



Roj: **STSJ GAL 4136/2021 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:4136**

Id Cendoj: **15030340012021102783**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2021**

Nº de Recurso: **1545/2021**

Nº de Resolución: **2645/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **BEATRIZ RAMA INSUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

Correo electrónico:

NIG: 15036 44 4 2019 0002276

Equipo/usuario: MB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001545 /2021-CON

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001119 /2019

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Constanza

ABOGADO/A: JOSE LUIS CALVO CALLEJA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Antonio , Arcadio

ABOGADO/A: RAMON LASO GONZALEZ, RAMON LASO GONZALEZ

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

ILMA SRA D^a BEATRIZ RAMA INSUA

ILMA SRA.D^a TERESA CONDE-PUMPIDO TOURON

ILMO. SR.D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a veintiocho de junio de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001545/2021, formalizado por el/la D/D^a Letrado D. José L. Calvo Calleja, en nombre y representación de Constanza, contra la sentencia número 127/2020 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de DIRECCION002 en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001119/2019, seguidos a instancia de Constanza frente a Antonio, Arcadio, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Constanza presentó demanda contra Antonio, Arcadio, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 127/2020, de fecha dieciséis de junio de dos mil veinte

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

UNICO.- Celebrado el acto de la vista y teniendo presente la dinámica probatoria se procede declarar el siguiente relato fáctico como probado: 1º Que doña Constanza ha prestado servicio para don Arcadio y don Antonio, de alta en seguridad social en el sistema especial de empleados de hogar con categoría profesional de empleada del hogar eventual, a tiempo parcial y salario mensual con inclusión de prorratas de pagas extraordinarias de 451,50 euros. En esta relación laboral se celebraron dos contratos uno con alta seguridad social de 1 de octubre de 2018 con baja 26 de junio de 2019 y un segundo contrato con alta 23 de agosto de 2019 con baja 27 de septiembre de 2019, quedando su antigüedad fijada con fecha 01/10/2018. 2º. Que las ocupaciones de doña Constanza, a prestar de lunes a sábados en horario de 10:00 horas a 14:30 horas, era cuidado de don Antonio, persona mayor y dependiente, la realización de tareas como hacer compra diaria, realizar la limpieza de todas las dependencias, lavar la ropa y planchar, hacer la comida, todas ellas a desarrollar en DIRECCION000 NUM001 DIRECCION001, donde igualmente vivían con don Antonio, don Arcadio, su esposa y sus tres hijos. 3º Que en dicha vivienda de DIRECCION000 NUM000 de DIRECCION001 existe una hucha cuya pertenencia corresponde a los tres hijos, en forma de calabaza, donde se iba poniendo dinero bien por el progenitor don Arcadio, bien por amigos de la familia. 4º Que a raíz de apreciar falta de dinero en la citada hucha, don Arcadio decidió los días 2-3 de septiembre que se instalase una cámara en el interior de la vivienda. 5º Que en al menos dos ocasiones del mes septiembre, con límite en la fecha 26 de septiembre de 2019, doña Constanza sustrajo cantidades de la citada hucha sin contar con el consentimiento, conocimiento o permiso de ninguno de los moradores del domicilio en el que prestaba servicio. 6º Que el 26 de septiembre de 2019 don Martin le dirigió en representación de los Sres. Arcadio Antonio la siguiente carta-burofax a doña Constanza que consta entregada el 30.09.2019 a las 11:08 horas: "Muy Señora mía: Me llamo Martin, abogado colegiado número NUM002 del Colegio de Abogados de DIRECCION002. Le escribo en nombre y representación de Arcadio y de su padre y actual empleador, Antonio, siguiendo las instrucciones que me han dado para comunicarle lo siguiente: Primero.- Lamentablemente mis clientes Arcadio y Antonio se ven en la necesidad de despedirla disciplinariamente. El despido tendrá efectos el día 27 de septiembre de 2019, viernes. Las razones por las que mis clientes han decidido su despido son las siguiente: A mediados del mes de agosto los tres hijos de Arcadio: Juan Pablo de 19 años, Carlos Alberto de 16 y Ángel Daniel de 14 años advirtieron a su padre de la que la calabaza de color naranja que suele estar en el salón al lado del televisor que usan para guardar sus ahorros en monedas, y que se encontraban satisfacción en contar periódicamente, tenía cada vez menos dinero. Por la sospecha de esta observación de sus hijos, don Arcadio adoptó la medida de contar el dinero de la calabaza todos los días con testigos presentes y la medida de instalar una cámara que grabase la hucha con forma de calabaza. El resultado de la mediación del dinero fue el siguiente según anotaciones diarias: lunes 26 de agosto faltan en la calabaza 136 euros; sábado 31 de agosto faltan en la calabaza 112 euros, lunes 2 de septiembre faltan en la calabaza 97 euros, sábado 7 de septiembre faltan en la calabaza 32 euros, lunes 9 de septiembre faltan en la calabaza 78 euros, jueves 12 de septiembre faltan en la calabaza 53 euros, viernes 13 de septiembre faltan en la calabaza 24 euros, sábado 14 de septiembre faltan en la calabaza 17 euros, lunes 16 de septiembre faltan en la calabaza 64 euros, viernes 20 septiembre faltan en la calabaza 42 euros, sábado 21 de septiembre faltan en la calabaza 54 euros total 709 euros. Y el resultado de las grabaciones de la cámara que comprenden más de 130 horas han sido las imágenes en las que se le ve a usted manipulando la calabaza innecesariamente (nada hay que limpiar en ella) y tomando dinero en los días referidos, escogiendo las monedas más grandes y dejando las pequeñas. Acompaño a este escrito tres imágenes como ejemplo,



que le llegarán en blanco y negro porque el burofax no admite color. Estos hechos son una trasgresión de la buena fe contractual y una infracción MUY GRAVE de su contrato de trabajo que justifica su despido con efectos, repito el día 27 de septiembre. Segundo.-Si los hechos son ciertos, entonces es seguro que, en caso de denunciarse a la Policía o al Juzgado como delito de hurto continuado, se abrirá un proceso penal contra usted y posteriormente un juicio para que devuelva el dinero y en su caso posiblemente se le imponga una pena. Mis clientes quisieran evitar estos trámites penales, tristes, molestos, que no reparan el daño emocional a los hijos y sin embargo, poder dar satisfacción a los jóvenes Juan Pablo, Carlos Alberto y Ángel Daniel que han pedido expresamente la devolución del dinero hurtado. A don Arcadio le gustaría poder decirles a sus tres hijos que se ha arrepentido usted del hurto, que tomó dinero prestado para después devolverlo, por ejemplo, y que ha ingresado 709 euros en la cuenta corriente de los muchachos: CAIXA BANK nro NUM003. Acompaño a este escrito un certificado de la titularidad de la cuenta a nombre de los niños. A mí como abogado del asunto me gustaría que si son ciertos los hechos de la carta, usted se redimiese del daño causado a los niños y me evitase tener que redactar la denuncia penal a la policía y/o al juzgado el trabajo enojoso y triste que supone todo ello. Esperaré al día 15 de octubre, martes, para comprobar si usted ejerce su libertad para elegir reintegrar el dinero hurtado que suma 709 euros o si por el contrario prefiere hacer frente al proceso penal y la denuncia. Mi cliente le adeuda la liquidación del mes de septiembre pero hasta el 15 de octubre le he dado instrucciones para que no proceda a hacerle ningún ingreso en su cuenta. Para cualquier detalle o duda del asunto puede usted contactar conmigo en el correo de encabezamiento. Atentamente Martin".7º Que con origen en los hechos descritos en el anterior numeral, se han abierto diligencias previas 81/2020 en el Juzgado de Instrucción número tres de DIRECCION002 habiéndose practicado la declaración del perjudicado don Arcadio, la declaración en calidad de investigada de doña Constanza y de declaración en calidad de testigo de doña Salvadora. 8ºEl trabajador no ostenta la condición de delegado de personal ni miembro del Comité de Empresa ni representante sindical. 9ºPor acta de conciliación de 8 de noviembre de 2019 se celebró acta de conciliación ante al SMAC sin avenencia.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Debiendo desestimar como desestimo totalmente la demanda presentada por la representación legal de doña Constanza frente a don Antonio y Arcadio a quienes en consecuencia debo absolver y absuelvo de la pretensiones sustanciadas, y debo confirmar y confirmo, en su virtud, el despido disciplinario llevado a cabo en la persona de la actora por carta de fecha 26 de septiembre de 2019 entregada aquella el 30.09.2019.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Constanza formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 26 de marzo de 2021.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló día para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada.

Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados, se pretende alterar:

1º modificando el **hecho probado tercero**, para que se le dé nueva redacción del siguiente tenor literal:

"3º Que en dicha vivienda de DIRECCION000 NUM000 de DIRECCION001 existe una hucha en la que don Arcadio depositaba dinero suelto en monedas, cuyo contenido era destinado en buena medida a sufragar las compras de alimentos y otros bienes que Dª Constanza realizaba para su empleador.

4º Que don Arcadio, en fecha indeterminada, decidió instalar una cámara en el interior de la vivienda, sin haber informado previamente a la trabajadora de tal circunstancia.

5º Que doña Constanza, previo acuerdo con D. Arcadio, accedió en varias ocasiones al contenido de la citada hucha, en compensación por los importes previamente abonados por ella en las compras de alimentos y otros bienes que el empleador le encargaba y que Dª Constanza compraba con carácter previo a acudir a la vivienda del demandado, por encargo de este último.



Sostiene la recurrente que la revisión de tal hecho declarado probado va respaldada en documentos, se ampara en documentos obrantes en los autos y las propias declaraciones de actora y demandado. Concretamente en cuanto a los documentos:

a) Documental: El folio número 103, correspondiente al documento probatorio número 3 aportado por el demandado (burofax de fecha 26/09/2019), contiene la relación detallada de las supuestas cantidades que faltan en la hucha. Denuncia en vía penal 21 de enero de 2020. Papeleta de conciliación (de fecha 21/10/2019) y de la correspondiente demanda de despido improcedente (de fecha 21/11/2019).

La pretensión revisoría tal como se formula ha de ser rechazada.

Este Tribunal tiene reiteradamente dicho que el recurso de Suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo, y a tales efectos son invocables documentos y pericias, y exclusivamente en tanto que tales pruebas -documentos y pericias evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia, de manera que -por ello a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (SSTS de 17-octubre-90 [RJ 1990\7929] y 13-diciembre-90 [RJ 1990\9784]), hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia, entre otras, de 3-3-00 [AS 2000\487], 14-4-00 [AS 2000\1087], 15-4-00...).

Reiteradamente hemos puesto de manifiesto, la inadmisibilidad de las modificaciones que se apoyen en otro medio de prueba distinto a pericial y documental, bien entendido que no obsta a que si un precepto legal atribuye a algún otro medio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, pueda alcanzarse esta consecuencia pero sólo si se denuncia la infracción de dicha norma; la insuficiencia del apoyo en documento o pericia, si éste carece -por sí solo, o en virtud de otros medios de prueba practicados en el proceso que la contrarrestan-, de fuerza de convicción suficiente como para mostrar a la Sala de manera patente, sin dejar resquicio a la duda, el error sufrido por el Magistrado; la testifical no constituye prueba legalmente apta para revisar los hechos declarados probados, que conforme a los arts. 191 B) y 194 LPL ha de ser documental y/o pericial. Por ello, el acta de juicio en que se refleja aquella testifical constituye un mero soporte material de constatación-expresión de la práctica de esta prueba, no documento potencialmente revisor.

Y reiteradamente viene poniendo de manifiesto la Sala -Sentencias, entre otros números 6.894/2002, 6.945/2002, 7.290/2002, de 29 y 30 de octubre y 13 de noviembre; 1.254/2003, de 19 de febrero; 5.865/2004 y 6.251/2004, de 30 de julio y 15 de setiembre (Rollos 7605/2001; 1802/2002 y 3557/2002; 5482/2002; y 2813/2003 y 8706/2003)), "que en cuanto a los elementos invocados para la revisión, carecen de eficacia revisoria las manifestaciones de las partes en sus escritos o en el acto del juicio (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1.967, 10 de abril y 20 de noviembre de 1.975), la propia acta del juicio (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1.967, 31 de diciembre de 1.975 y 28 de febrero de 1.977), así como las pruebas de confesión en juicio y testifical (Sentencias del Tribunal Supremo 18 de marzo de 1.974, 17 de mayo de 1.976, 24 de abril de 1.975 y 5 de junio de 1.976, y de esta Sala, números 5.437/94, de 13 de octubre y 6.131/95, de 11 de noviembre, entre otras muchas, así como también las números 2.669/99, de 8 de abril y 9.352/99, de 30 de diciembre, entre otras muchas), y de la misma manera la carta de despido.

Por otra parte, la revisión en los términos en que se formula presenta un claro signo conclusivo-valorativo más que meramente fáctico, resultando de la interpretación de los documentos que hace la parte recurrente, debiendo recordarse a este respecto que la prueba ha de ser fehaciente, es decir, debe reflejar la verdad por sí sola, y con ello el error del Juzgador, sin otras consideraciones colaterales, hipótesis o conjeturas, porque, si éstas se admitieran, la Sala se encontraría suplantando al Juez de lo Social en la valoración de la prueba, como si de un nuevo juicio se tratara (una mera apelación) y no resolviendo un recurso que tiene naturaleza extraordinaria. Y tampoco se ha admitido la alegación de prueba negativa, es decir, la consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido suficientemente, salvo en el caso de que se haya infringido la regla constitucional de mínima actividad probatoria, es decir, exista una total y absoluta falta de prueba al respecto, STS 18-3-1991 y STS 3-4-1998 lo que sin duda no concurre en el supuesto de autos. Y sin que, a tal efecto, quepa una valoración ex novo de toda la prueba practicada, STC 294/1993.

SEGUNDO.- Mediante examen de infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, al amparo de la letra c) del art 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social alega infracción del art.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y la del art. 3 de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el

tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras . Y de la sentencia del Tribunal Constitucional , 39/2016, de 3 de marzo de 2016 .

Estimando el recurrente que, si bien la actora, antes de comenzar la relación laboral con el demandado, escuchó a una amiga sobre la existencia de cámaras en la casa, el demandado empleador en momento alguno realizó la preceptiva información previa a la trabajadora acerca de la instalación de cámaras de vigilancia en la vivienda que constituía el lugar de trabajo de aquella. El Sr. Arcadio no advirtió a la trabajadora de la existencia de esa cámara espía, ni documental, ni verbalmente. Ni siquiera hizo uso del distintivo reglamentario al efecto. Y que la obligatoriedad de la referida información previa ha sido establecida definitivamente por el Pleno de nuestro Tribunal Constitucional, el cual, a medio de la Sentencia 39/2016, de 3 de marzo de 2016.

Como señalamos en sentencia de este mismos STSJ Galicia, Social sección 1 del 15 de febrero de 2021 (ROJ: STSJ GAL 1178/2021 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:1178) Recurso: 4586/2020:

"..... la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), en cuyo artículo 89 , intitulado "derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de video vigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo", se establece que "los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de Función Pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo", agregando que "los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida". Pero se añade que "en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta Ley Orgánica". En dicho artículo 22.4 se establece que "el deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 . También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información. En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado Reglamento".

De estas normas actualmente vigentes se deducen dos marcos habilitantes de la video vigilancia en el trabajo, sometidos cada uno a diferentes exigencias.

- Uno de ellos se refiere a la que podríamos denominar video vigilancia laboral específica, que obliga al empleador al cumplimiento de las exigencias establecidas en la legislación laboral (artículo 20.3 del ET , artículo 18 de la CE y artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , de ahí la exigencia de superar, para la legitimidad de la restricción de los derechos fundamentales de la persona trabajadora, un juicio de proporcionalidad basado en los tres subjuicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y a que informe con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida. Lo que no exige la norma es comunicar la ubicación exacta de las cámaras, con lo cual se habilita para la colocación de cámaras ocultas siempre que se cumplan las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

- El otro marco regulador presupone la existencia de una video vigilancia implementada por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones (artículo 22 de la LOPD), esto es de carácter no laboral y en cuya ejecución aparece un hallazgo casual relacionado con la actividad laboral del personal al servicio de la empleadora, esto es "en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores", sin limitar el acto ilícito al delito penal, con lo cual entraría un ilícito solo laboral. **Basta en este caso para cumplir con el deber de información, con la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos ARCO reforzados según aparecen regulados en los artículos 15 a 22 del RGPD (acceso, rectificación, cancelación y oposición + derecho al olvido, la limitación del tratamiento y la portabilidad de los datos). Tampoco aquí se exige informar de la ubicación de las cámaras, pues aunque sea muy habitual colocar el dispositivo informativo debajo de la cámara, es suficiente con colocarlo en un lugar visible en que las personas interesadas puedan leerlo antes de que se las grabe y, por tanto, puedan decidir si seguir adelante y ser grabadas, o por el contrario no entrar en la zona videovigilada.**

Lo que no contemplan estas normas es la video vigilancia sin una información, más o menos amplia, a las personas interesadas (lo que constituiría una cámara secreta), salvo (y esto abriría la posibilidad de un tercer



marco legal habilitante de la video vigilancia) si esa video vigilancia está permitida por una norma en ámbitos en que no resulta aplicable la normativa sobre tratamiento de protección de datos personales (el ejemplo más evidente: el tratamiento por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención; ver *artículo 2 Reglamento (UE) 2016/679 y artículo 2 de la LOPD*).

TERCERO.- De conformidad con lo expuesto, y la aplicación de la normativa anterior, y sus consecuencias, al supuesto de autos, nos hace centrar la cuestión en si la actuación de la empresa está amparada en alguno de los marcos legales habilitantes para la restricción del derecho fundamental a la protección de datos personales aunque no haya indicado la ubicación de las cámaras (lo que, como hemos avanzado, es perfectamente legítimo en cualquiera de los marcos habilitantes contemplados en el artículo 89 de la LOPD), o ha establecido una video vigilancia no amparada en ninguno de los marcos legales habilitantes (lo que nos situaría ante una video vigilancia secreta que no se encuentra permitida fuera de los casos a que más arriba se ha aludido, y en particular fuera de los casos en que se trata de actuaciones de prevención o investigación de delitos).

Y teniendo en cuenta determinados datos fácticos, debemos comenzar por decir que, el incumplimiento de que se trata en el caso de estas actuaciones es un ilícito penal (hurto de dinero), que pudiera conllevar actuaciones de prevención o investigación de delitos que pudieran habilitar la instalación legítima de cámaras sin conocimiento de las personas interesadas en los términos establecidos en la legislación que fuere de aplicación al caso. En los supuestos fácticos contemplados en las sentencias que la recurrente cita en su apoyo, tenían trascendencia penal tanto en la STC 39/2016, de 3 de marzo, como en la Sentencia de 17 de octubre de 2019 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Gran Sala, Caso López Ribalda II (apropiación de dinero en las cajas de una tienda, en el primer caso, o un supermercado, en el segundo caso).

Otro es el alcance del conocimiento dado al personal de la empresa y de su representación legal, lo que nos permitirá deducir cuál es la video vigilancia implementada en la empresa (si las cámaras de seguridad contempladas en el artículo 22 de la LOPD, o las cámaras de vigilancia específicamente laborales del artículo 89).

Al respecto, en la declaración de hechos probados lo único que consta es que: "*.... 3º Que en dicha vivienda de DIRECCION000 NUM000 de DIRECCION001 existe una hucha cuya pertenencia corresponde a los tres hijos, en forma de calabaza, donde se iba poniendo dinero bien por el progenitor don Arcadio, bien por amigos de la familia. 4º Que a raíz de apreciar falta de dinero en la citada hucha, don Arcadio decidió los días 2-3 de septiembre que se instalase una cámara en el interior de la vivienda...."*

Por todo ello podemos afirmar que el régimen general es el de recabar la previa información expresa de la persona trabajadora cuando por parte de la empresa se van a adoptar medidas de comprobación de la prestación laboral a través de la grabación de imágenes. Esa exigencia se ve relevada en los casos de comisión de actos ilícitos, siendo suficiente entonces con la colocación de un **dispositivo informativo** en lugar suficientemente visible, extremo que no se cumple en el presente caso pues en el centro de trabajo no se había colocado cartel informativo alguno.

Nos encontramos entonces con **dos deberes de información** que afectan al empresario/a en estos casos, el citado primeramente que **le obliga a dar información previa, expresa, clara y concisa a las personas trabajadoras respecto de la utilización de sistemas de videovigilancia** que comprendería los datos básicos contemplados en el apartado 2 del artículo 11 de la Ley Orgánica, deber que podría ceder cuando existieran sospechas razonadas y fundadas de la comisión de actos ilícitos en el seno de la empresa por parte de quienes trabajan en ella; **y un segundo deber que opera siempre y en todo caso de colocar un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible**, que no cede ni ante la comisión de actos ilícitos tal como prevé expresamente el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 89 LOPD. **En definitiva la empresa, ante hechos de especial gravedad, puede no informar, pero siempre que haya advertido previamente con la colocación del cartel informativo.**

Lo resuelto por las STC 39/2016, de 3 de marzo, y STEDH de 17 de octubre de 2019, parten de situaciones de hecho diferentes a las examinadas en estos autos. Así en los casos resueltos por aquellas sentencias se había colocado oportunamente el cartel informativo de zona videovigilada, de tal manera que los trabajadores conocían el mínimo de información a recibir en los términos previstos, no solamente en la entonces vigente LOPD 15/1999 y en la Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos, sino que también cumpliría las previsiones de la actual LO 3/2018.

Pero en el presente caso no se había dado cumplimiento al deber de información mediante la colocación del distintivo referido. Aunque la trabajadora reconoce que sabía que en la casa se utilizaban cámaras.



El Tribunal Supremo, en un supuesto similar al presente, de despido disciplinario con utilización de cámaras de videovigilancia visibles en el centro de trabajo pero donde no se había colocado el dispositivo de información, consideró en la sentencia de 15 de enero de 2019, recurso 341/2017, que no era lícita la utilización como medio de prueba de las grabaciones así obtenidas, señalando al efecto que a la hora de valorar si la sentencia recurrida se aparta de la doctrina constitucional (contenida en la STC 39/2016) no puede reducirse tal examen a la mera valoración de existencia del consentimiento, con base en que la instalación de las cámaras era conocida por todos los trabajadores, ya que la doctrina constitucional no se limita a ese extremo a la hora de justificar si hay vulneración de derechos fundamentales sino que atiende a la concurrencia de la **información legalmente exigible en la materia** y al juicio de ponderación.

Por remisión a la STEDH de 17 de octubre de 2019 (caso López Ribalda, invocada por la recurrente) advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020 (en referencia a aquella primera condición) que "la proporcionalidad de la vigilancia mediante cámaras en la empresa como expresión de las facultades de control por parte del empresario se hace absolutamente necesaria como factor determinante para conocer su posible ilicitud, vinculada a los hechos concretos sobre los que recae la media empresarial"; lo que ha de efectuarse mediante "la búsqueda de un justo equilibrio entre dos intereses divergentes, de una parte el derecho de los trabajadores en relación con la protección de su vida privada, y la facultad del empleador de asegurar la de los bienes y el buen funcionamiento de la empresa, especialmente cuando se trata de ejercer el poder disciplinario" a cuyo efecto habrá de "valorarse muy especialmente (avanza el Alto Tribunal en su razonamiento) la amplitud de la medida de vigilancia mediante cámaras, puesta en relación con el requisito de la proporcionalidad de la acción empresarial, que es la que debe justificar en cada caso la existencia de razones legítimas" (desde su perspectiva disciplinaria); de tal manera que el juicio de "proporcionalidad" habrá de vincularse, "entre otros extremos, a la justificación extraída de la existencia de sospechas previas de irregularidades que justifican a posteriori la medida de vigilancia empresarial mediante cámaras" (casuística circunstancia que impide al Tribunal fijar el juicio de contradicción).

En la medida en que en este caso no se da la doble concurrencia citada por el Tribunal Supremo, de información legalmente exigible y ponderación, es por lo que no se puede tomar en consideración a efectos probatorios la grabación en cuestión. Sin perjuicio de que en supuestos como el concreto examinado, han de ser ponderadas las especiales circunstancias de la relación laboral, dado que la prestación de servicios de la empleada de hogar se hace en domicilio particular, no se trata de empresas con establecimientos abiertos al público, sino servicios que se prestan en la intimidad familiar, y una interpretación finalista nos llevaría a entender que no cabe exigir en la misma medida, la existencia de dispositivo identificativo.

TERCERO.- Ahora bien, que no se pueda tomar en consideración la efectos probatorios la grabación en cuestión, no significa, ausencia de prueba respecto de la conducta de la trabajadora, y la calificación de la misma a efectos de la calificación del despido.

Como señala la resolución recurrida, "..... TERCERO.- En relación al hurto como causa de despido disciplinario, éste debe enmarcarse dentro de la transgresión de la buena contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que son causas de despido. En este caso, se exige un elemento intencional por parte del trabajador que no requiere de un dolo específico, basta una negligencia culpable sin que se precise que prevea el resultado dañoso de su conducta (Cfr. STS 23.01.91; STS. 24.01.90; STS 23.01.90). La transgresión de la buena fe se fundamenta en la vulneración de la lealtad y de la pérdida de la confianza, por lo que no se aplica la teoría gradualista, siendo además irrelevante el daño causado a la empresa (Cfr. STS 21.02.83; STS 26.05.86; STS 9.12.86; STS 19.01.87; STS 9.05. 88)...."

Y en los fundamentos de derecho pero con valor de hecho probado consta que:

- la extracción de dinero no ha sido negada por la actora en ningún momento, antes al contrario, ha dicho que le correspondía por haber adelantado cantidades para la compra diaria, hecho no acreditado por ella.
- la actora era consciente de la existencia de la hucha en la que existía dinero en el domicilio en el que trabajaba y era consciente de la pertenencia de ese dinero a la familia para la que trabajaba y en concreto de los hijos menores del empleador.

Y el recurrente no niega su apropiación, ni tampoco el conocimiento de la existencia de cámaras. Pero sostiene como justificación de su conducta que, existía un acuerdo previo entre las partes relativo a la disposición de dichas cantidades para la compensación de los gastos domésticos de la trabajadora.

Y tal acuerdo previo en modo alguno resulta justificado, carga de la prueba que sin duda, recae sobre la demandante, a tenor de lo establecido en el art 217 de la LEC, desde el momento en que es hecho conforme que, la actora era consciente de la existencia de la hucha en la que existía dinero en el domicilio en el que trabajaba y era consciente de la pertenencia de ese dinero a la familia para la que trabajaba y en concreto de



los hijos menores del empleador. Por lo que no aportando prueba que justifique tal apropiación, no cabe duda que su conducta merece la calificación de gravedad suficiente, para ser merecedora de la sanción máxima de las que comportan el ordenamiento laboral.

Pues como es sabido, según el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

A estos efectos, no todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es causa de despido, sino que la resolución unilateral del contrato sólo puede operar como reacción a un incumplimiento cualificado, o, como se deduce del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, de incumplimiento contractual grave y culpable. Además, debe ser un acto u omisión culpable, incluso «malicioso», como dijo el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de junio de 1969 y 23 de septiembre de 1973, o, en expresión utilizada en su sentencia de 5 de mayo de 1980 (RJ 1980\2043), «actos voluntarios por malicia o negligencia... por intencionalidad u omisión culpable... (imputable) a una torcida voluntad u omisión culposa». Requisitos de gravedad y culpabilidad para cuya apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en la conducta, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la atribuida al trabajador se dan o no esa gravedad y culpabilidad, que, como requisitos de imprescindible concurrencia exige el artículo 54 en su núm. 1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997), según constante doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, mantenida en sentencias de 26 de enero (RJ 1987\129) y 27 de febrero de 1987 (RJ 1987\1133) y 22 de febrero (RJ 1988\748) y 31 de octubre de 1988 (RJ 1988\8189).

En definitiva, es necesario quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido, por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, y en su caso, imponerse otras sanciones distintas de la del despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido - sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero (RJ 1986\312) y 22 de mayo de 1986 (RJ 1986\2609), y 26 de enero de 1987-. Resulta necesario valorar las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, por el claro matiz subjetivista que la caracteriza (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1979 [RJ 1979\2075] y 30 de enero de 1981 [RJ 1981\570]). Situación que debidamente ponderada concurre en el supuesto ahora enjuiciado.

Al haberlo apreciado así, el juzgador de instancia, su resolución no es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige, por lo que procede, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la demandante, contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social núm.2 de DIRECCION002 , en autos 1119 /2019, confirmamos la sentencia recurrida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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