



Roj: **STSJ M 7820/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:7820**

Id Cendoj: **28079340012013100310**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/07/2013**

Nº de Recurso: **823/2013**

Nº de Resolución: **603/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.34.4-2013/0059288

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 823/13

Sentencia número: 603/13

S.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Presidente

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a cinco de julio de dos mil trece, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 823/13 formalizado por la Sra. Letrada Dña. Pilar Sánchez Laso en nombre y representación de D. Jose Carlos contra la sentencia de fecha veintiséis de octubre de dos mil doce, dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de MADRID , en sus autos número 574/12, seguidos a instancia del citado recurrente frente a ALTADIS SA, en reclamación por despido, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- D. Jose Carlos ha venido prestando sus servicios para ALTADIS SA desde el 16 de mayo de 1.997 con una categoría profesional de Key Account.

SEGUNDO.- El actor en el último año ha percibido un total de 65.703,40 euros.

TERCERO.- El 13 de enero de 2.012 el actor causa baja por IT derivada de enfermedad común por presentar Cervicobraquialgia y bursitis calcificada de hombro izquierdo. Tendinitis. El demandante recibe tratamiento de rehabilitación desde el 28 de febrero de 2.012 al 14 de marzo de 2.012 al final del cual tenía una correcta posición de la articulación glenohumeral y ausencia de dolor en región del hombro. Movilidad del hombro conservada. Se le recomienda realizar ejercicio de mantenimiento de la articulación del hombro izquierdo en todos sus ejes.

CUARTO.- El 16 de marzo de 2.012 se cursa su alta por mejoría que le permite trabajar.

QUINTO.- El actor es personal subrogado de la empresa Imperial Tobacco y su actividad siempre se ha desarrollado dentro del negocio del papel de fumar.

SEXTO.- El actor reportaba a la Dirección comercial inicialmente hasta que se reestructura la organización pasando a hacerlo al Departamento de operaciones bajo la dependencia jerárquica de D. Agustín, con quien no mantiene una relación fluida al entender el demandante que no se valora su trabajo y que no se le ha premiado por su desempeño con dos viajes (Las Vegas y Nueva York) que sí han disfrutado otros compañeros. Su centro de trabajo estaba en las oficinas centrales. Allí disponía de plaza de aparcamiento.

SÉPTIMO.- En septiembre de 2.011 se destina al actor al Edificio en el que tiene su sede una empresa del Grupo Logivend-, pasando a depender jerárquicamente de D. Camilo . A raíz de este cambio surge una controversia sobre la pretensión del actor de mantener la tarjeta de aparcamiento en la central lo que le es denegado.

OCTAVO.- A finales del año 2.011, principios de enero 2.012 el actor se reúne con personal de recursos humanos y manifiesta que está descontento en su puesto y que quiere marcharse. Tras causar baja por IT el actor se reúne con la empresa y solicita poder llevarse el ordenador a su casa lo que se le permite.

NOVENO.- La empresa en enero de 2.012 (fecha no determinada), asigna a D. Ezequiel como apoyo del actor. Tras el despido de éste, el Sr. Ezequiel ocupa su puesto.

DÉCIMO.- El actor entre noviembre de 2.011 hasta la fecha de su despido realiza un total de 36 llamadas desde el teléfono de empresa a D María Purificación . La Sra. María Purificación , antigua trabajadora de ALTADIS, en la actualidad es Directora comercial de la empresa Landewyck Tabacos España, competidora de la demandada.

UNDÉCIMO.- El 27 de febrero de 2.012 el actor y su superior Sr. Camilo , mantiene una conversación en la que el primero le manifestó que creía que se iba a incorporar. En correo del día siguiente el Sr. Camilo le señala que lo que tiene que hacer es seguir las recomendaciones del médico, hacer la rehabilitación y que al final de la misma el médico valorase su estado. Le señalaba que no era prudente pedir la baja sin estar recuperado.

DUODÉCIMO.- El día 14 de febrero de 2.012 el actor transportó bolsas de compra con poco peso. Por la tarde usó en el jardín de su casa una radial, un cortafríos y un martillo. Al día siguiente continua con esa actividad. El día 20 de febrero y 6 y 7 de marzo conduce su vehículo. El 5 de marzo limpia los cristales de su casa.

DÉCIMO TERCERO.- El 27 de marzo de 2.012 la empresa entrega al trabajador y al Comité de empresa pliego de cargos. Tras las oportunas contestaciones, el 4 de abril de 2.012 y con efectos de ese mismo día, la empresa entrega al trabajador carta del siguiente tenor:

Muy Sr. Mío:

En contestación al pliego de cargos que le fue notificado el pasado día 27 de marzo y dentro de/plazo conferido al efecto, con fecha de 2 y 3 de abril de 2.012 han sido presentados en esta empresa sendos escritos de alegaciones, suscritos por usted el primero de el/os y por Dña. Eugenia el posterior, en su condición de



presidenta del Comité de Empresa de Servicios Centrales de Altadis, S.A. Los citados escritos de alegaciones han sido formulados en ejercicio del derecho de audiencia que tienen reconocidos tanto el trabajador como el Comité de Empresa y el Delegado Sindical, y que se enmarca dentro de nuestro procedimiento sancionador.

Respecto al contenido del pliego de descargos presentado por usted, resulta relevante que no justifi que o al menos aclare cómo pudo realizar todas esas actividades recogidas en el pliego de cargos, cuando resulta que en tales fechas estaba incapacitado para atender su cometido profesional en nuestras oficinas. Por más que pudiera tener prescrita cierta movilidad en su brazo izquierdo, si tal alcanzaba al punto de permitirle aplicarse en esas tareas, más aún podía haberse reincorporado a su puesto de trabajo, que como sabe es de contenido intelectual y desempeña normalmente en una oficina sin esfuerzo físico alguno. En consecuencia, si usted sostiene que entre otras, las tareas de albañilería eran compatibles clínicamente con su lesión articular, sólo podemos pensar entonces que usted la ha exagerado y que por tanto, se ha aprovechado de tal circunstancia para que le fuera reconocido un proceso de incapacidad temporal, que ha utilizado para cosas difícilmente consonantes con una fase de recuperación o rehabilitación de un brazo.

Sencillamente y al margen de que usted venga siendo observado por el Servicio Público de Salud y que presente una lesión en un brazo, lo cierto es que usted ha estado desempeñando trabajos o tareas que ponen de manifiesto al menos, que lleva el suficiente tiempo recuperado como para haberse reincorporado en fechas anteriores a su puesto de trabajo o por el contrario, que usted no está respetando reposo o el tratamiento que le tuvo que ser prescrito. Esto es lo que en virtud de sus alegaciones, no ha quedado desacreditado.

En cuanto al escrito de alegaciones presentado por el Comité de Empresa, pocas conclusiones pueden extraerse, puesto que de forma muy breve - en lo que a la valoración de los hechos se refiere - se limita a afirmar que las actividades indicadas no son incompatibles con su dolencia, lo que en todo caso es una opinión, que al estar no sustentada en razones concretas, sólo puede respetarse, pero desde luego es patente que no compartimos.

En conclusión, le reiteramos a continuación cuales son los hechos que justifican la presente sanción por falta muy grave:

La empresa tiene constancia que durante su proceso de baja por incapacidad temporal, ha realizado durante varios días actividades radicalmente incompatibles con esa contingencia.

Concretamente, la Compañía ha averiguado que los días 14, 15 y 20 de febrero, así como los días 5,6 y 7 de marzo, a pesar de padecer un proceso de baja motivado por una lesión en un brazo, sin embargo ha realizado con absoluta normalidad utilizando de hecho ambos brazos - distintos trabajos que por su naturaleza no hubiera podido realizar si tomamos en cuenta su cuadro clínico. Tal y como se detallará más adelante, estamos ante labores cuyo desempeño, incuestionablemente, requiere un nivel de esfuerzo muy superior al que comúnmente es destinado para desempeñar una actividad profesional como la suya, que se realiza casi exclusivamente en una oficina, sentado frente a un ordenador.

No obstante y a pesar de estar impedido para realizar su trabajo como Key Account Manager, como consecuencia de esa lesión articular, el 14 de febrero de 2.012 se dirigió a un supermercado, y tras realizar una serie de compras, salió portando en ambos brazos varias bolsas que colocó en el maletero de su coche con total naturalidad. Ese mismo día por la tarde, se dedicó durante horas a realizar diferentes tareas de bricolaje en el patio de su casa, para lo cual utilizó y cargó muy variadas herramientas, sin que las limitaciones que ahora ponemos en tela de juicio le restaran habilidad para, por ejemplo, segmentar superficies metálicas con una sierra radial o mediante cortafíos golpeado concienzudamente con un martillo. Durante el 15 de febrero de 2.012 ocupó gran parte de la mañana y de la tarde en concluir los mismos trabajos que el día anterior, sin que el hecho de sostener ladrillos, mortero, mover una gaveta con cemento o manejar con soltura radial y martillo, le complicara la rehabilitación en el modo en que aparentemente le perjudica acudir a trabajar a nuestras oficinas.

El 20 de febrero de 2.012 y en otro orden de cosas, usted condujo con toda serenidad un vehículo a pesar de las dificultades que le provocaba, según dijo en la empresa, conducir.

La tarde del 5 de marzo de 2.012, al igual que en jornadas anteriores, usted dedicó un tiempo nada desdeñable a realizar tareas domésticas en el patio de su casa, que evidencian con meridiana claridad que no tiene mayor problema en encoger o estirar cualquiera de sus brazos, pues a la vista está que los puede mover con absoluta soltura para manejar toda clase de útiles.

De hecho, el 6 de marzo de 2.012 usted nuevamente es visto utilizando indistintamente uno u otro brazo para llevar bolsas y al día siguiente 7 de marzo, nuevamente circula con su coche con absoluta normalidad.



A tenor de lo expuesto, la realidad es que usted dentro de un proceso de incapacidad temporal derivado de una lesión en un brazo - tal y como nos ha manifestado durante todo este tiempo - se ha dedicado a atender actividades como las antes enumeradas, lo que racionalmente nos lleva a la conclusión de que o bien ha exagerado su enfermedad o bien no está respetando el reposo prescrito para dolencias de esta clase, pues parece indiscutible que si su trabajo de oficina está contraindicado, más aún lo estarían las labores a las que usted ha dedicado tanto tiempo durante las jornadas antes aludidas.

En uno u otro caso, lo cierto es que su conducta afecta a la buena fe consustancial al contrato de trabajo, pues por la clase de actividades descritas, se colige que no existía al momento de al menos realizarse éstas, una causa impeditiva para trabajar. En virtud de lo expuesto, dado que los citados incumplimientos contractuales ajuicio de la empresa son susceptibles de ser incardinados dentro del artículo 28.D. 11 de nuestro Acuerdo Marco para el personal de Altadis, S.A y Logista, S.A. y del artículo 54.2.D del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores - Así también lo contempla el artículo 63.D del recientemente firmado Convenio Colectivo aún en fase de tramitación administrativa tipificamos la conducta denunciada como falta de carácter muy grave derivada de los mismos artículo 28.D.11, 54.2.D y 63.D de los invocados textos, que recogen como causa de despido disciplinario la:

"Transgresión de la buena fe contractual o por abuso de confianza" De acuerdo con ello, la Dirección de la Compañía ha resuelto imponerle la sanción de despido disciplinario con efectos del día de hoy, 4 de abril de 2.012, de conformidad con el art. 31 .c).3 del citado Acuerdo Marco y el antes citado 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores , así como con el artículo 66.c.3 del nuevo Convenio Colectivo .

Le significo que deberá entregar en estos Servicios Centrales cuantas herramientas, útiles de trabajo y tarjetas le ha entregado la Empresa, muy concretamente el vehículo, el teléfono móvil, la tarjeta Solred, las tarjetas de crédito y las tarjetas de acceso al parking y a estas Oficinas.

Rogándole se sirva firmar el duplicado de esta carta, a los exclusivos efectos de notificación,

DÉCIMO CUARTO.- El actor percibe prestación por desempleo desde el 14 de abril al 3 de junio de 2.012. El 4 de junio de 2.012 se cursa su alta en LANDEWYCK TABACOS ESPAÑA SL.

DÉCIMO QUINTO.- El 16 de mayo de 2.012 se celebró ante el SMAC acto de conciliación instado el 25 de abril.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Jose Carlos contra ALTADIS SA debo declarar y declarar PROCEDENTE el despido del actor absolviéndolo a la empresa de sus pedimentos".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 21 de febrero de 2013, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 19 de junio de 2013, señalándose el día 3 de julio de 2013 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de suplicación el trabajador contra sentencia que desestimó la demanda rectora de autos, tendente a la declaración de su despido como nulo o improcedente, enderezando el motivo inicial, con correcto amparo en el apartado b) del art. 193 LRJS , dividido en cuatro apartados, respectivamente:

1. A la adición de un hecho nuevo del tenor literal que sigue:

"D. Jose Carlos pasó con fecha 10/2/2012, un reconocimiento médico para la revisión de su situación de IT por los servicios médicos del INSS, a instancia de este organismo, sin que se le extinguiera la incapacidad temporal".

2. A la adición de un nuevo hecho del tenor literal siguiente:

"D. Jose Carlos adelantó el tratamiento para la rehabilitación de su dolencia en la clínica privada Norsalud. El servicio público de salud no le ofreció tratamiento rehabilitador hasta el 27/3/2012, cuando ya estaba de alta médica".



3. A la adición de un nuevo hecho del tenor literal siguiente:

" *Tras la baja médica y el tratamiento rehabilitador, el actor se encuentra pendiente de intervención quirúrgica con diagnóstico de calcificación en hombro izquierdo*".

4. A la revisión del hecho probado octavo a fin de precisar, respecto del ordenador, "que le es remitido por mensajero a su domicilio por orden expresa de su jefe D. Camilo".

SEGUNDO.- Como nos recuerda la doctrina jurisprudencial, de la que se ha hecho eco esta Sección de Sala en su sentencia de 24-4-2009, Recurso 5748/08, sólo se admitirá el error de hecho en la apreciación de la prueba cuando concurren estas circunstancias:

" a) Señalamiento con precisión y claridad del hecho negado u omitido; b) Existencia de documento o documentos de donde se derive de forma clara, directa y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas; c) Ser la modificación o supresión del hecho combatido trascendente para la fundamentación del fallo, de modo que no cabe alteración en la narración fáctica si la misma no acarrea la aplicabilidad de otra normativa que determine la alteración del fallo" (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1.993). A su vez, según esta misma doctrina, el documento en que se base la petición revisoria debe gozar de literosuficiencia, pues: "(...) ha de ser contundente e indubitado per se, sin necesidad de interpretación, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el Juzgador estén en franca y abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la recurrida" (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1.990).

El motivo de revisión en todos y cada uno de sus apartados no prospera. Y es que, en cuanto al primero, no se cuestiona el actor estuviera legalmente en situación de baja por IT, sino su actuación incompatible con su situación médica, no evidenciándose de manera contundente e incuestionable adelantara su tratamiento, y no siendo trascendentes el resto de adiciones, habiéndose valorado la prueba por la iudex a quo con las amplias facultades que le reconoce el artículo 97 LRJS.

TERCERO.- En el siguiente motivo, el segundo, ya en sede del Derecho aplicado, denuncia con adecuado encaje procesal en el apartado c) del art. 193 LRJS infracción de los artículos 20.4 ET, 90.2 LRJS, 11.1 LOPJ 18 y 24 CE, así como jurisprudencia asociada, haciendo valer, en esencia, se han grabado imágenes violando la intimidad y domicilio del actor, sin que quepa admitir el informe escrito del detective privado, con o sin fotografías, puesto que ese informe tiene su origen en una grabación y en un seguimiento desproporcionado con vulneración de derechos fundamentales, sin superarse los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad establecidos por la doctrina del TCO.

CUARTO.- Procede realizar, en línea con otros pronunciamientos de esta Sala en los que se invoca el derecho a la intimidad y de otros tribunales (así STSJ País Vasco de Sentencia de 10 mayo 2011) algunas precisiones de carácter general en torno al significado y el contenido del derecho fundamental a la intimidad, al alcance de las facultades empresariales de vigilancia y control de los trabajadores y sus límites, y a la actuación de los detectives privados y los métodos que pueden utilizar.

A) El derecho a la intimidad se ha definido por la doctrina constitucional recogida en las sentencias 292/2000, de 30 de noviembre, 119/2001, de 29 de mayo, 89/2006, de 27 de marzo, 70/2009, de 23 de marzo, y 159/2009, de 29 de junio, y las que en ellas se citan, como " un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana", cuya delimitación ha de hacerse en "función del libre desarrollo de la personalidad". Esta garantía se traduce en " un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público", de modo que "lo que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio".

La función del derecho a la intimidad, afirma el máximo intérprete de la Constitución, "es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad", garantizando el "secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal", confiriendo al individuo el poder jurídico de imponer a terceros " el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido", salvo que la intromisión esté fundada "en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno."



El propio Tribunal ha dicho que el artículo 18.1 de la Constitución impone *"la defensa y garantía del ámbito de privacidad"* de la persona (sentencia 22/1984), y que la idea que anima el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada es la de *"abarcar todas las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida"*, reconociendo que *"no siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad"* (sentencia 110/1984, de 26 de noviembre).

Además, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la intimidad ha adquirido también una dimensión positiva *"en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada"* (sentencia 119/2001, de 29 de mayo), siendo el elemento teleológico de ese derecho *"la protección de la vida privada como garantía de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo"* (sentencia 202/1999, de 8 de noviembre).

En orden a lo previsto en el artículo 10.2 de la Constitución , es de señalar que el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos , y el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconocen el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, y que los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos garantizan la protección de la vida privada, al disponer que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la misma.

También conviene recordar que Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, por la que se establece la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 7.2 considera como intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia, *"la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas"*.

Tiene la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de la Ley 1/1982 , conforme a su artículo 7:

1. *El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.*
2. *La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.*
3. *La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.*
4. *La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.*
5. *La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8,2.*
6. *La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.*
7. *La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*

B) Según establece el artículo 4.2. e) del Estatuto de los Trabajadores , en el desarrollo de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho *"al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad"*, lo que explica que el artículo 20.3 de esa misma norma , después de facultar al empresario para que adopte las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de sus empleados, le imponga la limitación consistente en el deber de guardar, en la adopción y aplicación de esas medidas, la consideración debida a la dignidad humana del trabajador, que se configura así como una esfera intangible. Esta restricción es coherente con la consideración de la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional, al que está íntimamente vinculada la inclusión, en el catálogo de derechos fundamentales protegidos por la Norma Suprema, del derecho a la intimidad personal, imprescindible para garantizar el valor espiritual y moral inherente al individuo reconocido en su artículo 10.1.



El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores es un precepto pensado primordialmente para aquellas actividades que se llevan a cabo en tiempo de trabajo, en el propio centro, o fuera del mismo en ejecución del contrato de trabajo, pero también puede entrar en juego en relación a comportamientos desarrollados por los trabajadores en espacios públicos, comprendidos los de aquellos empleados cuya relación se encuentra suspendida por una causa legal - situación en la que deben seguir ajustando su conducta a las reglas de la buena fe -, cuando existan sospechas sobre su posible comportamiento irregular. En particular, no existe ninguna traba legal para que el empresario pueda recurrir a un detective privado al objeto de que realice tareas de seguimiento, vigilancia y observación de un trabajador que se encuentre de baja médica, durante un período limitado, suficiente para confirmar las sospechas, pues en tal caso no existe, por lo general, la posibilidad de utilizar otros medios de vigilancia alternativos, la medida resulta justificada para controlar el cumplimiento del deber de buena fe contractual, y se revela idónea para alcanzar la finalidad perseguida de verificar si el trabajador realiza actividades incompatibles con su situación y, de ser así, hacer uso de su poder disciplinario, sirviendo el informe de la agencia de investigación de prueba incriminatoria, así como ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés empresarial y de las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social que perjuicios sobre el derecho del afectado al respeto de su vida privada.

C). Los límites de los poderes empresariales no impiden que se pueda controlar a los trabajadores mediante detectives y vigilantes de seguridad, conforme a lo previsto en la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada. Los detectives privados pueden atender el encargo de obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados, si bien con la doble limitación siguiente: no podrán realizar investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio y no podrán utilizar medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones. Ahora bien, respetadas esas condiciones la declaración del detective privado en el acto del juicio se considera prueba testifical, con un valor especial por la garantía de profesionalidad y por la continuada dedicación al objeto del ulterior testimonio a emitir (STS de 6 de noviembre de 1990).

Los detectives privados están habilitados por el artículo 19.1.a) de la Ley 23/1992 para obtener y aportar, a solicitud de personas físicas o jurídicas, información y pruebas sobre conductas o hechos privados, considerándose como tales, según precisa el artículo 101.2 del Real Decreto 2364/1994, de 9, que la desarrolla, los que afecten al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados.

Dichos profesionales están obligados a guardar riguroso secreto de las investigaciones que realizan y no pueden facilitar datos sobre éstas más que a las personas que se las encomienden y a los órganos judiciales y policiales competentes para el ejercicio de sus funciones (artículo 103 del referido Reglamento), y " *en ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones* ", como ordenan los artículos 19.3 y 102.2 de la Ley y Reglamento anteriormente citados.

D). En fin, el derecho a la intimidad personal, en cuanto valor fundamental de la propia dignidad humana, por su naturaleza comporta un reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña, cualquiera que pueda ser la legitimidad que acompañe a esta última.

En este sentido, no cabe la menor duda que el ejercicio de la facultad empresarial de exigir, en todo momento, el correcto cumplimiento de los deberes laborales impuestos al trabajador y de instrumentar al efecto, los mecanismos de vigilancia oportunos que permitan, en su caso, la ulterior y justificada actuación de la actividad sancionadora ha de producirse, lógicamente, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como así lo imponen, ya de forma específica, los artículos 42-e), 18 y 20-3 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, de 10 de , que fue promulgada en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución Española. Ahora bien, el respeto de ese valor básico, dentro del que se ha de desenvolver la relación jurídico-laboral, no ha de anular, como es obvio, el derecho de vigilancia que, por preceptiva estatutaria también, incumbe al empresario, integrando la facultad directiva y controladora que se revela imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial. (STSJ Cataluña de 4-12-2001). Aun cuando los trabajadores tiene los mismos derechos fundamentales que el resto de los ciudadanos, el marco de la relación laboral determina que los términos de dicho reconocimiento sea más restrictivo, reduciéndose el ámbito de protección, lo que deriva del ejercicio de las facultades empresariales que derivan del mismo contrato de trabajo y de la libertad de empresa, (art. 38 CE) entre las que se encuentran la organización del trabajo, control de su cumplimiento y de las obligaciones contractuales y, en su caso, sanción de los incumplimientos. Con todo, tal poder empresarial no es absoluto, pues estamos en un régimen de libertades democráticas y no en un sistema feudal, siendo bien conocida la reiterada doctrina del TCO de que la limitación de derechos fundamentales de los trabajadores debe superar los juicios o test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, para juzgar la racionalidad de la medida.



QUINTO.- Sentado lo anterior, el segundo motivo del recurso también claudica. La sentencia de instancia, de manera ponderada y equilibrada, no da valor probatorio a las imágenes grabadas y fotografías efectuadas por el detective privado que hizo el seguimiento del actor por la sencilla razón de que fueron tomadas estando este último en el jardín de su casa, sin su consentimiento, en cuanto dependencia anexa a la vivienda (STCO 283/2000), mas no se puede negar valor probatorio a los hechos constatados por la percepción sensorial del detective cuando señala que el actor estuvo realizando labores de albañilería durante su baja médica por IT, así como tareas en su hogar limpiando cristales, en los términos narrados por el hecho probado décimo-segundo, lo que no supone ninguna intromisión en la intimidad del trabajador, ya que tales tareas las estaba efectuando a la vista y ciencia de cualquier persona que pudiera pasar por la calle en ese momento, que es un espacio público, y no existiendo respecto del lugar en que es visto elemento alguno de separación o de protección de su privacidad tales como setos, vallas, muros o cualquier otro. Por otra parte, el seguimiento era necesario ante las sospechas de la empresa de que la baja médica no respondía a la real situación por la que atravesaba el actor, coincidiendo acto seguido en el tiempo con un intento de forzar el trabajador su salida pactada de la empresa y cuando reiteradamente había realizado llamadas a una empresa de la competencia, para la que finalmente pasó a trabajar dos meses después de su despido.

SEXTO.- En el tercer y último motivo censura infracción del art. 28 D 11 del Acuerdo Marco para el personal laboral de ALTADIS, 54.2.d), 55.4 y 56 del ET , en la consideración de que atendiendo a los hechos concurrentes no existe justa causa para el despido.

Por lo que concierne a la realización de trabajos durante la baja médica del trabajador, la doctrina jurisprudencial (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1983 , 22 de diciembre de 1986 y 30 de mayo de 1988) señala que realizar trabajos en situación de incapacidad temporal es una clara trasgresión de la buena fe contractual porque con esta conducta se defrauda tanto a la empresa, que se ve obligada a abonar unas cotizaciones por un trabajador que no le presta servicio alguno, como a la Seguridad Social que satisface unas prestaciones sanitarias y económicas a quien con su conducta demuestra que no está incapacitado.

Pero tal doctrina también ha resuelto que no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal puede calificarse de conducta desleal sancionable con el despido, sino que ha establecido, como criterio general, la necesidad de que la actividad desarrollada por el trabajador en situación de incapacidad temporal perturbe o demore la curación del trabajador o su futura aptitud laboral; debiendo valorarse en cada caso las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la actividad desarrollada; ya que la situación de incapacidad laboral no impide al trabajador llevar una vida normal o desarrollar actividades que resulten compatibles con el tratamiento médico y que no perjudiquen o retrasen su curación (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero , 21 de marzo y 21 de diciembre de 1984 y 24 de julio de 1990).

A la vista de la lesión que motivó la baja del actor, presentando bursitis calcificada de hombro izquierdo, tendinitis, es evidente a todas luces las actividades de albañilería realizadas por el trabajador eran incompatibles con su estado clínico, poniendo en peligro o retrasando su curación, no alcanzándose a entender como si tales trabajos eran compatibles, según él, con su situación médica, no estaba capacitado para trabajar en su empresa realizando las funciones propias de su categoría, que no requieren de ningún esfuerzo físico.

Por lo razonado el recurso se desestima y la sentencia queda confirmada, sin que haya lugar a la imposición de costas dada la condición con que litiga el recurrente.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Jose Carlos contra la sentencia de fecha veintiséis de octubre de dos mil doce, dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de MADRID , en sus autos número 574/12, seguidos a instancia del citado recurrente frente a ALTADIS SA, en reclamación por despido. En su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo



de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español Crédito, sucursal número 1026, sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010 de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificado por el RDL 3/13, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma; tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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