



Roj: **STSJ AND 3838/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:3838**

Id Cendoj: **41091340012017100297**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2017**

Nº de Recurso: **1461/2016**

Nº de Resolución: **899/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **EVA MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO: 1461/16 - ME SENTENCIA Nº 899/17

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD**

**D<sup>a</sup>. ANA MARÍA ORELLANA CANO**

**D<sup>a</sup>. EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ**

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

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

**EN NOMBRE DEL REY**

Ha dictado la siguiente:

**SENTENCIA N<sup>o</sup> 899/2017**

En el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Enrique Yrazusta Martínez en representación de FUNDACIÓN SAMU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número TRES de los de Sevilla; ha sido Ponente la Magistrada, Iltrma. Sra. DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Según consta en autos número 42/2015 se presentó demanda por D. Faustino , sobre Despido, contra FUNDACIÓN SAMU, con intervención del MINISTERIO FISCAL y FOGASA, se celebró el juicio y se dictó sentencia el 29-10-2015 por el Juzgado de referencia, en la que se estima la demanda.

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

"1º) Faustino venía prestando sus servicios retribuidos para la demandada FUNDACIÓN SAMU con carácter indefinido y antigüedad reconocida desde el 23.02.2011, realizando funciones propias de la categoría profesional de celador y percibiendo las siguientes retribuciones:

-mensuales fijas: salario base, 792,66 euros; y parte proporcional de pagas extras, 132,11 euros;

-variables, en el tiempo y cantidad: pluses de "compens absorbible", festivos, y nocturnidad, que en el período de enero a noviembre de 2014 ascendieron a un total de 2.768,59 euros.



2º) El demandante prestaba tales servicios en el centro de trabajo "Residencia San Sebastián" sita en la localidad de Cantillana, que acoge a personas gravemente afectadas con discapacidad intelectual y graves trastornos de conducta, como autistas.

3º) Al tener sospechas de posibles malos tratos a los residentes, la empresa demandada colocó sin conocimiento ni consentimiento de residentes, ni de los familiares de éstos, ni de los trabajadores del centro, una cámara de videograbación en un cuarto de baño utilizado por las auxiliares para bañar a los residentes; cámara que grabó constante o ininterrumpidamente durante un período de tiempo no determinado. En dichas grabaciones la empresa apreció cómo sobre las 09:18 horas del día 16.11.2014 y sobre las 17:11 horas del mismo día 16.11.2014 el demandante se encontraba en el cuarto de baño con una auxiliar y un residente al que reiteradamente estimuló tocándole con su mano en el brazo, incidiendo su dedo en el abdomen, en alguna ocasión dirigiendo el dedo hacia la zona de los ojos, y en varias ocasiones pellizcándole o retorciéndole el meñique hasta lograr que el propio residente comenzara a bajarse los pantalones y ropa interior.

4º) El día 01.12.2014 la empresa al demandante carta de despido disciplinario aportada como documental y que se da por reproducida.

5º) El demandante no es ni ha sido representante legal de los trabajadores durante el año anterior al despido.

6º) Se presentó papeleta de conciliación el día 18.12.2014, que se celebró el día 26.01.2015 con el resultado de sin avenencia y el día 08.01.2015 presentó la demanda de despido".

**TERCERO** : Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Fundación Samu, que no fue impugnado de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO** : No conforme con la sentencia de instancia que declara el despido nulo, declarando que la prueba videográfica vulneró el art. 18.4 CE , se alza en Suplicación la empresa FUNDACIÓN SAMU, con su representación Letrada, al amparo procesal del apartado c), exclusivamente, del art. 193 LRJS , alegando tres motivos, uno de ellos, con carácter principal, y dos subsidiarios, por entender, que la sentencia de instancia vulnera el art. 55.4 y 5 ET y 68.a) del XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios a personas con discapacidad, en relación con el art. 54.2.d) ET , estando acreditada la falta imputada al trabajador, ya que el art. 18.4 CE , como derecho fundamental, con límites, choca con el art. 15 CE y el art 17 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmado por España desde el 3.5.2008, con cita de STC sobre los límites de los derechos fundamentales; así como la vulneración del art. 90.2 LRJS , con carácter subsidiario, porque se podía declarar nula la prueba videográfica, pero no el despido, conforme resto de pruebas, o, también con carácter subsidiario, haber declarado el despido como improcedente, que no nulo, al no ampararse en el art. 55.5 ET .

Esta Sala, en sus sentencias de 7-9-2016 , Rec nº 2913/2015, de 14-7-2016 , Rec nº 2424/2015 y de 19.12.16 , Rec nº 952/2016 , establecen: entre los derechos fundamentales y de las libertades públicas contenidos en la sección 1ª del capítulo 2º del Título I de la Constitución se encuentra la garantía constitucional del " *derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* " ( art. 18.1 y 4 CE ), así como el denominado " *derecho a la protección de datos de carácter personal* " derivado de la garantía consistente en que " *La ley limitará el uso de los datos personales para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos* " ( art. 18.4 CE ).

Como tiene establecido la doctrina constitucional (por todas, STC 29/2013, de 11 de febrero ): "Está fuera de toda duda que las imágenes grabadas en un soporte físico... constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del art. 18.4 CE , ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo ( STC 292/2000, de 30 de noviembre , FJ 6), lo cual... incluye también aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes, permitan su representación física e identificación visual u ofrezcan una información gráfica o fotográfica sobre su identidad " .

La misma doctrina constitucional (así, SSTC 144/1999, de 22 de julio ; 292/2000, de 30 de noviembre ; 196/2004, de 15 de noviembre ; o 29/2013, de 11 de febrero ) diferencia y caracteriza ambos derechos fundamentales, señalando que "la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE 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" En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos "persigue garantizar a esa persona un poder de



control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado ... Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin".

En cuanto al contenido del derecho fundamental en cuestión, la doctrina constitucional ( SSTC 292/2000, de 30 de noviembre , y 39/2016, de 3 de marzo ) señala que *"el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos"*.

Además, el Tribunal Constitucional ( STC 29/2013 de 11 de febrero ) 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", así como que "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."

Se ha dicho así que "son así elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales "los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos" ( SSTC 292/2000, de 30 de noviembre , y 29/2013 de 11 de febrero ).

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal establece en su art. 6.1 el principio general de que el tratamiento de los datos personales solamente será posible con el consentimiento de sus titulares, salvo que exista habilitación legal para que los datos puedan ser tratados sin dicho consentimiento; y en el apartado 2, enumera una serie de supuestos en los que resulta posible el tratar y ceder datos sin recabar el consentimiento del afectado, entre ellos *"cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento"*.

El problema, sin embargo, se plantea no acerca de si cabe omitir el consentimiento del trabajador, lo que puede afirmarse sin dificultad ex art. 6.2 de la LOPD , sino sobre el alcance del derecho de información, acerca de lo que el Tribunal Constitucional ha matizado que "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 ...; 18/1999, de 22 de febrero ..., y en relación con el derecho a la protección de datos personales, STC 292/2000 ... )".

Así, la STC 29/2013, de 11 de febrero , interpretó 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 Constitución de la Nación Española la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible"; y que "es jurisprudencia reiterada que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 98/2000, de 10 de abril , ...



o 308/2000, de 18 de diciembre ...) y que "no hay en el ámbito laboral... 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".

Es sabido que, en aplicación de tal doctrina, la referida STC 29/2013, de 11 de febrero , otorgó el amparo al trabajador en ella concernido, por cuanto si bien la instalación de las cámaras de videovigilancia contaban con las autorizaciones administrativas pertinentes e incluso entre las diecinueve autorizaciones con que contaba la Universidad empleadora «para hacer uso de los soportes informáticos o ficheros grabados por sus videocámaras», figuraba una dirigida «al control de acceso de las personas de la comunidad universitaria», sin embargo se enfatizó por el alto tribunal de garantías que *"era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo."*

Tal doctrina ha sido, no obstante, revisada por la reciente sentencia del Tribunal Constitucional nº 39/2016, de 3 de marzo , en la que sin duda se parte de que la acabada de exponer, instaurada en la STC 29/2013 , eleva a la categoría de absoluto el requisito de información previa -que además se exagera para exigirse sea expresa, precisa, clara e inequívoca, hasta el punto de exigir que dicha información explicita muy particularmente que las grabaciones pueden utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo-, lo que deja sin sentido la afirmación y principio constitucional de que ningún derecho, tampoco los fundamentales, es ilimitado, y que cabe concebir limitaciones a los mismos por razones constitucionalmente admisibles. Partiendo de tal posibilidad de modulación del alcance de dicho elemento integrante del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, la referida STC 39/2016 interpreta ahora que *"El deber de información sobre el uso y destino de los datos personales que exige la LOPD está íntimamente vinculado con el principio general de consentimiento para el tratamiento de los datos, pues si no se conoce su finalidad y destinatarios, difícilmente puede prestarse el consentimiento. Por ello, a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información, la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento a tener en cuenta dada la estrecha vinculación entre el deber de información y el principio general de consentimiento. La no exigencia de consentimiento en determinados supuestos tiene también repercusión en otro de los principios de la protección de datos, el denominado por el art. 4 LOPD , calidad de los datos. El art. 4.1 LOPD establece que "los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido". Debe existir, así, una relación directa entre la finalidad que justifica el fichero y los datos personales que se recaban y que afectan a los derechos de las personas."*

Tras lo que la meritada sentencia retoma su doctrina sobre las condiciones para admitir la limitación del derecho fundamental, al decir que *"el incumplimiento del deber de requerir el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos o del deber de información previa sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada"* y que *"el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución"*. Corolario de lo cual, la indicada sentencia constitucional concluye, con fundamento en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y 6.2 de la LOPD que *"el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral"* pues el *"consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario"*. Y a bordando a continuación el alcance del deber de información previa establece, revertiendo así el criterio de la STC 29/2013 , que *"Sin perjuicio de las eventuales sanciones legales que pudieran derivar, para que el incumplimiento de este deber (de información) por parte del empresario implique una vulneración del art. 18.4 CE exige valorar la observancia o no del principio de proporcionalidad. Debe ponderarse así el derecho a la protección de datos y las eventuales limitaciones al mismo justificadas en el cumplimiento de las obligaciones laborales y las correlativas facultades empresariales de vigilancia y control reconocidas en el art. 20.3 TRLET , en conexión con los arts. 33 y 38 CE . En efecto, la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los supuestos de*







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

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

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

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

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

**PUBLICACIÓN** .- Sevilla, a veintidós de marzo de dos mil diecisiete.