



Roj: **STSJ CAT 2883/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:2883**

Id Cendoj: **08019340012018101890**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2018**

Nº de Recurso: **255/2018**

Nº de Resolución: **1887/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO GARCIA OLLES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2016 - 8012792

CR

Recurso de Suplicación: 255/2018

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. EMILIO GARCIA OLLÉS

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 22 de marzo de 2018

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 1887/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por Joaquín frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Barcelona de fecha 28 de abril de 2017 dictada en el procedimiento Demandas nº 270/2016 y siendo recurrido/a Superficies de Alimentación, S.A., Fondo de Garantía Salarial y Ministerio Fiscal, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. EMILIO GARCIA OLLÉS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de abril de 2016 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 28 de abril de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"Que, desestimando la demanda interpuesta por Don Joaquín contra SUPERFICIES DE ALIMENTACIÓN, SA. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, habiendo sido citado el Ministerio Fiscal, debo absolver y absuelvo a la empresa demandada de las pretensiones en su contra ejercitadas. "

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



" **PRIMERO** .- El actor ha estado prestando servicios para la empresa demandada, en el centro de trabajo de Castelldefels, con una antigüedad desde 18 de diciembre de 2006, ostentando la categoría profesional de grupo IV nivel 2 y con un salario mensual bruto, incluida la parte proporcional de pagas extras, de 1.498,68 € (informe de vida laboral, folios 27 a 31, certificado de empresa, folio 65, contrato de trabajo, folios 41 a 43 y hojas de salario, folios 44, 45 y 74 a 76, en extremos no controvertidos).

A la relación laboral entre las partes es de aplicación el Convenio colectivo del sector de supermercados y autoservicios de alimentación de Barcelona y su provincia (convenio, a folios 47 a 59, por reproducido).

SEGUNDO .- El encargado de la tienda de Castelldefels en que prestaba servicios el actor, Severiano , que está en esta tienda desde enero/2015, venía observando en los últimos meses que se producían muchas devoluciones de productos y que había en el almacén mucho material caducado que se encontraba abierto. En la semana del 8 al 13 de febrero de 2016 el encargado estuvo de vacaciones y al regresar procedió a visionar la grabación de la cámara del almacén de esa semana y a poner el resultado en conocimiento de la empresa (testifical de Severiano , encargado de la tienda).

TERCERO .- Mediante comunicación escrita de fecha 11 de marzo de 2016, entregada al actor ese día, la empresa demandada le ha notificado su despido disciplinario con efectos del mismo día (carta de despido, obrante a folios 11-12, 39-40 y 63-64, que dada su extensión se da por íntegramente reproducida).

CUARTO .- El día 10 de febrero de 2016, a las 18:23 horas, el actor se encontraba en el almacén de la tienda y se dirigió a la estantería donde se colocan los productos caducados o en mal estado, llevando un paquete en la mano. Sacó el producto del paquete, se lo comió y colocó lo que quedaba del paquete en la estantería de devoluciones y productos en mal estado.

El día 11 de febrero de 2016, a las 19:26 horas, el actor estaba en el almacén de la tienda, con un paquete abierto en las manos, se comió el contenido del mismo y dejó los restos en la estantería de las devoluciones.

El día 13 de febrero de 2016, a las 18:46 horas, el actor, estando en el almacén, se dirigió a la estantería de las devoluciones y productos en mal estado con un paquete en la mano, lo abrió y se puso a comer su contenido, dejando los restos en dicha estantería. Y a continuación se puso a fumar un cigarrillo en el mismo almacén (grabación de la cámara del almacén de la tienda, obrante a folio 79, en la que el actor se ha reconocido y que han identificado como la grabación que visionaron relativa a los hechos de la carta de despido, la testigo Noemi , formadora de cajas y supervisora y el testigo Severiano , encargado de la tienda del actor).

En esos días el actor no había pasado ningún producto por caja para su consumición (interrogatorio de la legal representante de la demandada).

QUINTO .- Hace más de diez años que en todas las tiendas de la empresa demandada se han instalado cámaras de seguridad. En la del actor hay una en el almacén y otras en la tienda propiamente dicha. Al hacer la instalación la empresa se lo comunicó a los trabajadores de todas las tiendas y a sus representantes legales, que se informaron de la legalidad de la medida, indicándoles los sindicatos que sí podían instalarse las cámaras. Con posterioridad la empresa ha informado por escrito a los trabajadores de la existencia de las cámaras, así como de la utilización que puede hacerse de la grabaciones, incluso con fines disciplinarios (comunicación sobre la existencia de cámaras efectuada al actor, a folio 66, que se da por reproducida y que ha reconocido su firma en el interrogatorio en juicio y testifical de María Esther , cajera que lleva 30 en la empresa y 20 en el Comité de empresa y que ha reconocido el documento obrante al folio 66 como el que se entregó a los trabajadores y testifical de Noemi , formadora y del encargado Severiano).

SEXTO .- En la empresa demandada existe una normativa de reglas de funcionamiento en las tiendas, con disposiciones concretas relativas a la imagen del

trabajador, atención al cliente, a funcionamiento de las cajas, a compra por parte de los trabajadores, a prohibición de comer y beber y de fumar en el establecimiento, etc. Esas normas, que en ocasiones se van actualizando, se remiten periódicamente a los responsables de las tiendas. Existen normas que siempre se han mantenido igual, cuales son: que no se puede comer, beber, ni fumar en el establecimiento; que las compras que hagan los empleados durante la jornada requieren autorización del responsable, no interferir en la atención al cliente, pasarse inmediatamente por caja y pagarse al momento; y que no se puede coger ningún producto de la tienda, aunque sea una sobra, se haya tirado, o esté abierto. En concreto al actor se le han entregado en 14/05/2015 y en 19/11/2011 las normas al respecto (documentos obrantes a folios 67 a 71 y 72-73, respectivamente, que se dan por íntegramente reproducidos y en los que el trabajador ha reconocido su firma en el interrogatorio en juicio y testifical de Noemi , formadora y supervisora y de María Esther , miembro del Comité de empresa, que ha reconocido los referidos documentos como los que se entregan a los trabajadores).



SÉPTIMO .- Como consecuencia del visionado de las cámaras de seguridad, la empresa demandada ha despedido a otros tres trabajadores de la tienda de Castelldefels en las mismas fechas y por los mismos motivos que al actor (carta de otro de los despedidos, a folios 77-78, por reproducida).

OCTAVO .- La demanda de conciliación administrativa previa se presentó en fecha 5 de abril de 2016, el intento conciliatorio tuvo lugar, sin avenencia, el día 22 de abril de 2016 y la demanda origen de estas actuaciones se presentó en fecha 6 de abril de 2016 (folio 15). "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte demandada Superficies de Alimentación, S.A., a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la sentencia recurrida se declara procedente el despido del trabajador, por trasgresión de la buena fe contractual, al haber consumido en el almacén en tres ocasiones productos caducados o en devolución por mal estado, sin haberlos pasado por caja, y haber fumado un cigarrillo en una de estas veces, lo que se probó a través del visionado de la grabación de la cámara del almacén, existiendo esta cámara y otras en las tiendas desde hacía más de diez años, comunicado en su día a la representación legal de los trabajadores, y, posteriormente, se dice a los trabajadores, en concreto al demandante en el escrito que figura como folio 66, que la sentencia da por reproducido, en el que, sin fecha, consta que se le informa de la utilización de cámaras instaladas en los centros de trabajo con la finalidad principal de la seguridad de los trabajadores y del registro de posibles ilegalidades de personas ajenas a la sociedad, pudiendo utilizarse las imágenes y grabaciones obtenidas para la imposición de sanciones disciplinarias. En la sentencia se declara probado también que el encargado de la tienda venía observando en los últimos meses que se producían muchas devoluciones de productos y que había mucho material caducado abierto; y que como consecuencia del visionado se despidió a otros tres trabajadores por hechos y en fechas similares, si bien este punto se modificará aquí, quedando en uno.

SEGUNDO.- En un primer motivo del recurso, aunque sin invocar el párrafo a) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, pero claramente dentro de su objeto, se solicita la reposición de los autos al momento de producirse infracción de normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, por infracción del artículo 90.2 de dicha Ley en relación con el artículo 87 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y se sostiene la ilicitud de la prueba de reproducción de las grabaciones efectuadas por la vídeo cámara, contra lo que se protestó al admitirse, por ser contraria a derechos fundamentales, en concreto a la intimidad y a la protección de datos, pues, dice, se trata de la instalación de cámaras permanentes y ocultas, sin sospechas de anomalías que las justificaran, y sin acreditarse la información al trabajador, en tanto que la comunicación carece de fecha y podría ser posterior a los hechos.

TERCERO.- Según tiene declarado el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia 39/2016, a pesar de que no se requiere el consentimiento expreso de los trabajadores para adoptar esta medida de vigilancia que implica el tratamiento de datos, por entenderlo implícito, persiste el deber de información del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que se concreta en el artículo 3 de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, BOE del 12 de diciembre de 2006 y rectificación en el del 3 de enero de 2007, según el cual: "Los responsables que cuenten con sistemas de videovigilancia (...) deberán: / a) Colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados y / b) Tener a disposición de los/las interesados/as impresos en los que se detalle la información prevista en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999". Este deber de información se ha omitido. Además, tampoco se ha justificado la fecha de comunicación al demandante, por no figurar en el escrito, y pudiera ser incluso posterior a los hechos. De todas maneras, ello sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada, como expresa la antedicha sentencia, con cita de la 292/2000 en relación con el carácter no ilimitado del derecho.

CUARTO.- Para el triple juicio de proporcionalidad de la medida, en los términos en que se recoge en esta sentencia del Tribunal Constitucional, invocando con carácter general las sentencias 66/1995, 55/1996, 207/1996 y 37/1998, se ha de valorar si lo cumple la colocación de una cámara de vídeo vigilancia en el almacén durante más de diez años con la finalidad de garantizar la seguridad de los trabajadores y del registro de posibles ilegalidades de personas ajenas a la sociedad, siendo su uso para fines disciplinarios una posibilidad secundaria; de entrada, no está justificada, en ausencia de un solo caso constatado, preexistente a la instalación o en todo este tiempo, de accidentes laborales o situaciones de riesgo en el trabajo, o de ilícitos



por personas ajenas a la sociedad, y, por esto mismo, no puede ser idónea para aquel objetivo propuesto; en ausencia de estos antecedentes, es del todo punto innecesaria; y, en fin, tampoco es ponderada o equilibrada, en tanto que es claramente excesivo mantener un control permanente de los trabajadores del almacén durante más de diez años, para supuestamente garantizar su seguridad en el trabajo o la licitud del comportamiento de personas externas. Desde luego que no puede justificarse en la finalidad disciplinaria, ya que la existencia de devoluciones y material caducado abierto se observó en los últimos meses, esto es, pasados muchos años desde la instalación, y, por ello, tampoco sería idónea, ni necesaria, ni ponderada, para este objeto. Y a ello no obsta que pudiera serlo de forma sobrevenida por esta observación del encargado en los últimos meses, en tanto que no se informó de ello ni a la representación legal de los trabajadores ni al demandante. En este sentido, muy recientemente, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda y otros contra España .

QUINTO.- En consecuencia, este medio de prueba se obtuvo mediante procedimientos que suponen violación del derecho a la intimidad del artículo 18.1 y 4 de la Constitución Española , y no debió ser admitida, conforme al artículo 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ; sin embargo, como que la sanción, fundada en esta única prueba, ha de ser declarada nula, según tiene declarado el Tribunal Constitucional en sentencia 29/2013 , es contrario a la economía procesal estimar este motivo y reponer las actuaciones para continuar el juicio desde el momento en que se admitió indebidamente, debiendo, en su lugar resolver en este sentido expuesto dentro del examen normativo.

SEXTO.- En el motivo segundo, al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se propone en primer lugar una nueva redacción del hecho probado segundo, para que pase a decir que no se puede acreditar lo que ahí se dice, lo que no se acogerá, por tratarse de hechos negativos que no tienen cabida en esta declaración; seguidamente, una redacción alternativa del cuarto, innecesaria, toda vez que fue el obtenido merced a la grabación y que, por lo expuesto, no puede ser tenido en cuenta; a continuación del quinto, para que se diga que no ha quedado acreditada la fecha de comunicación al demandante y su finalidad, ni tampoco fehacientemente a la representación legal de los trabajadores, que igualmente se rechaza, por consistir en hechos negativos y, además, haberse ya expuesto el contenido de la comunicación al actor, sin fecha, por lo que es innecesaria la reiteración; y, sin embargo, se acogerá en parte la modificación del hecho probado séptimo, pues la sentencia dice que se despidieron a otros tres trabajadores de la tienda y cita una carta de despido, por lo que es obvio que sólo se prueba el despido de un solo trabajador, de ahí que en este hecho probado se sustituye la mención de otros tres trabajadores y en su lugar ha de decir de otro trabajador.

SÉPTIMO.- El tercer motivo del recurso se formula al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , dividido en cuatro apartados, y se alega en el primero o A) la infracción del artículo 55.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre en relación con el artículo 18.1 y 4 de la Constitución Española por vulneración del derecho a la intimidad y a la protección de datos, en relación con la prueba a través de las cámaras de vídeo vigilancia, debiendo declararse la nulidad del despido; en el segundo o B), la infracción de los artículos 55.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 40.A) 3 b) y g) del convenio colectivo de trabajo del sector de supermercados y autoservicios de alimentación de la provincia de Barcelona, por infracción de los requisitos de forma del despido al calificarse erróneamente los hechos, solicitando su improcedencia; y esta misma petición se reproduce en el tercero o C), en el que se sostiene la infracción del artículo 54.2.d) en relación con el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y el indicado del convenio colectivo, y en el cuarto o D), en el que se invoca la teoría gradualista.

OCTAVO.- Como ya se ha expuesto, el despido, fundado en esta única prueba lesiva de derechos fundamentales es nulo, en concordancia con los artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ; por lo tanto, se estima el motivo en su primer apartado, lo que da lugar a la estimación del recurso, y, según prevén los artículos 201.1 y 202.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se revocará la sentencia y, resolviendo sobre el fondo del debate suscitado en la instancia, en su lugar se estima la demanda, declarando la nulidad del despido, con la condena prevista en los artículos 55.6 del Estatuto y 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por don Joaquín contra la sentencia de fecha 28 de abril de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Barcelona en los autos 270/2016, la cual debemos revocar, y en su lugar estimamos la demanda promovida por el susodicho recurrente, declaramos el despido nulo, y



condenamos al empresario Superficies de Alimentación, SA, a la readmisión inmediata del trabajador con el abono de los salarios dejados de percibir, y al Fondo de Garantía Salarial a estar y pasar por ello.

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

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

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