



Roj: **STSJ AND 7958/2015 - ECLI: ES:TSJAND:2015:7958**

Id Cendoj: **18087340012015101721**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2015**

Nº de Recurso: **1264/2015**

Nº de Resolución: **1608/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JUAN CARLOS TERRON MONTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

CJ

SENT. NÚM. 1608/15

ILTMO. SR. D. JOSE MANUEL GONZALEZ VIÑAS

PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JUAN CARLOS TERRON MONTERO

ILTMO. SR. D. JORGE LUIS FERRER GONZALEZ

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada, a QUINCE DE JULIO DE DOS MIL QUINCE.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. **1264/15**, interpuesto por **DOÑA Apolonia** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. CINCO DE LOS DE GRANADA, en fecha 17 de Marzo de 2015, en Autos núm. 868/14, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. JUAN CARLOS TERRON MONTERO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por DOÑA Apolonia en reclamación sobre DESPIDO, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 17 de Marzo de 2015, por la que se desestimo la demanda.

Segundo.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

1º.- La actora Doña *Apolonia* con D.N.I. núm. NUM000, ha venido prestando sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada *LABORATORIOS ALTER S.A.* con antigüedad desde el 15 de abril de 2002, categoría profesional de Delegada Comercial en Granada de la unidad de negocios genéricos.



El salario último percibido es de 2.891,51 euros. Se da por reproducida nómina del mes de junio que obra al folio 255 de autos.

La actora en fecha de 22 de julio de 2014 inicia un proceso de Incapacidad temporal y viene cobrando prestaciones por desempleo desde el 21 de agosto de 2014 en cuantía líquida mensual de 1.159,08 euros.

2º.- En fecha de 29 de julio de 2014 se remite a la actora el pliego de cargos que la misma contesta alegando ser inciertos los hechos y que lo ocurrido es una continua política de presión y discriminación llevada a cabo por la empresa por motivos personales y familiares de la actora. (folio 193, pliego de descargos).

Mediante comunicación fechada el 5 de agosto de 2014 se despide a la actora con efectos desde ese mismo día entendiéndose la empresa que la misma ha cometido varias faltas muy graves de acuerdo con el art 61.4 y 61.13 del XVII Convenio Colectivo General de la Industria Química y artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores .

La empresa sospecha de la existencia de incumplimientos laborales tras comprobar que el dispositivo GPS no daba señal correcta durante junio y julio de 2014 por lo que comienza a investigar las señales de arranque y parada del mismo.

El día 18 de julio de 2014 se comprueba que el dispositivo arranca a las 8.52 horas y se apaga a las 15:27 horas existiendo un solo posicionamiento a las 9:01 en la calle Pintor Fernando Belda de Granada. No obstante la actora remite como visitadas un total de 9 farmacias en las localidades de Guadarrortuna, Ogijares, La Zubia y El Chaparral, sin embargo se dice en la carta de despido que dichas farmacias no fueron visitadas.

El día 16 de julio de 2014 la actora reportó haber visitado dos farmacias en Maracena si bien el dispositivo de geolocalizador informa que no sale de Granada. Realizada, días mas tarde la comprobación se conoce que dichas farmacias no fueron visitadas.

Igualmente el día 3 de julio de 2014 el GPS estuvo toda la semana sin transmitir información y la actora reportó haber visitado cinco farmacias en Huetor Tajar, Loja y Guadarrortuna, comprobándose posteriormente que dichas visitas no se realizaron.

Se imputa asimismo que la farmacéutica Aida ha pedido a la empresa un cambio de delegado manifestando estar completamente desinformada por la actora y que el día 21 de julio de 2014 la actora reportó haber visitado la farmacia del Padul de la Lda. Joaquina si bien posteriormente se comprueba que dicha visita no se ha realizado.

Asimismo se imputa en la carta de despido una disminución de las ventas en el periodo de enero a mayo de 2014 en comparación con igual periodo de 2013, indicando que las mismas han bajado un 37,38 % cuando en el resto de delegaciones de la empresa en Madrid, Barcelona, Valencia y Coruña ha habido un aumento de ventas en el mismo periodo.

La empresa entiende que ello es debido a que la actora no realiza las visitas que debe a las oficinas de farmacia, y por último se indica que muchas de las farmacias les han indicado que hace mucho tiempo que no las visitas, algunas incluso años.

Se da por reproducida en su integridad la carta de despido que obra a los folios 13 a 21 de las actuaciones.

3º.- La empresa *Laboratorios Alter, S.A.* tiene contratado con la empresa Personalización y Seguridad Profesional S.L. el servicio de localización MobileFleet (tarifa posición) para 148 vehículos entre los que se encuentra el vehículo conducido por la actora. El servicio permite el control y localización en tiempo real las 24 horas del día, transmitiendo cada minuto con el motor en marcha y cada 12 horas con el motor apagado.

La mencionada empresa emite informe relativo al vehículo de la actora NUM001 - QPCQ en el periodo de 30 de junio de 2014 a 16 de julio de 2014, comprobándose que el 30 de junio recorre un total de 58 Km, el 7 de julio, 15 Km. el 16 de julio 4 Km. y el 18 de julio 5 Km. Se da por reproducido informe obrante a los folios 215 a 219.

El Jefe de Área de la Unidad de Negocio Genéricos de la empresa demandada, D. Claudio en fecha de 2 de febrero de 2015 elabora informe en el que constan los resultados comprobados personalmente por el mismo tras visitar los días 24 y 25 de julio de 2014 diferentes farmacias de la provincia de Granada. Dichas farmacias son las que constan en la carta de despido con los resultados que la misma refleja comprobándose que en muchas de ellas la actora no era conocida y en otras no había acudido en mucho tiempo. Se da por reproducido el mencionado informe que obra a los folios 210 a 212.



4º.- En el contrato de trabajo celebrado por la actora con la empresa demandada de fecha 15 de abril de 2009 que obra a los folios 158 y 159 de los autos se hace constar como obligaciones de la actora en la estipulación octava las siguientes:

" a) *Impulsará las ventas en su zona, desarrollando la actividad necesaria para promoción de la realización de operaciones mercantiles a favor de la empresa, defendiendo los legítimos intereses de ésta y siguiendo sus instrucciones. Asimismo desarrollará sus actividades de manera correcta evitando cualquier actuación que pueda suponer competencia desleal con otras empresas o que pueda perjudicar el prestigio o los intereses de la empresa.*

b) *Gestionará el cobro de impagados liquidando diariamente a la Empresa las cantidades que por tal motivo recobre.*

c) *Realizará un mínimo de ventas cifrado en el 75% de la venta media por visitador de la Unidad de Negocio, operando el incumplimiento de dicho rendimiento mínimo como condición resolutoria al amparo de lo previsto en el artículo 49,1 b) del Estatuto de los Trabajadores .*

d) *Realizará un mínimo de 11 visitas diarias, salvo justificada imposibilidad.*

e) *Se proveerá de todos los materiales, tanto de origen administrativo (partes de visita, catálogos, tarjetas de presentación, notas de pedido, de servicios etc...) como de índole de trabajo que indique la Empresa.*

f) *Responderá ante la Empresa de la pérdida o deterioro de la mercancía recibida, salvo que pruebe que la misma obtuvo el fin indicado por la Empresa.*

g) *Llevará al día un registro informático de clientes, de uso confidencial y cuyo soporte informático será entregado a la Empresa al causar baja el trabajador en la misma, y a través del cual transmitirá diariamente la realización de visitas otras gestiones realizadas, cumplimentando al respecto todos los epígrafes existentes. A tal efecto se suscribirá el correspondiente documento.*

h) *preparará su programa semanal de trabajo según instrucciones de su jefe inmediato, de acuerdo a las necesidades de la zona asignada.*

i) *Acudirá a la oficina de la Empresa cada vez que sea requerido, comunicando a su jefe inmediato dicho requerimiento.*

j) *Suministrará a la Empresa noticias inmediatas sobre la realización de las operaciones, y sobre las circunstancias que puedan afectar a su ejecución.*

k) *Por ser el permiso de conducir elemento esencial de la prestación, el trabajador deberá comunicar inmediatamente a la Empresa cualquier impedimento o limitación del mismo.*

Caso de ser condenado con retirada del permiso de conducir por tiempo inferior a 6 meses, se suspenderá el contrato por dicho plazo. De ser superior a 6 meses la Empresa podrá resolver el contrato de trabajo.

l) *Se someterá en todo momento a la comprobación de sus conocimientos técnicos y comerciales.*

m) *la Empresa no abonará gasto alguno que previamente no haya autorizado o contemplado el presente contrato."*

En el periodo de enero a mayo de 2014 en comparación con el periodo de enero a mayo de 2013 las ventas en la delegación de Andalucía disminuyeron un 18,41 % y la actora en el mismo periodo descendió sus ventas en un 37,38 % siendo la Delegada con mayor descenso de ventas y la Delegación de Andalucía la que mas descende las ventas en comparación con el resto de delegaciones en España (Madrid, Barcelona, Valencia y Coruña). Se da por reproducido certificado obrante al folio 172 y anexo cuadrante de ventas por delegaciones y delegados, folio 173.

Se dan por reproducidos correos electrónicos obrantes en el ramo de prueba de la demandada como documentos nº 7 y 8 en los que constan quejas de la empresa de transporte sobre que la actora no atendía el teléfono y de otra delegada poniendo en conocimiento el descontento de ciertas farmacias sobre la actitud de la actora

La actora remite comunicación a la empresa de toda su actividad a través de un sistema ELITE @-CRM de Red de Ventas en el que la actora figura como usuario NUM001 y los datos que la usuaria introduce no pueden ser modificados.

5º.- El Sindicato FITEQA-CC.OO. preavisa en fecha de 28 de enero de 2008 la celebración de elecciones en el centro de trabajo que la empresa tiene en Madrid en la calle Mateo Inurria nº 30. Dichas elecciones se celebran el 29 de febrero de 2008 resultando elegidos 6 representantes por CCOO y 3 por el Sindicato CSI-CSIF.



La empresa no consta con centro de trabajo abierto en Granada y no se han celebrado elecciones Sindicales en la Delegación de Andalucía, concretamente en la provincia de Sevilla.

6º.- En fecha de 2 de septiembre de 2014 la actora promovió conciliación ante el CEMAC frente a la empresa demandada y se celebró el preceptivo Acto de Conciliación el día 12 de septiembre de 2014 con el resultado de sin avenencia.

La demanda origen de esta litis se presenta en fecha de 15 de septiembre de 2014.

7º.- Resulta de aplicación el XVII Convenio Colectivo General de la Industria Química publicado en el B.O.E. de 9 de abril de 2013.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por DOÑA Apolonia , recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre la parte actora la sentencia de instancia que, con desestimación de la demanda, declara la procedencia del despido del que ha sido objeto con fecha 5 de agosto de 2014 , siendo el mismo impugnado por la empresa demandada.

Solicita la parte recurrente, la revisión del relato de hechos probados, con amparo en el apartado b) del ar. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social:

1.- se solicita la adición al Hecho Probado Cuarto, después del párrafo "... Se da por reproducido certificado obrante al folio 172 y anexo cuadrante de ventas por delegaciones y delegados, folio 173...", del siguiente texto:

"según dicho cuadrante de ventas del folio 173, la venta de la Delegación andaluza de enero a mayo de 2014 fue de 1.318.256 euros, distribuida entre nueve trabajadores, lo que supone una venta media de 146.472,88 euros. Las ventas de la Sra. Apolonia en dicho periodo ascendieron a 111.418 euros, lo que supone un porcentaje de 76,06% de la venta media por visitador de la unidad de negocio".

El motivo no puede ser acogido, no ya por lo alegado por la parte impugnante del recurso, de que nos encontramos ante una prueba testifical documentada, ya que el documento responde a un certificado emitido por la empresa y cuyo alcance probatorio es reconocido por la propia sentencia de instancia, al dar por reproducido su contenido, sino porque no es posible al Tribunal Superior, efectuar un nuevo examen de la prueba y sentar, conclusiones fácticas distintas a la de instancia a no ser que el Juzgador, y así resulte de un documento autentico o de una pericial categórica, se haya equivocado en la plasmación del resultado de aquella función que le es propia y ello se haga patente por los medios revisorios que la ley prevé y sin necesidad de acudir a conjeturas o razonamientos, lo que no es el caso, ya que obtenida sus conclusiones, fundamentalmente, del certificado y anexo (folios 172 y 173 de los autos), cuyo contenido literal se da por reproducido, no puede la misma ser contradicha en base a una interpretación contraria de dicho documento a la obtenida por el Juzgador cuyo error no ha sido puesto de manifiesto, sobre todo cuando se pretende dejar constancia de hechos que no emanan del propio documento.

2.- se solicita la adición al Hecho Probado Segundo, del siguiente párrafo.

"La carta de despido no aparece notificada a los representantes de los trabajadores".

El motivo debe ser rechazado, por hacer referencia a un hecho negativo, debiendo recordarse que si un hecho no consta en el relato de hechos probados, como es en el presente caso la notificación de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, es que esta no se ha producido, ya que los hechos acontecidos a los efectos que nos ocupa son los expresamente declarados probados. En todo caso, la sentencia de instancia da reproducida la carta de despido en su integridad.

3.- se solicita la adición al Hecho Probado Quinto, del siguiente párrafo, a continuación de: "...y 3 por el Sindicato CSI-CSIF".

"...miembros que componen el Comité de Empresa".

El motivo debe ser rechazado ya que ello entra en contradicción con el resto del relato de hechos del referido hecho probado, cuya modificación no se solicita, al decirse que "El Sindicato FITEQA-CC.OO. preaviso en fecha de 28 de enero de 2008 la celebración de elecciones en el centro de trabajo que la empresa tiene en Madrid en la calle Mateo Inurria nº 30... no se han celebrado elecciones Sindicales en la Delegación de Andalucía,..."



SEGUNDO.- En lo que hace al derecho aplicado, se denuncia, en primer lugar, la vulneración del art. 18.4 de la Constitución Española en cuanto al derecho a la intimidad y nulidad de la prueba practicada al respecto que daría lugar a la nulidad del despido.

Según la parte, lo anterior trae causa en la instalación del GPS en el vehículo de la actora y la vulneración de los preceptos constitucionales. En definitiva, es absoluta y total la ilegalidad de la actuación de la empresa que vulnera el precepto constitucional indicado, lo que deberá dar lugar a la nulidad de la prueba y de las derivadas -visitas a las farmacias, comprobación de datos incorporados a los ficheros, declaración de los testigos, baja productividad- como colofón de la teoría del fruto del árbol envenenado.

En principio, como pone de manifiesto la parte impugnante del recurso, debe recordarse que el Artículo 90 de la LRJS, regula la "admisibilidad de los medios de prueba", en el que se establece el trámite a seguir cuando la prueba "tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas", que comporta que "contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia", trámite que no ha sido seguido, lo que dejaría sin contenido el presente motivo de revisión. El motivo no puede ser acogido, por cuanto la cuestión debatida no es si a habido discrepancia entre las partes sobre un determinado medio de prueba, sino si la instalación del GPS comporta una vulneración de los derechos fundamentales que llevaría a la declaración de nulidad del despido, debiendo tenerse presente que es la propia parte actora la que alega dicho medio de prueba, para fundar su pretensión de nulidad.

Examinado el presente motivo, dice el Tribunal Constitucional al respecto, que: a) por una parte, los derechos fundamentales del trabajador "deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra", (SSTC 5/1981, 47/1985, 77/1985, 1067/1996, 199/1999); b) por otra parte, que también "las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador", que son prevalentes y constituyen un "límite infranqueable" no sólo a sus facultades sancionadoras, sino también a las facultades de organización y de gestión del empresario, causales y discrecionales (SSTC 292/1993, 136/1996, 90/1997, 1/1998, 90/1999, 98/2000, 190/2001, 213/2002, 17/2003, 49/2003); y, c) que "cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate y que es preciso garantizar en tales supuestos que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales" (entre otras, SSTC 38/1981, 41/2006, 342/2006 E, 125/2007 de 21-5). A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo señala respecto al derecho a la intimidad del trabajador, entre otras en sentencia de 26 de septiembre de 2007 (RCUD 966/2006), como precisa el art. 20.3 ET implica que éste "podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales", aunque ese control debe respetar "la consideración debida" a la "dignidad" del trabajador... los límites de ese control y en esta materia el propio precepto citado remite a un ejercicio de las facultades de vigilancia y control que guarde "en su adopción y aplicación la consideración debida" a la dignidad del trabajador, lo que también remite al respeto a la intimidad en los términos contenidos en las SSTC 98/2000 y 186/2000 e) Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia de 6 octubre.2011..Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4053/2010 (....) de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que (como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995, 66), FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo (FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los 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 ó 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).



Alega la parte como fundamento de la infracción alegada, la sentencia dictada TSJ de Madrid de fecha 21 de Marzo de 2014, la que, debe recordarse, carece de la condición de jurisprudencia que pueda amparar la revisión jurídica pretendida. Dicha sentencia recoge en su fundamento jurídico vigésimo que, "la posibilidad de conocer en todo momento, mediante un sistema de geolocalización que permite un continuo y permanente seguimiento del vehículo durante su uso, no sólo el posicionamiento de éste por razones de seguridad, sino también el lugar exacto en donde se halla el trabajador y, a su vez, el posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad completamente distinta de la anunciada y, por ende, sin conocimiento del conductor, hacen que las conclusiones extraídas merced a este dispositivo tecnológico y su aportación como medio de prueba en sede judicial para demostrar un pretendido incumplimiento contractual". Como puede apreciarse, dicha sentencia, basa su pronunciamiento, como recoge en su fundamento jurídico decimoséptimo, en que "el art. 18.1 CE impone como regla de principio y, de forma añadida al resto de sus garantías, (aunque sin perjuicio, obviamente, de los límites del derecho que ha ido fijando nuestra doctrina en multitud de resoluciones) un deber de información que protege frente a intromisiones ilegítimas en la intimidad. Es inequívoca en ese sentido, por ejemplo, la STC 196/2004, de 15 de noviembre, según la cual 'se vulnera el derecho a la intimidad personal cuando la actuación sobre su ámbito propio y reservado no sea acorde con la Ley y no sea consentida, o cuando, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida". Aplicada dicha doctrina al supuesto por ella examinado, se hace referencia "al posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad completamente distinta de la anunciada y, por ende, sin conocimiento del conductor", lo que comporta su ilegalidad, por lo que solamente ante supuestos indísticos podría acogerse la declaración de nulidad pretendida. Situaciones más similares a las presentes son recogidas por las sentencias del TJ de Galicia de fecha 17.1.2014 "El uso de medios y dispositivos tipo GPS no se pueden considerar ilícitos, pues la empresa tiene un claro interés en tener localizados sus vehículos, lo que no incide en la violación de ningún derecho fundamental". Además, la instalación del GPS se justifica también por razón de realizar su trabajo fuera de las dependencias de la empresa, no estando sujeto a un control directo en cuanto a su jornada y horario. Tanto la colocación de un GPS, que lo que hace es registrar cuando arranca y se detiene el vehículo y donde se encuentra físicamente, son medios adecuados y proporcionados de vigilancia y control que no afectan a su intimidad personal, pues el control se realiza durante la jornada laboral, es decir durante un tiempo en que el trabajador está a disposición del empresario para desempeñar las funciones concretas de su puesto de trabajo", o la del TSJ Castilla -La Mancha 31 de marzo de 2015 que recoge que "Si el sistema GPS se instala en el vehículo asignado precisamente para el desarrollo del servicio y para poder realizar las rutas de vigilancia, no puede separarse conceptualmente el control de posición de tal vehículo, de la comprobación del cumplimiento de sus obligaciones por parte del trabajador (FJ 4)", Llegados a este punto, la cuestión a resolver queda centrada en la determinación de los requisitos a los que debe ajustarse la posible instalación por la empresa de un sistema de vigilancia como el GPS, a fin de salvaguardar el derecho fundamental que, de conformidad con el art. 18.4 de la CE asiste al trabajador, y para ello resulta también de notable interés la STC (SSTC nº 98/2000, de 10/04/2000) que se viene comentando, en la que sobre dicha cuestión se indica que:

"es complemento indispensable del derecho fundamental del art. 18.4 CE "la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo". Por consiguiente, el Pleno del Tribunal ha señalado como elemento caracterizador de la definición constitucional del art. 18.4 CE, de su núcleo esencial, el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin.

Ese derecho de información opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento. Es verdad que esa exigencia informativa no puede tenerse por absoluta, dado que cabe concebir limitaciones por razones constitucionalmente admisibles y legalmente previstas, pero no debe olvidarse que la Constitución ha querido que la ley, y sólo la ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental, exigiendo además que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6 ; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2, y en relación con el derecho a la protección de datos personales, STC 292/2000, FFJJ 11 y 16).

En aplicación de esa doctrina, concluimos que no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, y que tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial. En efecto, se confundiría la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art.



20.3 LET en relación con el art. 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin consentimiento del trabajador, art. 6.2 LOPD) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible.

En conclusión, no debe olvidarse que hemos establecido de forma invariable y constante que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 7 , o 308/2000, de 18 de diciembre , FJ 4). Por ello, al igual que el interés público en sancionar infracciones administrativas resulta insuficiente para que la Administración pueda sustraer al interesado información relativa al fichero y sus datos, según dispone el art. 5.1 y 2 LOPD (STC 292/2000, de 30 de noviembre , FJ 18), tampoco el interés privado del empresario podrá justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica. No hay en el ámbito laboral, por expresarlo en otros términos, una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE . Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa."

Doctrina la indicada de la que se infiere, como cuestión básica y fundamental, a los efectos del posible uso por parte del empresario de mecanismos de vigilancia y control de sus trabajadores que puedan incidir en una posible restricción de un derecho fundamental de estos, y en concreto del contemplado en el art. 18.4 de la CE , la necesaria y suficiente información a dichos trabajadores de su instalación, y de la finalidad que con la misma se persigue. Exigencia que, por lo que se refiere al caso examinado se cumplió, siendo ello una cuestión que se declara expresamente acreditada en los hechos probados de la sentencia impugnada, según los cuales el actor tenía conocimiento de que en el vehículo de la empresa que usaba para realiza su trabajo se había instalado un GPS , y, además, el propio actor suscribió un documento sobre tratamiento de datos, en los que prestaba su expresa conformidad, y siendo ello así deberá concluirse en la ausencia de las vulneraciones legales denunciadas, siendo legítimo el uso por parte de la empresa de los datos suministrados por el aludido sistema de vigilancia, evidenciadores de que el actor incumplió sus obligaciones laborales en los términos recogidos en la carta de despido, cuya certeza no ha sido puesta en duda. Todo lo cual implica la necesaria desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada".

Y sigue diciendo dicha sentencia, como podrá comprobarse, el presente caso requiere de una precisión complementaria, en cuanto que en nuestra primera sentencia ya referenciada valoramos un caso en el que el trabajador conocía la instalación del GPS, y además había suscrito documento en el que daba su conformidad al tratamiento de datos. En el supuesto que nos ocupa sin embargo, se declara expresamente probado que el interesado conocía la instalación del GPS , pero no se considera acreditado que hubiera prestado consentimiento al tratamiento de datos. Ahora bien, tal dato se muestra en el caso como irrelevante por lo que diremos a continuación.

Como se deriva de la STC 29/2013, de 11 de febrero de 2013 , que ya citamos en nuestra anterior resolución, y que se alude de nuevo en el escrito de impugnación del recurso, las obligaciones específicas de información y las autorizaciones necesarias en los casos de tratamiento de datos, se refieren siempre a casos en los que se quiere utilizar la información en cuestión para usos distintos de los inicialmente previstos. En concreto, la mentada STC 29/2013 valora la utilización de la grabación de imágenes en un recinto universitario, cuanto la instalación y la autorización administrativa para ello se referían al control de acceso y seguridad de las dependencias, hasta el punto de que se hace notar que "ni siquiera estaban situados los aparatos de video-vigilancia dentro de las concretas dependencias donde se desarrollaba la prestación laboral, sino en los vestíbulos y zonas de paso públicos". Esto es, no estando previsto ni siendo previsible que las imágenes se usen para finalidades distintas de las inicialmente planificadas, entonces la aplicación de un uso diverso requiere de las correspondientes garantías específicas.

Pero el caso descrito nada tiene que ver con el que ahora nos ocupa, en el que los datos GPS utilizados son única y exclusivamente los generados por el movimiento del vehículo utilizado por el trabajador solo en jornada de trabajo y a los exclusivos efectos de realizar las funciones propias de la categoría. Cuestión distinta es que implantado el sistema GPS en un vehículo puesto a disposición del trabajador de manera permanente, por ejemplo, en caso de directivos o comerciales, resultara luego que se intentaran hacer valer los datos obtenidos en relación a tramos horarios ajenos a la jornada laboral y a la prestación de servicios. Sin embargo si el sistema GPS se instala en el vehículo asignado precisamente para el desarrollo del servicio y para poder realizar las rutas de vigilancia, entonces no acertamos a discernir cómo puede separarse conceptualmente el



control de posición de tal vehículo, de la comprobación del cumplimiento de sus obligaciones por parte del trabajador.

En definitiva, entendemos que en el caso que ahora se valora, no era necesario un consentimiento específico del trabajador, razón por la cual los datos obtenidos del sistema GPS del vehículo podían utilizarse por la empresa para la comprobación del cumplimiento de los deberes laborales del interesado. En consecuencia la prueba debió en efecto valorarse, para extraer de ella las consecuencias oportunas.

Todo ello, comporta la desestimación del presente motivo, al quedar constancia de que la actora era conocedora, por así serle notificado, de la instalación del GPS, en el vehículo que conducía.

TERCERO.- Se alega la vulneración del art. 62.4 del XVII Convenio Colectivo General de la Industria Química, en relación con el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 71.a) del mismo convenio.

Alega la parte que el Convenio Colectivo aplicable, exige que para las faltas muy graves es necesario que se comunique a los representantes de los trabajadores. En el presente caso, entiende la parte recurrente, que no existiendo delegado de personal ni comité de empresa en el Centro de trabajo de Sevilla, a la que la actora se encontraba vinculada, existía la obligación de comunicar a los representantes de los trabajadores la sanción de despido que le ha sido impuesta, a lo que debió llevarse a cabo al comité de empresa del centro de trabajo de Madrid.

Para el examen del motivo, debemos partir de que ha quedado acreditado -hecho probado quinto-, que "el Sindicato FITEQA-CC.OO. preavisa en fecha de 28 de enero de 2008 la celebración de elecciones en el centro de trabajo que la empresa tiene en Madrid en la calle Mateo Inurria nº 30. Dichas elecciones se celebran el 29 de febrero de 2008 resultando elegidos 6 representantes por CCOO y 3 por el Sindicato CSI-CSIF. La empresa no consta con centro de trabajo abierto en Granada y no se han celebrado elecciones Sindicales en la Delegación de Andalucía, concretamente en la provincia de Sevilla".

Dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de marzo de 2001 que "Como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de 18-VI-93 (rec. 1576/91) con cita de la 9-VII-91, en el sistema legal de representación de los trabajadores la regla general, confirmada por la única excepción prevista en el art. 63.2 ET para un supuesto especial, es que el centro de trabajo constituye la unidad electoral básica. Así se desprende:

A) Del Estatuto de los Trabajadores. Y no solo de su art. 62, al que luego nos referiremos, sino también de los arts. 63, donde, pese a que el órgano de representación se denomina "comité de empresa", es obligada su constitución "en cada centro de trabajo"; 67, que solo autoriza a promover elecciones a los "trabajadores del centro de trabajo" y obliga a precisar en la comunicación de la promoción de elecciones "el centro de trabajo" en que se van a celebrar; 68 EDL 1995/13475, que al regular el crédito horario lo atribuye al "delegado de personal de cada centro de trabajo"; 74, que vuelve a hablar de las elecciones "en centros de trabajo"; y 76.5 que alude a "las candidaturas en el centro de trabajo en el que se hubiere celebrado la elección".

Y B) Del Reglamento de Elecciones aprobado por el Real Decreto 1.844/1994 de 9 de septiembre -y antes por el R. Decreto 1311/85 de 13 de junio - en el que es igualmente constante la mención del centro de trabajo como unidad básica. Así, el art. 1 prevé la promoción de elecciones, a partir de la iniciación de actividades "en el centro de trabajo"; el art. 2.2 establece que cuando la promoción se efectúe por los trabajadores, esta corresponderá a los del "centro de trabajo", salvo para el supuesto excepcional ya aludido del art. 63.2 ET; el art. 5.1 define el centro de trabajo y no la empresa, en definición que habría que calificar de superflua, por limitarse a reiterar el contenido del art. 1.5 ET, salvo que se considere realizada para destacar que es aquel precisamente la unidad electoral básica; el número 10 del mismo art. 5 reitera que el delegado de personal se elige "en los centros de trabajo"; el art. 7 prevé la constitución de una mesa itinerante cuando los trabajadores no presten su actividad "en el centro de trabajo" salvo en el supuesto excepcional tantas veces citado del art. 63.2 ET; y el art. 13 condiciona la elección necesaria para la "adecuación de la representatividad" a que se produzca un aumento o disminución de plantilla, pero no en la empresa sino en el "centro de trabajo".

Sigue diciendo dicha resolución que "es obligado pues entender, que la opción del legislador ha sido clara: dar un tratamiento plenamente diferenciado a las empresas o centros de trabajo con escasos trabajadores, respecto de las que ocupan un mayor número. Y que cuando ha optado por el centro de trabajo y no por la empresa como unidad electoral, lo ha hecho teniendo en cuenta todas sus consecuencias entre ellos la de que en las empresas con diversos centros con menos de 6 trabajadores, estos queden sin representación legal unitaria, por numerosa que pueda llegar a ser la plantilla total de la empresa en su conjunto, sin que pueda imputarse a olvido la regulación que los demandantes reclaman. La Ley no permite la agrupación, posiblemente, por considerarla innecesaria, en atención a que, como expone la sentencia recurrida, los problemas que puedan surgir en los centros de pequeñas dimensiones pueden resolverse por los propios interesados, y no llegan alcanzar una problemática tan amplia y general que requiera el soporte de una



representación de intereses generales. Es cierto que ello implica, como sugieren los recurrentes, ciertas limitaciones para los trabajadores, sobre todo desde una interpretación literal de preceptos legales. A título de ejemplo, no podrán celebrar asambleas, puesto que estas, ex. art. 77, deben estar presididas por los delegados de personal, aunque ello supone una limitación mas formal que real puesto que, como hemos ya apuntado, en los centros de pequeñas dimensiones la comunicación entre los trabajadores es tan fluida que aquellas pierden su sentido. Tampoco podrán plantear conflictos colectivos, pues el art. 152 solo legitima a los órganos de representación de los trabajadores para promoverlos. Y no recibirán el asesoramiento inmediato que prevé el art. 49.2 ET . para el momento de firmar un finiquito. Pero también la empresa que no cuenta con representantes de los trabajadores puede verse privada de los importantes instrumentos de gestión previstos en los arts. 34. 2 y 3 , 40.2 , 41.2 , 47 y 51.2 ET , puesto que todos ellos exigen consultas con los representantes de los trabajadores.

... no es posible, como ya expusimos en el fundamento séptimo, y aunque los recurrentes afirmen lo opuesto, agrupar todos los centros de la empresa para constituir una unidad a efectos de elegir un único comité estatal. Como tampoco sería válido, aun a costa de que algunos centros se queden sin órgano colegiado de representación, ampliar el ámbito de la regla del 63.2, que permite la elección de un comité de empresa conjunto, a mas de una provincia o a centros no limítrofes. Y de otro lado si se acepta la aplicación analógica de las previsiones del art. 63. a la ordenación del art. 62 -lo que se afirma solo a efectos dialécticos- la solución no sería tampoco la propugnada por los recurrentes. Pues entonces, por analogía con el art. 63.1, habría que respetar la soberanía de los centros que cuentan entre 6 y 10 trabajadores... para que decidieran por mayoría, si eligen o no su delegado de personal, al igual que dicho precepto respeta la unidad electoral del centro con censo de 50 o mas trabajadores sin permitir agruparlo a ningún otro; y luego crear una sola unidad electoral provincial o de centros limítrofes con los restantes centros, a condición de que sumasen entre todos ellos mas de 10 trabajadores. Cuestión distinta sería si cabe la posibilidad de que las partes interesadas, al modo como regula el art. 63.3 la elección del comité intercentros, pueden mejorar o no mediante la negociación colectiva, el sistema previsto en el art. 62. Pero esa es cuestión que excede de los límites de la presente contienda en la que solo se discute la dimensión legal del problema".

Ante ello, habrá que concluir que no puede compartirse el criterio de que existía la obligación de comunicar al comité de del centro de trabajo que la empresa tiene en Madrid, el despido de la actora, que tiene por centro de trabajo el situado en Sevilla, en cuanto aquel ninguna representación ostenta de la trabajadora, y así lo dice la sentencia transcrita, a establecer que los centros de trabajo que carecen de comité de empresa "no recibirán el asesoramiento inmediato que prevé el art. 49.2 ET . para el momento de firmar un finiquito".

CUARTO.- Se denuncia la vulneración del artículo 54.2 ET , relativo a la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento.

Alega la parte que no se ha incumplido el rendimiento mínimo pactado en su contrato de trabajo, como causa que justifique el despido.

Debe recordarse a la parte que, como recoge la sentencia de instancia, que "los hechos imputados al trabajador en la carta de despido... han originado el art 61.4 y 61.13 del XVII Convenio Colectivo General de la Industria Química y art 54.2.d) y e del Estatuto de los transgresión de la buena fe contractual, deslealtad y abuso de confianza, así como disminución voluntaria en el rendimiento normal del trabajo".

Dice la sentencia de instancia que, "ante los datos reportados el Jefe de Área de la Unidad de Negocio Genéricos de la empresa demandada, D. Claudio se desplaza a diferentes oficinas de farmacia de diferentes localidades granadinas y comprueba que en muchas de ellas la actora no era conocida y en otras no había acudido en mucho tiempo, constanding todos los detalles de dichas vistas en el informe por el mismo emitido que obra a los folios 210 a 212. Del contrato celebrado entre la actora y la demandada se desprende que entre las obligaciones de la misma esta la de realizar un mínimo de 11 visitas diarias salvo justificada imposibilidad y de lo actuado se desprende no solo el incumplimiento de la mencionada obligación contractual que no es lo mas grave ni el dato en el que se basa la carta de despido para cesar a la actora, sino la el hecho de que la misma comunicara a la empresa datos inciertos lo que supone una deslealtad, transgresión de la buena contractual de la gravedad necesaria como para determinar el despido de la misma por aplicación del art 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores con ruptura de la confianza entre ambos y con un claro abuso de la confianza en ella depositada... A la comisión de tales hechos se une la consecuencia paralela de que ha resultado acreditado que la actora en el periodo de enero a mayo de 2014 disminuye su porcentaje de ventas de forma considerable. Se ha acreditado que en el mismo periodo en la delegación de Andalucía disminuyeron un 18,41 % y la actora en el mismo periodo descendió sus ventas en un 37,38 % siendo la Delegada con mayor descenso de ventas y la Delegación de Andalucía la que mas desciende las ventas en comparación con el resto de delegaciones en España (Madrid, Barcelona, Valencia y Coruña), sin que la misma pueda alegar al respecto que se debe a que en Andalucía la venta esta subastada y las farmacias se encuentran vinculadas



a vender lo que la Junta de Andalucía dice, pues ello afectaría en igual medida al resto de comerciales de la delegación de Andalucía y la comparativa aportada demuestra que la actora es la que menos vende en el periodo de referencia. Se ha aportado correos electrónicos obrantes en el ramo de prueba de la demandada como documentos nº 7 y 8 en los que constan quejas de la empresa de transporte sobre que la actora no atendía el teléfono y de otra delegada poniendo en conocimiento el descontento de ciertas farmacias sobre la actitud de la actora, todo lo cual conlleva a considerar que el bajo rendimiento obtenido se debe solo a causas imputables a la trabajadora...En atención a lo expuesto, y acreditados todos y cada uno de los hechos imputados en la carta de despido, solo es posible concluir la procedencia del cese de la actora producido con efectos de 5 de agosto de 2014".

En definitiva, no es el incumplimiento de la condición c) del contrato de trabajo, que imponía realizar "un mínimo de ventas cifrado en el 75% de la venta media por visitador de la Unidad de Negocio, operando el incumplimiento de dicho rendimiento mínimo como condición resolutoria al amparo de lo previsto en el artículo 49,1 b) del Estatuto de los Trabajadores ", lo que justifica su despido disciplinario, sino el incumplimiento de sus obligaciones laborales y el hecho de que la misma comunicara a la empresa datos inciertos - art. 54.2.d) ET -. En principio, nada se alega sobre dichos incumplimientos ni se justifican, lo que es causa suficiente para la desestimación del recurso, pero en todo caso, debe recordarse que la transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño del trabajo es causa de despido, a tenor de la relación existente en el art. 54. 2 d) con el art. 5 a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores . De igual forma el abuso de confianza se conceptúa como una modalidad cualificada de la transgresión de dicha buena fe contractual, de un mal uso o uso desviado por parte del trabajador, de las facultades que se le confiaron, con lesión o riesgo para los intereses de la empresa. Difícilmente puede mantenerse la confianza en la actora por parte de la empresa, que no solo no cumple con sus obligaciones de realizar las visitas programadas -"comprobándose que en muchas de ellas (farmacias) la actora no era conocida y en otras no había acudido en mucho tiempo", independientemente del éxito o resultado de las mismas y que comunicara a la empresa datos inciertos.

Todo ello comporta la desestimación del presente recurso.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por **DOÑA Apolonia** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. CINCO DE LOS DE GRANADA, en fecha 17 de Marzo de 2015 , en Autos núm. 868/14, seguidos a instancia de DOÑA Apolonia , en reclamación sobre **DESPIDO** , contra LABORATORIOS ALTER SA, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de su notificación, debiendo el recurrente que no ostente la condición de trabajador, causa-habiente suyo o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita efectuar el depósito de 600 €, mediante ingreso en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" de esta Sala de lo Social abierta en el Banco de Santander con el núm. 1758.0000.80. (**nº de expediente y año**) , Oficina c/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital o bien, mediante transferencia a la cuenta número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico), o a la cuenta núm. ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel); en tales casos, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 1758.0000.80. (**nº de expediente y año**) , sin cuyo requisito se tendrá por no preparado el recurso

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