



Roj: **STSJ CLM 1/2018 - ECLI: ES:TSJCLM:2018:1**

Id Cendoj: **02003340012018100001**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2018**

Nº de Recurso: **1416/2017**

Nº de Resolución: **25/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 00025/2018

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

NIG: 13034 44 4 2016 0002433

Equipo/usuario: 7

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001416 /2017

Procedimiento origen: DEM DEMANDA 0000802 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Rubén

ABOGADO/A: JESUS CECILIO VELASCOIN ALBA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: TEPOL SEGURIDAD SLU, FOGASA FO

ABOGADO/A: MANUEL FUNEZ FERNANDEZ MEDINA, LETRADO DE FOGASA

PROCURADOR: CARIDAD ALMANSA NUEDA,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

Magistrado/a Ponente: Ilma. Sra. D^a M^a DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. PEDRO LIBRAN SAINZ DE BARANDA

D. JESUS RENTERO JOVER

D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO

D^a. M^a DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

En Albacete, a doce de enero de dos mil dieciocho.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Iltrmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 25

En el Recurso de Suplicación número 1.416/17, interpuesto por la representación legal de D. Rubén , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Ciudad Real, de fecha 11 de abril de 2017 , en los autos número 802/16, sobre DESPIDO, siendo recurrido TEPOL SEGURIDAD, SLU, con la intervención del FOGASA.

Es Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D^a. M^a DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: "FALLO:

Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por el actor, declarando la procedencia del despido disciplinario, absolviendo a la mercantil demandada "Tepol Seguridad S.L.U." de las pretensiones deducidas de contrario.

SEGUNDO .- Que, en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

PRIMERO: El actor ha prestado servicios para la mercantil demandada, la cual se subrogó en la relación laboral mantenida con las mercantiles "Controlcaza, vigilancia y Seguridad S.L.", primero y después, "GS3 División Seguridad S.L", con una antigüedad reconocida por la demandada del 22-2-12, que sin embargo debe situarse en el 19-11-2010, siendo su categoría profesional, la de vigilante de seguridad, con un salario diario de 1.392,45 euros.

SEGUNDO: El día 6-9-16 la empresa entregó carta al trabajador imponiéndole una sanción de tres días sin empleo ni sueldo, por hechos cometidos el 3 y el 4 de septiembre de 2016, consistentes en fumar en el trabajo durante su turno, en las instalaciones de la fábrica y en la caseta de seguridad. En dicha carta se le decía que el día 23-6-16 ya se le había amonestado verbalmente por los mismos hechos, poniendo en su conocimiento que se había tenido que higienizar la caseta de seguridad y los aparatos en ella instalados. El contenido de dicha carta se da por reproducido al obrar unido como documento nº 7 del ramo de la actora.

TERCERO: La empresa despidió al trabajador mediante carta fechada el 10-10-16 y con efectos de ese mismo día, en la que se le imputaba un despido disciplinario por infracción del art. 54.2b) y 55.1, 55.13, 55.15 y 55.20 del Convenio. En la carta se alude a que, pese a haber sido amonestado verbalmente, continua fumando en las instalaciones de la fábrica "Faiges" sita en Daimiel, donde se efectúa la vigilancia, todo ello en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios de seguridad celebrado el 1-7-16 entre la mercantil Faiges y la empresa aquí demandada. Así mismo, se le imputa una disminución voluntaria y continuada en el rendimiento en su puesto de trabajo, la comisión de actos inmorales en el puesto de trabajo, tales como, visionado de material pornográfico y masturbaciones en el trabajo, y distracciones graves por juegos o conversaciones telefónicas. El contenido de la carta se da por reproducido al constar unido a los autos junto con la demanda.

CUARTO: Acreditado que el trabajador ha fumado mientras ejercía su actividad laboral en el interior de la caseta donde lo desarrolla, así como ha visionado material pornográfico y se ha masturbado durante la jornada laboral los días imputados en la carta de despido. La empleadora tuvo conocimiento de ello tras la instalación de una cámara de grabación en el interior de la caseta, incorporación realizada con la finalidad de sorprender al trabajador por sospechas anteriores y sin aviso por tanto, al trabajador. En el recinto hay carteles informativos que prohíben fumar.

QUINTO: El Convenio Colectivo aplicable es el Estatal de Empresas de Seguridad.

SEXTO: El actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación sindical.

SEPTIMO: Se celebró acto de conciliación con el resultado de sin avenencia.

TERCERO .- Que, en tiempo y forma, por la parte demandante, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que declaró procedente el despido del que había sido objeto el actor, se alza este en suplicación mediante el presente recurso que articula a través de cinco motivos. Los tres primeros, al amparo procesal del apartado b) del artículo 193 LRJS , para revisar hechos probados; y el cuarto y quinto, bajo cobijo procesal en el apartado c) del citado precepto, para examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia; pretendiendo -en síntesis- la declaración de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, concretamente, del derecho a la protección de la intimidad personal y familiar en el uso de la informática, reconocido en el artículo 18.4 CE ; y subsidiariamente la improcedencia y en su caso la aplicación de la jurisprudencia sobre la graduación y proporcionalidad de la sanción impuesta.

Antes de dar contestación a cada uno de los motivos, conviene reseñar los hechos más relevantes, según se desprende del relato factico de la sentencia recurrida, así como de lo todo lo actuado. El actor prestaba sus servicios para la empresa demandada desde 22 de diciembre de 2012, como vigilante de seguridad, desarrollando sus funciones, consistentes fundamentalmente en controlar los monitores que proyectaban las imágenes grabadas por las cámaras de seguridad instaladas por todo el recinto empresarial, en una caseta aneja a la propia instalación empresarial pero dentro del espacio físico de esta. El trabajador es despedido mediante carta de fecha 10 de octubre de 2016 en la que se le imputaba la infracción de los artículos 54.2 b) y 55.13 , 55.15 y 55.20 del Convenio Colectivo de Empresas de Vigilancia y Seguridad , por fumar en la instalaciones donde efectúa el servicio de vigilancia, pese a haber sido amonestado con anterioridad verbalmente; por disminución voluntaria y continuada en el rendimiento en su puesto de trabajo; la comisión de actos inmorales en el puesto de trabajo, tales como visionado de material pornográfico y masturbaciones, y distracciones graves por juegos o conversaciones telefónicas. La empresa tuvo conocimiento de tales hechos tras la instalación, sin previo aviso al trabajador, de una cámara de grabación en el interior de la caseta, con la finalidad de comprobar la sospecha de que fumaba en dicho lugar. En el recinto empresarial hay carteles informativos que prohíben fumar. También existen avisos y advertencias de la existencia de cámaras de video vigilancia en el interior del recinto empresarial, pero no en el interior de la caseta.

La sentencia de instancia considera probado que "el trabajador ha fumado mientras ejercía su actividad laboral en el interior de la caseta donde lo desarrolla, así como, ha visionado material pornográfico y se ha masturbado durante la jornada laboral los días imputados en la carta de despido", extrayendo tal conclusión probatoria de la grabación obtenida, además de por la declaración de varios testigos respecto del hecho de fumar en el lugar de trabajo. No considera probado la disminución voluntaria y continuada en el rendimiento que también se imputaba al trabajador. Y califica los hechos probados como incumplimientos graves y culpables, así como proporcionada la sanción de despido.

SEGUNDO .- Dicho lo anterior, procede dar respuesta a los motivos del recurso, comenzando por los tres primeros, a través de los cuales la parte recurrente pretende la modificación del ordinal primero para incluir en su contenido la fecha concreta desde la que viene prestando servicios para la empresa demandada (1 de julio de 2016) que es a su vez, la fecha en la que dicha empresa sucedió en la contrata de vigilancia y seguridad a la anterior, al considerar "sintomático" que se produzca el despido cuando solo habían transcurrido tres meses desde dicha fecha, y sin embargo no hubiera tenido problema alguno con el resto de las empresas para las que prestó servicios con anterioridad. Sostiene tal modificación fáctica sobre los documentos consistentes en la carta de subrogación del trabajador, contrato de arrendamiento de servicios entre la empresa principal y la demandada, vida laboral del trabajador, y contratos de trabajo con las empresas anteriores (motivo primero).

También solicita la revisión del ordinal segundo, cuyo texto original es el siguiente: "El día 6-9-16 la empresa entregó una carta al trabajador imponiéndole una sanción de tres días sin empleo ni sueldo, por hechos cometidos el 3 y 4 de septiembre de 2016, consistentes en fumar en el trabajo durante su turno, en las instalaciones de la fábrica y en la caseta de seguridad. En dicha carta se le decía que el día 23-6-16 ya se le había amonestado verbalmente por los mismos hechos, poniendo en su conocimiento que se había tenido que higienizar la caseta de seguridad y los aparatos en ella instalados. El contenido de dicha carta se da por reproducido al obran unido como documento nº 7 del ramo de prueba de la actora", para que sea sustituida por el texto alternativo que propone del siguiente tenor literal "El día 4 de octubre de 2016 la empresa entregó al trabajador una carta fechada el 6 de septiembre de 2016, imponiéndole una sanción de tres días sin empleo ni sueldo, por los hechos cometidos el día 3 y 4 de septiembre de 2016, consistentes en fumar en el trabajo durante su turno. En la carta se decía, sin prueba alguna que lo acredite, que el trabajador ya había sido amonestado verbalmente por los mismos hechos, poniendo en su conocimiento que había tenido que higienizar la caseta de seguridad y los aparatos en ella instalados. Consta por el contrario los partes de trabajo emitidos por el trabajador y firmados tanto por TEPOL como por el propio cliente, de conformidad con el servicio prestado" (motivo segundo).



Por último, pretende que se sustituya el contenido del hecho probado cuarto que dice: "Acreditado que el trabajador ha fumado mientras ejercía su actividad laboral en el interior de la caseta donde lo desarrolla, así como que ha visionado material pornográfico y se ha masturbado durante la jornada laboral los días imputados en la carta de despido. La empleadora tuvo conocimiento de ello tras la instalación de una cámara de grabación en el interior de la caseta, incorporación realizada con la finalidad de sorprender al trabajador por sospechas anteriores y sin aviso por tanto, al trabajador. En el recinto hay carteles informativos que prohíben fumar", por el siguiente texto alternativo: "La empresa ha aportado grabación video gráfica en la que se aprecia al trabajador de espaldas con un cigarrillo en la boca, de una parte, y en la que aparece parte de una imagen de una persona en un acto de masturbación. La grabación se realiza en una cámara de la que no se ha realizado la advertencia previa a los trabajadores de su instalación en el interior de la caseta de trabajo. El trabajador se reconoce en la imagen de espaldas y lateral con un cigarro en la mano pero rechaza que sea él el de la otra imagen de la masturbación, en la que no se aprecia la persona concreta. Preguntado por el uniforme, se indica que todos los trabajadores tienen el mismo uniforme de trabajo; no se aprecia la cara de la persona en la grabación que se facilita por la empresa. En la empresa hay otras cámaras exteriores en el recinto que se controlan desde el monitor de la caseta. En la fábrica hay carteles de prohibido fumar, no así en la caseta" (hecho probado tercero).

Para dar respuesta a tales pretensiones de revisión fáctica conviene recordar la doctrina constante del Tribunal Supremo (Sentencias 11 de junio de 1993 ; 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995 ; 2 y 11 de noviembre de 1998 ; 2 de febrero de 2000 ; 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003), seguida por los Tribunales laborales, según la cual, el carácter extraordinario del recurso de suplicación impide a las partes no sólo alegar o probar hechos nuevos sino tan siquiera modificar los hechos declarados probados por el Juez a quo, lo que deriva del hecho de que hay una sola instancia y, por consiguiente, el único juez competente para valorar en su plenitud la prueba es el que celebró el juicio (Sentencia Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999). El Tribunal Superior no puede hacer una valoración nueva y conjunta de la prueba, sino que tan sólo tiene atribuida la posibilidad de revisar la valoración hecha por el juez si de algún documento público -entendiendo por tales los expedidos por funcionario público con referencia a libros, archivos o legajos cuya custodia les esté encomendada por razón de su cargo-, o privado -si han sido expresamente reconocidos en juicio por la parte a quien pueda perjudicar-, o pericia, se deriva la equivocación del juzgador, sin que sea admisible su invocación genérica, ni tampoco las declaraciones de las partes o de testigos.

En todo caso, para apreciar el error del juzgador en la valoración de la prueba, también la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, de 2 de febrero de 2000 ; 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003 ; 6 de julio de 2004 ; 20 de junio de 2006 ; o 9 de abril y 7 de julio de 2014 ; y las que en ellas se citan), reiterada constantemente por la doctrina de suplicación, viene declarando que para poder apreciarse el error de hecho en la valoración de la prueba y en consecuencia la pretensión revisora de los hechos declarados probados, han de concurrir los siguientes requisitos: a) que se señale con precisión cual es el hecho afirmado, negado u omitido que se entiende equivocado, contrario a los acreditados o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; b) que se ofrezca un texto alternativo concreto para que se incluya en la narración del hecho probado, para que bien sustituya la totalidad o alguno de sus puntos o bien los complemente; c) que se cite pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se desprenda la equivocación del Juez, sin que sea admisible una invocación genérica de los mismos, así como tampoco la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; d) que tales documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables; e) que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico.

CUARTO .- Aplicando lo expuesto al presente supuesto no puede alcanzar éxito ninguna de las pretensiones de revisión fáctica objeto de los motivos primero, segundo y tercero, por las siguientes razones.

Se desestima el motivo primero, en el que se pretende la modificación del ordinal primero de la sentencia recurrida, porque la adición de la fecha de inicio de la prestación de servicios del actor para la empresa demandada (1 julio 2016) que es la misma en la que se produjo la sucesión en la contrata de vigilancia y seguridad que venía realizando la empresa anterior, resulta innecesaria, dado que del ordinal tercero se desprende claramente dicha fecha ("contrato de arrendamiento de servicios de seguridad celebrado el 1-7-16 entre la mercantil Faiges y la empresa aquí demandada"); y por lo que respecta a que el trabajador no ha tenido problema alguno con las empresas para las que prestó servicios con anterioridad, se rechaza tal modificación fáctica, porque se trata de una mera afirmación sin prueba.

No puede prosperar la revisión del hecho probado segundo, objeto del motivo segundo, porque, en primer lugar, el pretendido error en la entrega de la carta de despido (no el día 6 de septiembre como se declara probado,



sino el 4 de octubre como afirma la recurrente) sería relevante si se discutiera la caducidad de la acción por despido, pero no cuando lo que se discute es la prescripción de una sanción impuesta por otro hechos distintos a los que ahora se enjuician, y que además no fue impugnada en su momento por la actora a fin de hacer valer la prescripción de la falta que ahora alega, por lo que carece de trascendencia para resolver la calificación del despido que es, en definitiva, el objeto del presente recurso. Y por lo que respecta a la afirmación que se pretende incluir en el ordinal segundo, referida a la falta de prueba de la existencia de una amonestación verbal anterior por los mismos hechos, así como que se hubiera tenido que higienizar la caseta de seguridad en la que prestaba servicios el demandante, se ha de hacer ver que no es cierto que no exista prueba, como se comprueba con la simple lectura del fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia. Y por último, es cierto que constan partes de trabajo emitidos por el trabajador y firmados tanto por la empresa TEPOL como por la empresa demandada, manifestando aquella su conformidad con el servicio prestado, pero este hecho resulta también intrascendente para el resultado del fallo, por cuanto el núcleo fundamental de la cuestión radica en la prueba de los hechos imputados al trabajador, los cuales, en su caso, no quedarían desvirtuados por la ausencia de queja en la prestación del servicio de la empresa principal.

Tampoco puede alcanzar éxito el motivo tercero, mediante el que se solicita la sustitución del ordinal cuarto por el texto alternativo que se propone, porque lo que en él se expresa es una valoración personal e interesada del contenido de la prueba video gráfica en un sentido distinto al efectuado por la Magistrada de Instancia, olvidando así la parte recurrente que es al Juzgador *a quo* a quien corresponde la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte voluntaria y subjetiva, confundiendo éste recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia (entre muchas otras, Ss. TS 18 de noviembre de 1999 ; 25 de mayo de 2000 ; 7 de marzo de 2003 ; 3 de mayo de 2001 ; o 10 de febrero de 2002), máxime cuando la Juzgadora de instancia explica en el fundamento de derecho cuarto la valoración de dicha prueba conjuntamente con la de las declaraciones del actor y las de los testigos, que -recuérdese- carecen de habilidad para mostrar el error en la valoración de la prueba, dado que solo la tiene la prueba pericial y la documental (arts. 193 b) y 196.3 LRJS).

Por todas las razones expuestas se desestiman los motivos primero, segundo y tercero del recurso destinados a la revisión de los hechos probados.

QUINTO .- En el motivo cuarto se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 18.4 CE , y de la jurisprudencia que invoca a lo largo del mismo, lo que debe motivar -alega- la declaración de nulidad del despido, o bien la improcedencia conforme a los artículos 55 y 56 ET , con apoyo en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016 , al no haber sido informado el trabajador sobre la instalación de una cámara dentro de la caseta control de los vigilantes de seguridad donde presta sus servicios, y siendo esta medida desproporcionada.

La cuestión así planteada requiere analizar si vulnera el derecho a la intimidad personal del trabajador la instalación de un cámara de vídeo vigilancia en el interior de la caseta en la que este prestaba sus servicios, sin haber sido informado previamente, con la finalidad de comprobar un presunto y sospechado incumplimiento laboral del operario. Y en su caso, la calificación del despido como nulo o improcedente, según se entienda aplicable las consecuencias previstas en el artículo 55.5 ET o bien las propias de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

Dicho esto y por lo que se refiere a el primer punto, no cabe duda que el control empresarial de la actividad laboral (art. 20.3 ET) a través de los medios que ofrecen las nuevas tecnologías, puede colisionar con los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos de carácter personal de los trabajadores (art. 18 CE).

La jurisprudencia constitucional al interpretar el art. 18.4 CE en conexión con el derecho a la intimidad personal ex art. 18.1 CE , ha analizado el alcance de tales derechos fundamentales en supuestos de instalaciones de sistemas de grabación de imagen con carácter puntual o permanente mediante los que, en determinados momentos, se ha controlado la actividad laboral y en los que con soporte en aquéllos se ha procedido a sancionar a los trabajadores afectados. Ha reconocido la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en organizaciones productivas que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (Ss. TC 88/85 , cuya doctrina reitera posteriormente en otras, como Ss. TC 6/88 ; 129/89 ; 126/90 ; 99/94 ; 106/96), no obstante ha admitido que el ejercicio de estos derechos admite limitaciones o modulaciones en la medida en que se desenvuelven en el seno de una organización que a su vez refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente, como son



el derecho a la propiedad y la libertad de empresa (arts. 33 y 38 CE), lo que exige la necesaria adaptabilidad entre todos ellos (Ss. TC 99/94 ; 6/95 ; 106/96 ; o 98/2000).

Concretamente sobre los límites de la facultad empresarial de control de la conducta de los trabajadores a través de sistemas de video vigilancia no existe una respuesta consolidada, probablemente debido a la escasa regulación legal en esta materia, lo que ha dado lugar a una jurisprudencia y doctrina constitucional ciertamente vacilante, si no discordante a última hora. En las STC 98/2000 y 186/2000 se establecieron los principales criterios aplicativos en esa materia, si bien estas resoluciones analizaron la cuestión únicamente desde la perspectiva del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), dejando al margen del debate el derecho a la autodeterminación informativa que se integra en el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), al que sí atendió la importante STC 29/2013, de 11 de febrero , que introdujo, a su vez, importantes correcciones a la anteriores.

En efecto, se dice que constituye un importante hito en la evolución de la doctrina constitucional la STC 29/2013, de 11 de febrero , al fijar la doctrina sobre el contenido esencial del derecho a la libertad informática que reconoce el artículo 18.4 CE en su proyección a la relación laboral. En esta resolución el Tribunal Constitucional declaró que es necesaria una " *información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que la captación podía ser dirigida (...) concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podrían 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* ". En síntesis la doctrina que establece esta Sentencia puede ser resumida del siguiente modo:

a) la habilitación legal para recabar los datos personales sin necesidad de consentimiento en el ámbito de las relaciones laborales no exime del derecho de información al trabajador; b) el derecho de información no puede ser suplido o subsanado por la existencia de anuncios sobre la instalación de cámaras ni por la mera notificación de la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos; c) lesiona el artículo 18.4 CE la utilización, para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales, de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible; d) la información debe ser previa y expresa, precisa, clara e inequívoca, expresando la finalidad de control de la actividad laboral a la que la captación podía ser dirigida; debe concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que vaya a realizarse; debiéndose explicitar que podrán ser utilizadas para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.

En sentido semejante se ha pronunciado el TEDH en la recentísima Sentencia de 9 de enero de 2018 (Caso López Ribalta y otras c. España), a la que más adelante nos referiremos.

El Tribunal Supremo aplica la doctrina constitucional sentada en la STC 29/2013 en STS 13 de marzo de 2014 (RCUD 1685/13) -RJ 2014\3307- en un supuesto en que consideró vulnerado el derecho a la intimidad por la utilización de las cámaras de video-vigilancia instaladas como sistema disuasorio de hurtos de clientes, para sancionar a una trabajadora, existiendo falta de información sobre la utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de imágenes de los trabajadores, sin que esa conclusión pudiera verse contrarrestada por la existencia de dispositivos anunciando su instalación y la captación de imágenes, así como la notificación de la creación de ficheros a la Agencia Española de Protección de Datos.

Sin embargo, poco después, el Tribunal Constitucional en la sentencia 39/2016 de 3 de marzo de 2016 -de gran relevancia porque fue dictada por el Pleno, pero no por unanimidad pues tiene varios votos particulares-, establece otros criterios y condiciones en el uso, como prueba válida en el proceso social, de las cámaras de seguridad o de vigilancia de la actividad laboral, en el sentido de modificar y corregir sustancialmente y de forma restrictiva la doctrina que hasta entonces había mantenido dicho Tribunal. Así, afirma que la empresa no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidos a través de las cámaras instaladas en la empresa con el fin de seguridad o control laboral, ya que considera que se trata de una medida destinada a controlar el cumplimiento de la relación laboral y que resulta conforme con el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores , cuando establece que " *el empresario 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, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad humana* ". De este modo, el Tribunal Constitucional libera a las empresas de esta carga informativa explícita y precisa, al tiempo que convierte la sospecha de que un trabajador está cometiendo irregularidades, en una habilitación para instalar las cámaras en el lugar de trabajo, resolviendo así de forma contraria a la STC 29/2013 , sin explicación alguna sobre las razones del cambio de doctrina, sobre la que indudablemente va a influir la reciente Sentencia de 9 de enero de 2018 (Caso López Ribalta y otras c. España) en la que se reafirma el criterio sostenido en la anterior de 5 de septiembre de 2017 dictada por la Gran Sala TEDH (Caso Barbulescu c. Rumanía). Aquella resolución del TEDH condena a España por vulneración del artículo 8 CEDH



(derecho a la vida privada), al entender -en síntesis- que la video vigilancia llevada a cabo por el empresario, que se desarrolló durante un periodo prolongado, no cumplió con las exigencias previstas en el art. 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 (LOPD), en particular, con la obligación de informar, previa, explícita y precisamente, sin ambigüedades, a los interesados sobre la exigencia y características particulares de un sistema de captación de datos personales. Considera el TEHD que los derechos del empresario podrían haberse satisfecho, al menos en cierto grado, por otros medios, concretamente informando previamente a las demandantes, incluso de forma general, de la instalación de un sistema de video vigilancia y proporcionándoles la información prevista en el artículo 5 de la LOPD .

La doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la antedicha resolución previsiblemente también influirá en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha aplicado la doctrina constitucional de la STC 39/2016 en las Sentencia de 31 de enero de 2017 (RCUD 3331/15) -RJ 2017\1429 - y 1 de febrero (RCUD 3262/15) -RJ 2017\1105-, dictadas en Pleno, en las que consideró válida la utilización de cámaras de video vigilancia, como medida de seguridad, estando indicada su existencia y siendo el trabajador conocedor de ello; y en la Sentencia de 2 de febrero de 2017 (RCUD 554/16) - RJ 2017\1628- en la que consideró igualmente válida la utilización de cámaras de video vigilancia, aunque el trabajador no hubiera sido informado expresamente sobre el uso y destino de las misma.

Con este panorama ciertamente incierto, en el estado actual de la cuestión en el ordenamiento español no puede dejar de afirmarse que los trabajadores han de considerarse suficientemente informados con los carteles estándares indicativos de "zona vídeo-vigilada", y válida la instalación de cámaras de video vigilancia cuando existan sospechas previas de incumplimientos laborales. Ahora bien, no debe olvidarse que tal medida de control de la actividad laboral es siempre una medida restrictiva de derechos fundamentales, y como tal se exige superar el triple juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, de conformidad con la propia doctrina que el Tribunal Constitucional que sigue intacta aun en la STC 39/2016 : " *el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el artículo 20.3 ET , intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo* " (STC 186/2000, de 10 de julio) (...) el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no pueden servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (entre otras, SSTC 94/1984 , 108/1989 , 171/1989 , 123/1992 , 134/1994 y 173/1994) ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquel (STC 11/1981). Por eso, de conformidad con dicha doctrina, " *la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad* ", recordando que para ello " *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 o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)* " (SSTC 66/1995, de 8 de marzo, FJ 5 ; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre , FJ 4 e , FJ 8).

SEXTO .- La doctrina constitucional antedicha constituye fuente de interpretación y aplicación de las normas, a la que debe estar la Sala - conforme a las previsiones del artículo 5.1 LOPJ - para resolver el presente supuesto, cuyos perfiles fácticos quedaron expuesto más atrás.

Según la STC 39/2016 de 3 de marzo de 2016 , el hecho de que el actor no fuera informado previamente de forma alguna por la empresa de su intención de instalar una cámara de video vigilancia en la caseta en la que prestaba sus servicios, ante la sospecha de que estaba cometiendo irregularidades laborales, existiendo avisos y advertencias de la presencia de cámaras de video vigilancia en el interior del recinto empresarial, pero no en el interior de la caseta, no vulneraría, en principio, el derecho del trabajador a la protección de la intimidad personal y familiar en el uso de la informática que recoge el artículo 18.4 CE .

No obstante, también de acuerdo con consolidada doctrina constitucional y jurisprudencial, que no se ha visto alterada sino que es acogida por la propia STC 39/2016 , el comportamiento empresarial descrito no cumple el triple juicio de proporcionalidad exigible a toda medida restrictiva de derechos fundamentales como es, indudablemente, la instalación de una cámara de video vigilancia en el puesto de trabajo. Y ello, porque aunque no parece existir duda sobre el carácter justificado de la medida, en cuanto existían razonables sospechas de que el trabajador fumaba en el puesto de trabajo, y por tanto era también idónea para la finalidad pretendida por la empresa (comprobar dicha sospecha), no puede afirmarse que fuera necesaria, en tanto en cuanto existían otros medios más moderados, menos agresivos del derecho a la intimidad personal del trabajador, como era el testimonio de los propios compañeros de trabajo y del gerente de la empresa FAIGES para la que la mercantil demandada prestaba el servicio de vigilancia y seguridad, que así depusieron en el acto de juicio, o la prueba de la contratación de una empresa de desinfección para higienizar la caseta acreditada



mediante el correspondiente documento de pago del servicio, de lo que se desprende que la empresa disponía de otros medios de prueba idóneos y suficientes para acreditar el pretendido incumplimiento que motivó la instalación de la cámara referida; ni fue equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto que muestra, en definitiva, una clara desproporcionalidad de la medida, en tanto en cuanto se limita el derecho fundamental del trabajador a la garantía del derecho a la intimidad personal en el uso de la informática (art. 18.4 CE en relación con art. 18.1 CE) para satisfacer el derecho de la empresa a controlar el desarrollo de la relación laboral reconocido en el artículo 20.3 ET , que en este caso, no se olvide, era comprobar un comportamiento (fumar en el puesto de trabajo) que ni siquiera el convenio colectivo prevé expresamente como incumplimiento laboral, ni por las características de la empresa ni del puesto de trabajo de vigilancia desarrollado en una caseta aneja a la empresa pero independiente de las instalaciones de aquella, puede considerarse razonablemente como una actitud peligrosa para los bienes de la mercantil a la que se prestaba el servicio de vigilancia, o para la salud de otros empleados o clientes; por todo lo cual la Sala considera vulnerado aquel derecho constitucional cuya infracción denuncia la parte recurrente en este motivo, procediendo en consecuencia, la estimación del mismo.

SÉPTIMO .- Llegados a este punto, sobreviene la cuestión de la consecuencia jurídica que habrá de imponerse a la conclusión obtenida; si la nulidad del despido aplicando el art. 55.5 ET , o las consecuencias que se deriven de la proscripción de la obtención de prueba ilícita con arreglo a los artículos 11.1 LOPJ , 287 LEC y 90.1 LRJS , que serán la procedencia o improcedencia del despido, según hayan quedado o no probado el incumplimiento contractual alegado en la carta de despido, una vez eliminados los hechos obtenidos de tal modo. Cuestión respecto de la que no existe jurisprudencia unificadora ni opinión judicial ni doctrinal unánime, habiéndose inclinado esta Sala por desechar la calificación de nulidad del despido, "pues lo que no se ha admitido es el medio de prueba contaminado (...) pero no se ha concluido que la decisión extintiva, en sí mismo considerada, pretendiera la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador, que llevara aparejada la calificación de nulidad del mismo (art. 55.5 ET)" (STSJ Castilla-La Mancha (Sec.1ª) 10 junio 2014 -AS 2014/1619 -; en igual sentido STSJ Castilla-La Mancha (Sec. 2ª) 28 noviembre 2014 - AS 2015/484 -); sin embargo, otras sentencias dictadas en suplicación han mantenido otros argumentos jurídicos, también admisibles, como por ejemplo Sentencia TSJ del País Vasco de 10 mayo de 2011 -AS 2012\2277- en la que, con apoyo en la STC 196/2004 , considera que la ilicitud en la obtención de prueba utilizada por la demandada para acreditar los incumplimientos imputados al actor acarrea la nulidad el despido, porque la dicción del artículo 55.5 ET acoge "no solo los supuestos en los que el cese se produce como consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho fundamental, sino también aquellos otros en que los hechos que lo sustentan han sido conocidos por el empresario mediante métodos que conculcan los derechos fundamentales del afectado"; o en la Sentencia del mismo Tribunal de 12 septiembre 2006 , en la que además trae a colación la doctrina de los frutos del árbol envenenado sobre la base de la expresión "se hubieran obtenido directa o indirectamente mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas" del artículo 90 LPL (ahora 90 LRJS), tan similar a la del artículo 11.1 LOPJ ("No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales").

En el caso que nos ocupa, mantenemos el criterio aplicado por la Sala en anteriores supuestos, al entender que no existen razones de peso suficientes para alterar el ámbito de aplicación del artículo 55.5 ET , en tanto en cuanto pensamos que la sanción de nulidad del despido tiene su fundamento en el móvil del empresario cuando el despido en sí mismo responde a una causa vulneradora de un derecho fundamental, de ahí la prescripción del artículo 55.5 ET , pero no cuando la finalidad que mueve al empresario es comprobar un comportamiento del trabajador para obtener la prueba de la existencia de la causa alegada para justificar el despido, en cuyo caso, procede la nulidad de dicha prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, sin que tal nulidad pueda extenderse a la calificación del despido que podrá ser improcedente o incluso procedente, si una vez desechados los hechos acreditados mediante la prueba ilegal o ilegítima, aun resultan probados, mediante prueba hábil e idónea hechos que constituyen un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

Así, una vez eliminados del enjuiciamiento todos los hechos acreditados mediante la grabación de la cámara de video vigilancia (fumar, masturbarse y visionar pornografía), el único que puede considerarse probado es que el trabajador fumaba en el puesto de trabajo, porque así se desprende del testimonio de los compañeros de trabajo y del gerente de la empresa principal para la que prestaba servicio de vigilancia la empleadora del trabajador. Pero este comportamiento no constituye causa de despido porque, además de no estar previsto expresamente como tal en el Convenio Colectivo aplicable, tampoco se ajusta a ninguna de las causas legales de despido del artículo 54 ET en que pudiera resultar encuadrable, pues como desobediencia a las órdenes del empresario del apartado b) del artículo 54.2 ET se advierte que no consta la existencia de prohibición expresa, y como disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado del apartado e) del mismo precepto, la propia sentencia recurrida no lo considera acreditado por las razones que expresa en



el fundamento de derecho cuarto; por todo lo cual debe concluirse que no ha quedado acreditada la causa de despido alguna, procediendo la estimación del cuarto motivo del recurso y con ello del recurso mismo, al haberse dado respuesta con lo antedicho al quinto y último motivo; y en consecuencia, la declaración del despido como improcedente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 55.4 ET y 108 LRJS , con las consecuencias legales inherentes a dicha calificación establecidas en los artículos 56 ET y 109 LRJS , esto es, la obligación de empresario de optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, debiendo advertir que dada la antigüedad del trabajador (22-2-1012) no es de aplicación lo establecido en la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012 , debiendo realizarse en cálculo de la indemnización con arreglo a una antigüedad de 56 meses y a razón de 1.392,45 € mensuales (no pueden ser diarios como, erróneamente -entendemos-, se hace constar en el ordinal primero), o 45,65 € diarios, lo que hace un total de 7.030,73 € de indemnización.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y especial aplicación

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de Rubén contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real , en autos 802/16 sobre despido, siendo parte recurrida la empresa TEPOL SEGURIDAD SLU, debemos **revocar y revocamos** la citada resolución, para dictar otra por la que, estimando la demanda, debemos declarar y declaramos improcedente el despido, condenando a la empresa TEPOL SEGURIDAD SLU a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de 7.030,73 €. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social . La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número **ES55 00493569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/ CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) **0044 0000 66 1416 17**, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de citada Ley , que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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