



Roj: **STSJ NA 227/2018 - ECLI: ES:TSJNA:2018:227**

Id Cendoj: **31201340012018100138**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2018**

Nº de Recurso: **62/2018**

Nº de Resolución: **121/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ARNEO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ILMA. SRA. D^a CARMEN ARNEO DIEZ

PRESIDENTA EN FUNCIONES

ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI

ILMO. SR. D. MIGUEL AZAGRA SOLANO

En la Ciudad de Pamplona/Iruña, a VEINTICINCO DE ABRIL de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A N^o 121/2018

En el Recurso de Suplicación interpuesto por JUAN CARLOS PERALTA CALVO, en nombre y representación de Dña. Evangelina , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social N^o 2 de Pamplona/Iruña sobre DESPIDO, ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. CARMEN ARNEO DIEZ, quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de lo Social n^o DOS de los de Navarra, se presentó demanda por DÑA. Evangelina , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia que declare la nulidad o subsidiaria improcedencia del despido, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración, condenando igualmente a abonar a la demandante una indemnización de 50.000 Euros por los daños y perjuicios causados.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el Sr. Secretario. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO: Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que, desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Dña. Evangelina frente a D. Luis Andrés , en materia de impugnación de despido (disciplinario), debo declarar y declaro la procedencia del despido de que fue objeto la demandante con efectos del 24 de marzo de 2017, absolviendo al empleador demandado de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO : En la anterior sentencia se declararon probados:- "PRIMERO.- 1.- Dña Evangelina , DNI NUM000 , prestó servicios para el empleador demandado, D. Luis Andrés , con una antigüedad de 18 de febrero de 1994, categoría profesional de notificadora y percibiendo un salario bruto diario de 53,59 €, con prorrata de pagas extras incluida (1.630,04 x12/365) (no controvertido). 2.- La demandante no ostenta ni ha ostentado la



condición de representante de los trabajadores (no controvertido)-SEGUNDO.- El empleador demandado tiene adjudicado desde hace años la contrata del Ayuntamiento de Pamplona referida a notificaciones derivadas de la vía de apremio en procedimientos de gestión recaudatoria por tributos municipales u otros ingresos municipales de derecho público y de los expedientes sancionadores por infracciones de la ley de tráfico, de circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Obra en autos la documentación relativa al concurso y su adjudicación al demandado, que se tiene por reproducida (folios 218 a 281 y CD que consta en folios 151 y 152).- TERCERO.- En fecha 24 de marzo de 2017 le fue notificado a la demandante su despido disciplinario con efectos del mismo día, por la comisión de faltas muy graves de "fraude, deslealtad o abuso de confianza en el desempeño del puesto de trabajo" y "desobediencia a los superiores (...) con quebranto manifiesto de la disciplina o perjuicio notorio para la empresa" del art. 29 del convenio de aplicación y 54, 2 b) y d) ET . La carta obra en autos y se tiene por reproducida (folios 14 a 17, 157 a 160 y 542 a 545).-CUARTO.- 1.- Obra en autos informe de detectives, de fecha 14 de marzo de 2017, elaborado tras seguimiento efectuado a la demandante los días 9, 11, 16, 17, 18 y 26 de enero y 1, 2 y 3 de febrero de 2017, que se tiene por reproducido (testificales de Dña Almudena y D. Evelio , detectives, y folios 438 a 540). 2.- Se tiene por reproducidas todas las notificaciones aludidas en la carta de despido (folios 58 a 85 y 161 a 217). 3.- También se tiene por reproducidas las órdenes de trabajo de los notificadores de la demandada del periodo 2 de enero a 24 de marzo de 2017, entre las que se encuentran las de la actora, así como relación de las calles y números en los que se asignaron notificaciones a la demandante los días que figuran reseñados en la carta de despido (folios 86 a 148). 4.- A) La actora, los días 11, 16, 17, 18 y 26 de enero y 1 y 3 de febrero realizó las paradas en su jornada para realizar gestiones privadas o pausas para café en las franjas horarias que se detallan en la carta de despido (pág. 1). B) En las notificaciones que se detallan en la pág. 2 de la carta de despido de los días 11, 16, 17, 18, 26 de enero y 1, 2 y 3 de febrero hay inexactitudes en cuanto a la hora real en la que se produjo, con desfases superiores a 10 minutos (en algunos casos casi media hora). C) En 6 notificaciones de los días 11, 17, 18 y 26 de enero hay falsedad. En concreto: - En la de 11 de enero de 2017, de C/ DIRECCION000 , NUM001 , reflejó intento de notificación, con apunte "dicen que no vive ahí", a las 15:30h. A esa hora se encontraba en El Corte Inglés (al que accedió a las 15:12h y salió a las 15:32h para dirigirse a oficina de Caja Laboral del Paseo Sarasate 22, donde realizó operación en cajero automático hasta las 15:45h). No consta que estuviese en el mencionado domicilio de C/ DIRECCION000 , NUM001 . - En la del 17 de enero de 2017, de C/ DIRECCION001 nº NUM002 - NUM003 NUM004 , reflejó intento de notificación en primer intento, con apunte en la casilla "desconocido", a las 18:20h. A esa hora se encontraba en el bar "La Antigua Farmacia", tomando un café (donde estuvo de las 18:20h a las 18:35h). No consta que estuviese en el mencionado domicilio de C/ DIRECCION001 nº NUM002 - NUM003 NUM004 . - El 17 de enero de 2017 reflejó en cuatro notificaciones para contribuyente con domicilio en C/ DIRECCION002 nº NUM005 , NUM005 NUM006 , segundo intento fallido, a las 10:15h, con marcado en casillas "ausente" y "depositado en buzón". A esa hora no se encontraba en ese número de C/ DIRECCION002 , sino en el nº NUM003 y no consta que entrara ese día en el referido domicilio del nº NUM005 . - En la del 18 de enero de 2017, de C/ DIRECCION003 nº NUM003 , NUM003 NUM007 , reflejó intento de notificación en primer intento, con marcado en casilla "ausente". No consta que estuviese en el mencionado domicilio de C/ DIRECCION003 nº NUM003 . NUM004 esa hora se encontraba en el nº NUM008 de esa calle. - En la del 26 de enero de 2017, de TRAVESIA000 nº NUM003 , NUM008 NUM006 , señaló intento de notificación a las 12:50h, con marcado en casilla "ausente". A esa hora se encontraba en C/ Vindangoz. No consta que estuviese en el mencionado domicilio de TRAVESIA000 nº NUM003 en todo el día. - En la del 26 de enero de 2017 de C/ TRAVESIA001 nº NUM009 - NUM010 NUM006 , reflejó intento de notificación, en primer intento, a las 11:15h con marcado en la casilla "ausente". A esa hora estaba en el interior de la cafetería-pastelería situada en C/ TRAVESIA001 nº NUM009 - NUM011 tomando un café y leyendo el periódico (desde las 10:57h a las 11:14h). No consta que entrara en el portal donde reseñó haber intentado la notificación. (folios 58 a 85, 86 a 148 y 161 a 217 y testificales de los detectives Dña Almudena y D. Evelio , cuyo informe detallado obra en folios 438 a 540). QUINTO.- 1.- Obra en autos y se tienen por reproducidas copias de las notificaciones efectuadas por la demandante en el periodo diciembre de 2016 a marzo de 2017 que han tenido que repetirse por la demandada al contener errores (rectificaciones, tachones, etc) (folios 303 a 311, 314 a 321, 324 a 326, 329 a 339, 342, 344 a 347, 351 a 357, 359 a 366, 368, 370, 380, 393 a 394, 400 a 406 y 435). 2.- De los 60 errores detectados en las notificaciones efectuadas en diciembre de 2016, más del 50% eran imputables a la trabajadora demandante (testifical de D. Pio).-SEXTO.- La empresa, tras el despido de la demandante, ha decidido repetir 1200 notificaciones efectuadas por ella ante la falta de certeza sobre la validez de las mismas por sospechas de falsedad o inexactitudes (testifical de D. Pio). SÉPTIMO.- 1.- El trabajo de los notificadores se realiza íntegramente en la calle y no se ficha (testificales de D. Pio , D. Juan Antonio y D. Cirilo). 2.- Las notificaciones se realizan apuntando la hora exacta en que se produce la misma, en el mismo momento de producirse o ser fallida y a bolígrafo. En años anteriores se apuntaba la primera notificación a lápiz por el notificador y la empresa, posteriormente, en las oficinas, a bolígrafo. Desde hace años, sin embargo, el modo de actuar es el mencionado de apuntar la hora exacta directamente y de forma definitiva por el notificador (testificales de D. Pio , D. Juan Antonio y D. Cirilo). 3.- Los notificadores no



tienen tiempo asignado para interrupciones o descansos (café, etc), si bien pueden acudir a cafeterías, etc., para ir al baño en un contexto de buena fe; en tal caso, lo habitual es que esas paradas sean de menos de 10 minutos (testificales de D. Juan Antonio y D. Cirilo). OCTAVO.- 1.- El horario que tenían asignado los notificadores de la demandada era de lunes a viernes, de 9:00h a 17:30h, con media hora para comer, salvo en verano (julio a septiembre) que era de 9:00h a 15:00h (conformidad). 2.- Con motivo de la entrada en vigor, el 2 de octubre de 2016, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, es necesario que las notificaciones se realicen de forma que: a) debe existir al menos tres horas entre la primera y la segunda notificación; y, b) si la 1ª se realiza antes de las 15:00h, la siguiente ha de realizarse en horario de tarde, aunque se notifique días después. Esto generó la inadecuación de los horarios de trabajo de los notificadores para cumplir con las exigencias legales. La empresa reunió a los notificadores, les explicó los cambios y les ofreció que eligieran ellos el horario siempre que con el mismo se pudiera cumplir con las nuevas previsiones legales. La plantilla eligió realizar horario de lunes a viernes, de 8:30h a 18:30h y de 15:00h a 18:30h todo el año (también en verano). La única trabajadora que no votó a favor de este horario fue la actora, que se mostró muy contrariada con el cambio y manifestó públicamente que no pensaba cumplirlo. La empresa comunicó por escrito la modificación a los afectados el 17 de octubre de 2016. (testificales de D. Juan Antonio y D. Cirilo y folios 546 a 552). 3.- La actora interpuso demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo frente a su empleador el 10 de noviembre de 2016, que recayó en el Juzgado de lo social número 4 de Navarra (Autos 890/2016). El 9 de agosto de 2017 se dictó sentencia, desestimatoria de su pretensión de nulidad o carácter injustificado de la medida. En la sentencia se señala que con el horario anterior la empresa no puede realizar válidamente las notificaciones con arreglo a las nuevas exigencias legales (folios 282 a 299 y 557 a 560).-NOVENO.- No existe el número NUM003 de la C/ DIRECCION004 de Pamplona (folio 577). DÉCIMO.- 1.- La demandante sufrió proceso cancerígeno de pecho en el año 2009. Fue intervenida mediante segmentectomía de mama. Desde hace ocho años sigue tratamiento coadyuvante con tamoxifeno, que le genera cuadro de urgencia miccional (folios 21 y 566 a 569). 2.- Por la referida enfermedad estuvo de baja 17 meses. Al causar alta médica, el 22 de marzo de 2011, solicitó disfrutar de las vacaciones del 2010 "por horas" (trabajando 2'5 horas menos al día hasta agotar el total de horas de las vacaciones), lo que la empresa le concedió (folios 436, 437 y 571 e interrogatorio de la demandante). - UNDÉCIMO.- Es de aplicación el convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Navarra para los años 2015 a 2018 (BON 14 marzo 2017). El régimen disciplinario se encuentra en el art. 29 (no controvertido; se ha unido a las actuaciones copia del mismo, folios 595 a 607).-DUODECIMO.- El preceptivo acto de conciliación se celebró el 27 de abril de 2017, concluyendo con el resultado de sin avenencia (folio 19). "

QUINTO: Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la demandante, se formalizó mediante escrito en el que se consignan seis motivos, del primero al tercero, amparados en el artículo 193 a) de la Ley de la Jurisdicción Social, el cuarto al amparo del artículo 193.b) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para revisar los hechos declarados probados, y el quinto y sexto, amparados en el artículo 193.c) del mismo Texto legal, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción de la garantía de indemnidad del artículo 24 de la Constitución, en relación con el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores que declara nulo el despido operado con vulneración de los Derechos Fundamentales, y se denuncia inaplicación al caso de la declaración de la improcedencia del despido a tenor del artículo 56 en relación con el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores.

SEXTO: Evacuado traslado del recurso fue impugnado por el Ministerio Fiscal y por D. Luis Andrés, asistido del Letrado D. Jesús Martínez Esparza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda de despido deducida por Doña Evangelina, es recurrida en Suplicación por la representación Letrada de la actora a través de seis motivos.

En primer término, por el cauce del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia quebrantamiento de las normas esenciales del procedimiento por falta de aportación con carácter anticipado de la prueba de detectives y de la totalidad de las notificaciones de los días de autos, considerando que ello le provocó indefensión.

En relación concretamente con la no aportación por una de las partes del proceso de la documentación requerida por la contraria, la ley procesal prevé expresamente la consecuencia que de ello puede derivar. Así, se dispone en el artículo 94.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que "Los documentos y otros medios de obtener certeza sobre hechos relevantes que se encuentren en poder de las partes deberán aportarse al proceso si hubieran sido propuestos como medio de prueba por la parte contraria y admitida ésta por el juez o tribunal. Si no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por



la contraria en relación con la prueba acordada". Por tanto, la falta de aportación por una de las partes de la documentación solicitada por la contraria, puede dar lugar a que el Juez de instancia, valorando libremente esta circunstancia en relación con el resto de las pruebas practicadas, tenga por acreditadas las alegaciones hechas en relación con la prueba acordada. Previsiones que no pueden aplicarse en el caso enjuiciado por cuanto el informe del detective privado para cuya aportación fue requerida la empresa, aun cuando esté ratificado en juicio, no pierden su verdadera naturaleza de prueba testifical, si bien que documentada, tal y como afirma el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990 .

Esta última resolución judicial se analiza la eficacia probatoria de los informes de detectives privados y la preferente veracidad de los mismos en relación con otras pruebas en los autos. A este respecto, dispone dicha sentencia que conviene aclarar desde un principio, que dicho medio de prueba, de habitual utilización ya y, en ocasiones, instrumento dotado de exclusividad para el eficaz control por el empresario del exacto cumplimiento de los deberes exigibles al trabajador no constituye, sin embargo, modalidad fedataria alguna susceptible de conformar una prueba documental con garantía pública. En este sentido es de señalar, reiterando un criterio unánimemente compartido por la doctrina y la jurisprudencia, que dicha prueba no merece, sino, el calificativo de testifical.

El valor probatorio de dicha prueba - prosigue la sentencia - no tiene, por tanto, una especial singularidad, en función de la cualificación profesional de quien la produce, sino que queda sometida al régimen general de valoración conforme a las reglas de la sana crítica, que preveía el art. 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 - hoy, artículo 348 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil - en relación con todo el conjunto de pruebas practicadas en juicio. Lógicamente, el testimonio emitido por los detectives privados tiene, en favor de su veracidad, no sólo la garantía de profesionalidad exigible y, en principio, presumible en una profesión, reglamentada legalmente, sino también la que, de modo innegable, proporciona la precisa y continuada dedicación al objeto del ulterior testimonio a emitir y las complementarias acreditaciones, gráficas o sonoras, de que, este último, suele ir acompañado.

Y, en relación con las notificaciones señaladas indicar que de las mismas se le dio traslado al demandante con antelación al juicio, por lo que ninguna indefensión se le pudo causar.

SEGUNDO.- Con el mismo amparo procesal denuncia la indefensión provocada por el rechazo a admitir la concreción de los motivos de oposición a la carta de despido efectuado por la parte demandante en fase de alegaciones, entendiéndose que se produjo un formalismo excesivo a la hora de interpretar el artículo 85.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social puesto que no se alegaron hechos distintos, sino más bien complementarios.

El artículo 80.1.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social prescribe que la demanda debe consignar la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que versa la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previas variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el artículo 72, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad.

Por su lado, el artículo 85.1 de la citada Ley Adjetiva dispone que el acto de celebración del juicio, especificando que el demandante ratificará o ampliará su demanda, aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial.

Como recoge la jurisprudencia, " el objeto procesal único acerca del cual podía debatirse era el contenido en el escrito inicial de la demanda..." (STS de 1 de diciembre de 2015, Recurso 60/2015). " Y al efecto ha manifestado esta Sala que la legislación laboral «cuida con esmero las alegaciones sorpresa que, en un proceso oral como el regulado en dicha norma, impiden la adecuada defensa de la parte» (SSTS 22/03/05- rec. 32/04 -; y 15/11/12 -rcud 3839/11 -)..." (STS de 22 de abril de 2015, Recurso 70/2014), es por ello que «... la interdicción de la variación sustancial de la demanda tiene su raíz en el "derecho a no sufrir indefensión" en el desarrollo del proceso [STS18/07/05-rcud 1393/04 -], el cual está dirigido a "garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso a la defensa de sus intereses o derechos en función de igualdad recíproca" [STC 226/2000 , con cita de varias sentencias precedentes]» (SSTS 15/11/12 -rcud 3839/11 -; 30/04/14 -rco 213/13 -; 22/04/15 -rco 70/14 -; y SG 20/10/15 -rco 172/14 - FJ 5.1.c)..." (STS de 8 de marzo de 2016, Recurso 82/2015).

Y en ese sentido se ha dicho que " A tales efectos, la doctrina de la Sala -tradicional y actual- ha entendido que por variación sustancial de la demanda debe entenderse la que «...afecta de forma decisiva a la configuración de la pretensión recitada o a los hechos en los que ella se funda" introduciendo con ello "un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a la vez de generar para la parte demandada una situación de indefensión"..."» (así, la STS 10/04/14 -rco 154/13 - y todas las que en



ella se citan).....siendo así que tal planteamiento argumental ni tan siquiera se había insinuado en la vía administrativa ni esbozado en la demanda, pues con ello se produjo una radical alteración del fundamento de la pretensión, de su "causa petendi", con la consecuente indefensión que ello hubo por fuerza de comportar para los diversos demandados" (STS de 22 de abril de 2015, Recurso 70/2014).

Así como que podría constituir modificación sustancial de la demanda " La alteración en la línea argumental de la sentencia " (STS de 4 de octubre de 2016 , Recurso 21/2016).

En este caso, la demanda sustenta la nulidad de su despido en la vulneración de la garantía de indemnidad, exponiendo que su cese trae causa de la reclamación de modificación sustancial del horario, puesto que fue la única afectada que lo recurrió. Pues bien, dicha modificación tuvo lugar en octubre de 2016. Sin embargo en el acto del juicio la parte actora intentó aportar hechos nuevos relativos al año 2011, sobre negativa a solicitar incapacidad permanente o sobre su afiliación al sindicato CCOO, alegaciones novedosas que, coincidiendo con el criterio de instancia, resultan inadmisibles por contravenir las previsiones del art 85.1 .2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

TERCERO.- En el tercer motivo, también amparado en el artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , esgrime que se habría producido un quebrantamiento de las garantías del procedimiento al haberse admitido la prueba de detectives obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, concretamente del derecho a la intimidad puesto que los errores sufridos por actora en las notificaciones derivadas de la vía de apremio no justificaban el seguimiento por parte de un detective privado.

Comenzando por la doctrina jurisprudencial en la materia, la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 proclamó con carácter absoluto la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos o libertades fundamentales. Del mismo modo, la doctrina del Tribunal Supremo identifica la prueba ilícita o prohibida con aquélla en cuya obtención o práctica se hayan lesionado derechos fundamentales (ATS de 18 de junio de 1992).

Centrándonos en la vulneración del derecho a la intimidad de la actora, conviene con carácter previo, recordar, respecto a la prueba de detectives, como señala entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1989 , que el testimonio de detectives contratados para controlar la actividad desarrollada por un trabajador no es, en principio y salvo que se valiera de métodos no legítimos para obtener la información, medio de prueba que vulnera el derecho a la intimidad de dicha persona; señala este Alto Tribunal en el fundamento tercero de dicha sentencia que: A (...) "El derecho a la intimidad personal, en cuanto valor fundamental de la propia dignidad humana, por su naturaleza comporta efectivamente, un reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de toda intromisión extraña, cualquiera que pueda ser la legitimidad que acompañe a esta última. En este sentido, no cabe la menor duda de que el ejercicio de la facultad empresarial de exigir, en todo momento, el correcto cumplimiento de los deberes laborales impuestos al trabajador y de instrumentar, al efecto, los mecanismos de vigilancia oportunos que permitan, en su caso, la ulterior y justificada actuación de la actividad sancionadora ha de producirse, lógicamente, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador como así lo imponen, ya de forma específica, los arts. 4, 2 e), 18 y 20, 3 ET , aprobado por Ley 8/80 de 10 marzo , que fue promulgada en virtud de lo dispuesto en el art. 35 CE .

Ahora bien, el respeto de ese valor básico, dentro del que se ha de desenvolver la relación jurídico-laboral, no ha de anular, como es obvio, el derecho de vigilancia que, por preceptiva estatutaria también, incumbe al empresario, integrando la facultad directiva y controladora que se revela imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial. De ahí que, cuando dicho derecho y facultad se ejercen de la única forma o manera que permiten las características del trabajo desarrollado que, en este caso, se ejerce como actividad recaudatoria fuera del centro de trabajo, no quepa, en modo alguno, oponer a tal ejercicio la propia dignidad o intimidad personal del trabajador, pues ello se revela manifiestamente inconsistente y fruto de una carencia argumental propiciadora de una adecuada actuación defensiva. Si cuando, como en el caso de autos ocurre, la actividad laboral se desarrolla necesariamente fuera del centro de trabajo y, en consecuencia no existe otro medio de control admisible que el seguimiento extremo del trabajador, ante la sospecha de un incumplimiento, por su parte del cometido laboral que tiene asignado, obvio resulta que tal medida controladora o de vigilancia no puede tildarse de atentatoria a la propia dignidad personal del trabajador y, mucho menos, a su intimidad personal, por cuanto sostener lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa".

Haciendo abstracción del caso concreto que la suscitó, la doctrina transcrita es sin duda aplicable al presente caso. Pues bien, conforme a esta doctrina, es claro, que en principio no pueden tildarse de ilegales ni de vulneradores del derecho a la intimidad y a la propia imagen los informes de los detectives, salvo que el examen del caso concreto revele, precisamente, la no legitimidad de la investigación (...).



En la STS de 19.7.1989 se estudia un supuesto en el que, como aquí, se sostiene la vulneración del art. 18 de la CE con el argumento de que éste:

"(...) ampara el derecho fundamental a la intimidad personal, entendiéndose, por el recurrente, que la utilización por la empresa del servicio de detectives privados para comprobar el incumplimiento de los deberes contractuales en que se apoya el despido de autos conculca el expresado derecho constitucional (...) El derecho a la intimidad personal, en cuanto valor fundamental de la propia dignidad humana, por su naturaleza comporta efectivamente, un reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña, cualquiera que pueda ser la legitimidad que acompañe a esta última. En este sentido, no cabe la menor duda que el ejercicio de la facultad empresarial de exigir, en todo momento, el correcto cumplimiento de los deberes laborales impuestos al trabajador y de instrumentar al efecto, los mecanismos de vigilancia oportunos que permitan, en su caso, la ulterior y justificada actuación de la actividad sancionadora ha de producirse, lógicamente, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como así lo imponen, ya de forma específica, los artículos 42 -e), 18 y 20-3 del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo, que fue promulgada en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución Española . Ahora bien, el respeto de ese valor básico, dentro del que se ha de desenvolver la relación jurídico-laboral, no ha de anular, como es obvio, el derecho de vigilancia que, por preceptiva estatutaria también, incumbe al empresario, integrando la facultad directiva y controladora que se revela imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial. De aquí, que cuando dicho derecho y facultad se ejercen de la única forma o manera que permiten las características del trabajo desarrollado que, en este caso, se ejerce como actividad recaudatoria fuera del centro de trabajo, no quepa, en modo alguno, oponer a tal ejercicio la propia dignidad o intimidad personal del trabajador, pues, ello, se revela manifiestamente inconsistente y fruto de una carencia argumental propiciadora de una adecuada actuación defensiva. Si cuando, como en el caso de autos ocurre, la actividad laboral se desarrolla, necesariamente fuera del centro de trabajo y, en consecuencia, no existe otro medio de control admisible que el seguimiento externo del trabajador, ante la sospecha de un incumplimiento, por su parte, del cometido laboral que tiene asignado, obvio resulta, que tal medida controladora o de vigilancia no puede tildarse de atentatoria a la propia dignidad personal del trabajador y, mucho menos, a su intimidad personal, por cuanto sostener lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa."

A la vista de tales consideraciones esta Sala no asume las razones esgrimidas por la parte recurrente para rechazar el citado informe de un detective privado, que tilda de vulnerador de derechos fundamentales, por cuanto el seguimiento ordenado por la empresa no resulta una medida inidónea o desproporcionada, al no tratarse de una investigación caprichosa ordenada con el prohibido ánimo de satisfacer la curiosidad del empresario, por lo que se cumplirían los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, exigidos por la Jurisprudencia Constitucional (STC de 18.5.2009 y las en ella citadas), sino de un seguimiento estuvo motivado por el desproporcionado número de errores en las notificaciones efectuadas por la actora en el mes anterior y, también, por la propia manifestación que tras la modificación horaria operada no estaba dispuesta a cumplir el nuevo horario .

CUARTO.- Ocho son las revisiones fácticas interesada en el siguiente motivo.

La primera, del hecho probado cuarto, al objeto de que en el mismo se declare probado que la recurrente, el pasado 11 de enero de 2017, tomó el autobús de la línea 4 a las 4,57 horas en Burlada y le dejó al lado del Corte Inglés, establecimiento donde efectuó una devolución de un artículo a las 15,16 horas, según deduce de la tarjeta de transporte y del ticket del establecimiento.

Pretensión que no puede acogerse pues ninguna de las pruebas citadas evidencia los extremos pretendidos.

La segunda, que afecta también al hecho probado cuarto, intenta adicionar que las notificaciones del días 17 de enero se hicieron con el error en la indicación de los portales y que la DIRECCION004 nº NUM003 se efectuó en la personal del bedel del Colegio Público San Jorge. Sin embargo esta última no se imputa como causa de despido y las otras no consta que fueran erróneas y sí, en cambio, que a la hora en que se dice se realizaron la actora estaba en un bar.

Idéntica suerte desestimatoria merecen el resto de revisiones interesadas pues: la supresión de los ordinales quinto y sexto se sustenta en la falta de valor de la prueba testifical, que carece de eficacia revisoria; las del hecho séptimo por el mismo motivo y, también, porque carece de transcendencia; la atinente al ordinal octavo porque la conclusión del Juzgador de instancia se extrae del resultado de la prueba testifical en el sentido de que tras la modificación horaria, que fue aceptada por mayoría por los trabajadores de la empresa, la actora se mostró muy contrariada con el cambio manifestando públicamente que no lo pensaba cumplir, sin que conste acreditado que condicionase su cumplimiento a la previa notificación por escrito que, por otra parte, la empresa



hizo a todos los afectados; y, finalmente, las tres adiciones, porque ninguna de ellas tiene transcendencia en orden a lograr modificar el pronunciamiento de instancia.

QUINTO.- En el primer motivo de censura jurídica se insta la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad del artículo 24 de la Constitución Española, en relación con el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, considerando que sus conflictos con la empresa se remontan a su tratamiento contra el cáncer de mama que padeció y la pretensión de la empresa para que solicitara una Incapacidad Permanente Total, lo que junto al hecho de que fue la única empleada que impugnó la decisión empresarial de cambio de horario y que mostró con su disconformidad con la postura empresarial de no subrogación de los notificadores en el concurso para la licitación y adjudicación del servicio de recaudación ejecutiva el Ayuntamiento de Pamplona, le lleva a mantener que existen suficientes indicios sobre la vulneración denunciada, que no habiendo sido destruidos por la empleadora determina la nulidad de su cese.

A este respecto, es preciso recordar que es doctrina del Tribunal Constitucional, aquella que dice que cuando se alegue que una determinada decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del "onus probandi" no basta que el actor la tilde de discriminatoria o vulneradora de derechos fundamentales, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación o vulneración de derechos-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (por todas, SSTC 293/1993, de 18 de octubre, F. 6; 85/1995, de 6 de junio, F. 4; 82/1997, de 22 de abril, F. 3; y 202/1997, de 25 de noviembre, F. 4; 74/1998, de 31 de marzo, F. 2).

La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, fundamentos jurídicos 2 y 3), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria.

El primer elemento es la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, fundamento jurídico segundo), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél, un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 166/1987, 114/1989, 266/1993, 293/1994, 180/1994 y 85/1995). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

Es una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales.

Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (reflejan estos criterios las SSTC 38/1981, 104/1987, 114/1989, 21/1992, 85/1995 y 136/1996, así como también las SSTC 38/1986, 166/1988, 135/1990, 7/1993 y 17/1996). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (SSTC 197/1990, F. 1; 136/1996, F. 4, así como SSTC 38/1981, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 147/1995 o 17/1996).

Así las cosas, en relación con la vulneración del derecho fundamental invocado por la trabajadora demandante no consideramos que se aporten indicios suficientes de tal proceder en cuanto, por una parte, no podemos atender a la supuesta negativa de la actora para solicitar en el año 2011 una Incapacidad Permanente Total por constituir un hecho nuevo y, de otra, porque la previa demanda interpuesta impugnando la modificación horaria concluyó con sentencia del Juzgado de lo Social N° Cuatro de 9 de agosto de 2017 al declararla justificada.

Las anteriores consideraciones impiden estimar el motivo.



SEXTO.- Finalmente se denuncia la inaplicación del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 55.4 del mismo texto legal , sobre improcedencia del despido al entender que la trabajadora no incurrió en falsedad alguna o intento de notificación no realizada.

Sin embargo, inalterado el relato fáctico de la sentencia del mismo se desprende que siendo su profesión habitual la de notificadora para la empresa demandada, adjudicataria de la contrata del Ayuntamiento de Pamplona referida a la notificaciones derivadas de la vía de apremio en procedimientos de gestión recaudatoria por tributos municipales u otros ingresos municipales de derecho público y de los expedientes sancionadores por infracciones de la ley de tráfico, durante los días 11,16,17, 18 y 26 de enero y 1 y 3 de febrero de 2017 realizó una serie de paradas durante su jornada laboral para gestiones privadas e incurrió en falsedades en las seis notificaciones que se detallan en el hecho probado cuarto, conductas que implican un grave quebrantamiento de la buena fe contractual, abuso de confianza y desobediencia a los superiores con quebranto de la disciplina y perjuicio notorio para la empresa, tipificadas en el artículo 29 del Convenio Colectivo aplicable y en los apartados b) y d) del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores que justifica la procedencia de la sanción disciplinaria impuesta.

Las anteriores consideraciones comportan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación formulado por la representación Letrada de Doña Evangelina , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N° Dos de los de Navarra, en el Procedimiento N° 368/17, seguido a instancia de la recurrente contra D. Luis Andrés , sobre Despido, confirmando la sentencia recurrida. Sin condena en costas.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.