 205) que los hechos que se le imputan...son ciertos...que se lleva productos sin pagar..."

En definitiva, la juzgadora "a quo" tras el crítico contraste del visionado de las cámaras de seguridad con la documentación que refiere (incluidos el contenido de los tickets de compra) y la testifical documentada en la persona de una compañera de la recurrente llega a la conclusión de que los hechos que se le imputan se corresponden con la realidad; razonable juicio de valor que se produce después de apreciar los distintos "elementos de convicción" incorporados a autos y que la Sala no puede alterar sin infringir la norma que se cita de la Ley Adjetiva Laboral. Desfavorable conclusión que determina la suerte adversa de los dos últimos motivos de revisión fáctica: el primero porque con independencia del importe del ticket a que el mismo se refiere y su correspondencia con la compra efectuada quien lo suscribió reconoce haber pasado por caja diversos productos si abonar su importe; y en lo que concierne a los hechos declarados probados en la sentencia del Juzgado Social 3 de Granollers (confirmada por la de la Sala de 1 de julio de 2010) reiterar lo ya manifestado sobre su probatoria eficacia.

QUINTO.- Tras insistir (en esta ocasión por la vía del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral) sobre la "nulidad de la prueba de las grabaciones realizadas por la empresa y reproducidas en el acto del juicio, mediante la instalación de cámaras de videovigilancia ocultas y sin notificación a las trabajadoras" (cuestión respecto de la cual nos remitimos a lo ya argumentado sobre el particular en el tercer fundamento jurídico de la presente resolución), reitera la recurrente la falta de prueba "sobre la imputación realizada a la actora sobre los hechos del día 17/06/2009 a las 15:04 horas, pues "no se ha reproducido la correspondiente grabación en el acto del juicio ni se ha practicado testifical ni documental alguna referente a dicha imputación...". Prueba que, sin embargo, se practico y valoró en los motivados términos a que se ha hecho alusión sin que pueda afectar a lo manifestado a este respecto la procesal circunstancia de que no se hubiese reproducido (en su totalidad) la grabación de la cámara de seguridad pues además de no alegarse que se hubiera efectuado la correspondiente "protesta" por tal causa, la censurada conclusión judicial no se apoya únicamente en su visionado sino también en la crítica valoración de los diferentes documentos aportados a autos.

SEXTO.- Como último motivo de su recurso reclama la nulidad y subsidiaria improcedencia del despido litigioso, pues siendo "la única persona minusválida que prestaba servicios en el centro de trabajo...y que por este motivo era menos productiva al ver reducida por ello la jornada laboral", considera la recurrente (en aplicación de la sentencia que cita de este Tribunal Superior de 10 de abril de 2007 y de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad -BOE de 21 de abril de 2008-).



Recuerda la STS de 27 de enero de 2009; reiterando doctrina al distinguirlo del concepto de enfermedad) como "la condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003 , que ha dado nueva redacción al art. 4.2.c), párrafo 2º ET ("Los trabajadores ... en la relación de trabajo ... tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad , siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate (...) La discapacidad es una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada (y)... considerada (en el Ordenamiento Jurídico español) "como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.

La condició personal de discapacitat, a diferència de la incapacitat temporal, és una situació de minusvalia física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanent les condicions de vida de la persona discapacitada i es tracta (recuerda la sentencia de la Sala de 11 de junio de 2009) "de una situació protegida especialment per la Directiva comunitària 2000/78, i per l'article 37 de la Llei 13/1982 , i a més s'ha convertit en causa legal de discriminació, a partir d el'entrada en vigor de la Llei 62/2003 , que ha donat una nova redacció al article 4.2.c) del ET .

En el supuesto de autos acredita la actora tener "reconocido un grado de disminución física del 46% con efectos desde el 13 de diciembre de 2006..." (hp 2); lo que ofrece un indicio de discriminación que no obsta al ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del empleador.

En este contexto resulta ineludible la referencia a los denominados "despidos pluricausales", que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 13 de febrero de 2006 (con un criterio que reproducen las de 8 de mayo y 20 de octubre de 2008 y la del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2009) define como "aquellos despidos disciplinarios en los que, frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental... **el empresario alcanza a probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales** del trabajador que justifican la adopción de la medida extintiva..."; pronunciamiento que se remite a sus resoluciones de 18 de enero de 1993 y 25 de febrero de 2002 al reiterar 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, por tanto (afirma el pronunciamiento que se cita de 25 de febrero de 2002), la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, esto es, acreditar que la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezca a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. O en otras palabras -se concluye- **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. La decisión empresarial no será, así, contraria a derechos fundamentales cuando aun sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental (STC 7/1993, de 18 de enero). Es decir, en estos supuestos disciplinarios podrá neutralizarse el panorama indiciario, en primer lugar, acreditando de manera plena la causa legal expresada en la carta de despido, **siempre que ese resultado probatorio revele efectivamente la desvinculación entre el acto empresarial y el derecho fundamental invocad o.**

En segundo lugar, los indicios también podrán resultar contrarrestados, incluso si no llega a acreditarse el incumplimiento contractual aducido en la carta de despido, cuando el empresario demandado demuestre -que es lo trascendente desde la perspectiva constitucional- que los hechos motivadores de su decisión se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Esto es (que) **la acreditación plena del incumplimiento contractual habilitante del despido permite entender, en principio y como regla general, satisfecha la carga empresarial de neutralización de los indicios; pero también neutralizará el panorama indiciario aquella actividad probatoria de la empresa de la que quepa concluir la desconexión patente** entre el factor constitucionalmente protegido ... y el acto empresarial que se combate ..., logre o no logre probar fehacientemente el empleador, además, la causa legal disciplinaria contenida en el escrito de comunicación del despido".

SÉPTIMO.- En el supuesto ahora analizado, frente al indicio revelador de la infracción de aquel constitucional derecho (definido por la objetivada situación de "discapacidad" que afecta a la trabajadora despedida) el empresario no sólo ha logrado justificar la realidad de los hechos que se le imputan sino también la gravedad de su incumplimiento.



Como recuerda la reciente sentencia que se cita de este Tribunal Superior de 20 de enero de 2011 (al analizar un supuesto análogo al ahora contemplado "(...) també que s'ha valorat reiteradament per aquesta Sala que en els supòsits de vulneració de la bona fe contractual i abús de confiança, s'ha declarat que no era aplicable la doctrina gradualista i que es pot considerar molt greu la conducta, ja que és molt difícil la seva graduació i l'exercici de les obligacions derivades del contracte de treball amb bona fe, és un element bàsic i essencial de la relació laboral (article 5 a) ET), ..."

Desarrollando este consolidado criterio recuerda nuestro pronunciamiento de 21 de octubre de 2010 (en similares términos a los expresados por el sexto fundamento de la recurrida) que la buena fe se establece "como principio general del derecho con carácter general por el art. 7.1 del Código Civil y como norma de actuación que integra el contenido de los contratos (art. 1258 C.C.) viene exigida específicamente como deber laboral básico del trabajador por el art. 5 a) E.T. y en el art. 22 del mismo cuerpo legal como regla específica que ha de regir las relaciones de trabajador y empresario. En tanto principio jurídico informa el nacimiento, perfección y desarrollo de todo negocio jurídico (STS 5/5/87), constituye una norma ética de conducta exigible naturalmente y conforme a las normas sociales de comportamiento, que deben ser interpretadas conforme a la conciencia social del momento (art. 3.1 C.C. y STS 8/7/87), y que integran un "comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual" (STS 27/12/87), o "un deber ético jurídicamente protegido" (STS 5/5/87), dado que sin tal actuación honrada y leal la convivencia humana y profesional se hace totalmente inviable (STS 27/12/87). En definitiva es una norma que obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos de una conducta ética, significada por los valores de lealtad".

Por lo que, habiéndose acreditado los hechos imputados en la carta de despido (expresivos de una objetivada connivencia en la apropiación de bienes de la empresa) debe ratificarse la procedente decisión disciplinaria adoptada por la misma.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Rosana contra la sentencia de 20 de enero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social 1 de Granollers en los autos 699/2009, seguidos a su instancia contra la empresa **MERCADONA S.A.**, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL y la citación a juicio del MINISTERIO FISCAL; debemos confirmar y, en su integridad, confirmamos la citada resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a esta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en los números 2 y 3 del Art.219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del texto procesal laboral, todo el que (a excepción de los trabajadores o causahabientes suyos, los beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social, quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los organismos dependientes de todos ellos) intente interponer recurso de casación, consignará como depósito la cantidad de 300 euros en la cuenta de consignaciones que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya tiene abierta en el Banco Español de Crédito-BANESTO-, en la Oficina núm 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

En caso de recurso de casación, la consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO, en la oficina indicada en el párrafo anterior, nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.