



Roj: **ATS 5194/2017 - ECLI:ES:TS:2017:5194A**

Id Cendoj: **28079140012017201467**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2017**

Nº de Recurso: **3016/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Mayo de dos mil diecisiete.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez y forma parte de la terna el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez, por imposibilidad del Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo, y al amparo de lo previsto en el Acuerdo de 21 de diciembre de 2016 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo relativo a la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones del Tribunal (BOE de 30 de diciembre de 2016).

## **HECHOS**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Social N.º 4 de los de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 9 de junio de 2015, en el procedimiento n.º 635/2014 seguido a instancia de D. Jorge contra Telefónica de España SAU; con intervención del Ministerio Fiscal, sobre despido, que estimaba la pretensión formulada.

**SEGUNDO.-** Dicha resolución fue recurrida en suplicación por ambas partes, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en fecha 27 de mayo de 2016, que desestimaba los recursos interpuestos y en consecuencia confirmaba la sentencia impugnada.

**TERCERO.-** Por escrito de fecha 13 de julio de 2016, se formalizó por la letrada D.ª Elena García García en nombre y representación de D. Jorge, recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

**CUARTO.-** Esta Sala, por providencia de 24 de marzo de 2017, acordó abrir el trámite de inadmisión por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

## **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** Recurre el trabajador la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón de 22 de mayo de 2016, Rec. 357/16, que declara la improcedencia de su despido y no su nulidad por vulneración de los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales. Los hechos dan cuenta del despido disciplinario del demandante, asesor comercial de Telefónica, amparado en los artículos 212 i) y j) de la Normativa laboral de Telefónica y artículo 54. 2 b) y d) del Estatuto de los Trabajadores relativo a la indisciplina y desobediencia y a la trasgresión de la buena fe contractual. La carta de despido refleja diversas actuaciones del trabajador durante la recepción de llamadas de clientes de Telefónica en los que no atiende identificando debidamente a los interlocutores, los atiende inicialmente pero luego los deja en espera durante varios minutos y en ocasiones, no soluciona las cuestiones planteadas teniendo medios para ello o da informaciones falsas, procede equivocadamente o cuelga las llamadas. También consta en el relato fáctico el envío de diversos correos electrónicos de sus superiores donde se hace referencia a sus incumplimientos y a la necesidad de



revertir la situación. El 18 de noviembre de 2003 la empresa firmó con los representantes de los trabajadores un documento en el que se hacía referencia a que la monitorización a la que eran sometidos los trabajadores tenía como fin identificar las carencias formativas y que no tendría como objetivo en ningún caso su utilización como un mecanismo disciplinario. Se declara probado igualmente que todos los asesores conocen al menos desde el año 2003 que las conversaciones son grabadas.

La sala de suplicación, que resuelve el recurso interpuesto por ambas partes, y califica el despido de improcedente por no acreditarse la gravedad y culpabilidad de los hechos y en lo que a efectos casacionales se refiere, el recurso presentado por el trabajador, respecto de la vulneración de los derechos alegados, se remite a pronunciamientos previos que se remitían a su vez a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, Rec. 52/2003, que considera que el acuerdo de la empresa al que se ha hecho referencia en ningún caso puede traducirse en la inmunidad de los asesores frente al control empresarial de la actividad laboral que desempeñan, siempre que se realice en condiciones de respeto a su esfera íntima inatacable. Añade a estas argumentaciones la referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 de marzo.

**SEGUNDO.-** El recuso se plantea sobre tres motivos. En los dos primeros, para los que invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2014, Rec. 1685/2013 y la del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero, Rec. 10522/09, se aprecia que la parte recurrente, descompone artificialmente el significado unitario de la controversia, que tiene que ver con el uso de las grabaciones de las consultas telefónicas con fines disciplinarios en relación con su derecho a la protección de datos y ha tratado de introducir varios temas de contradicción para poder designar otras tantas sentencias de contraste a estos efectos. Este proceder es incorrecto, porque aquí no se debaten varios puntos de contradicción, sino uno sólo y la unidad de esa cuestión no puede desconocerse introduciendo diversas perspectivas de análisis sobre algunas de las circunstancias concurrentes, porque no es lo mismo la existencia dentro de un mismo pleito de distintos puntos de decisión (como la jurisdicción, la caducidad o el problema de fondo), que la concurrencia de diversas circunstancias que deben ser valoradas para la decisión de un mismo punto de decisión, es decir, mediante pronunciamiento unitario, como tiene reiteradamente establecido esta Sala en SSTS, entre otras muchas, de 09/02/2009 y 5/05/2009 ( R. 4115/2007 y 761/2008 ), 08/07/2010 ( R. 3137/2009 ), 3/04/2012 ( R. 956/2011 ), 2/10/2012 ( R. 3280/2011 ) y 19/02/2015 ( R. 51/2014 ).

Advertida la parte de la descomposición artificial de la controversia y de la necesidad de seleccionar una sentencia por punto de contradicción, por la Diligencia de Ordenación de 12 de enero de 2017, elige la primera de ellas proveniente de la presente sala.

**TERCERO.-** La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2014, Rec. 1685/2013, aborda un supuesto en el que la actora prestaba servicios en Supermercados Champion SA con la categoría de cajera. La empresa tenía instalado un sistema de video-vigilancia con cámaras instaladas de manera permanente y situadas en los lineales y una de ellas en la zona de caja, habiendo comunicado a los representantes de los trabajadores cuando se instalaron, que su finalidad era evitar robos por parte de los clientes. La empresa comprobó a través de la grabación que la demandante había evitado el escaneo de una serie de productos en beneficio de su pareja, siendo despedida por dicho motivo.

El Tribunal Superior de Justicia declaró la nulidad del despido por entender que se había vulnerado el derecho constitucional de protección a la intimidad del artículo 18.4 CE.

Esta Sala, analizando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la vulneración del derecho a la intimidad con el uso de cámaras de seguridad, mantiene tal calificación del despido, dado que las cámaras tenían como finalidad evitar robos por terceros, pero no controlar la actividad laboral de los trabajadores, teniendo en cuenta que la empresa no informó sobre cualquier otra finalidad a la trabajadora o a los representantes de los trabajadores. Y dicha conducta ilegal -concluye- no desaparece por el hecho de que las cámaras estuvieran a la vista, ya que era necesaria esa información previa, expresa y precisa a la trabajadora.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 ( R. 2275/2012 ), 22/07/2013 ( R. 2987/2012 ), 25/07/2013 ( R. 3301/2012 ), 16/09/2013 ( R. 302/2012 ), 15/10/2013 ( R.



3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

La comparación de las sentencias se salda con la inexistencia de contradicción en la medida en la que se trata de hechos diferentes y con ello la inadmisión del motivo. Así, a pesar de encontrarnos en ambos casos ante grabaciones cuya finalidad disciplinaria no ha sido puesta en conocimiento del trabajador, los conflictos no cumplen con el test de identidad. Así, en la sentencia recurrida se trata de un trabajador cuyo medio de trabajo son las llamadas telefónicas y conoce que las mismas son grabadas. Por otra parte, se trata de una grabación de su voz. En la sentencia de contraste, no sólo se trata de una grabación de imágenes de una trabajadora, cajera de un supermercado, sino que ésta desconoce la existencia de la cámara que graba su trabajo.

**CUARTO.-** Respecto del tercer motivo del recurso que una vez seleccionada la sentencia para el único motivo precedente pasa a ser el segundo, se invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife de 31 de julio de 2013, Rec. 800/2013. En ella se estima parcialmente el recurso del trabajador contra la sentencia de instancia en materia de despido. El actor, con la categoría profesional de conserje, había cambiado la hora de salida del trabajo de su pareja sentimental, que prestaba servicios en el mismo centro, de manera que donde constaba 13.30 hizo constar 15:00, lo que fue sancionado como una falta de lealtad con despido. La sala mantiene el criterio de la sentencia de instancia que considera que la gravedad de la conducta no es suficiente para despedir aunque sí para sancionar y aplica la potestad atribuida por el artículo 108. 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por el que "En caso de improcedencia del despido por no apreciarse que los hechos acreditados hubieran revestido gravedad suficiente, pero constituyeran infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes, el juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, de no haber prescrito la de menor gravedad antes de la imposición empresarial de la sanción de despido; sanción que el empresario podrá imponer en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa readmisión del trabajador y siempre que ésta se haya efectuado en debida forma (...)".

La aplicación de las exigencias de contradicción señaladas anteriormente conduce a la inadmisión del motivo y con ello del recurso, por cuanto no puede considerarse que exista contradicción cuando se trata de la aplicación de una previsión normativa que atribuye una potestad al juez, la de autorizar la imposición de una sanción de grado menor, que requiere del previo ejercicio empresarial de otra potestad, la de readmitir en los casos de improcedencia. Repárese en que el artículo 108. 1 citado señala literalmente que el juez "podrá" y posteriormente que el empresario "podrá imponer" la sanción correspondiente previa readmisión. En consecuencia, requiere la conjunción de dos potestades, sin imponer dos mandatos. Por ello no puede considerarse contradictorias las sentencias en la que los magistrados hacen uso de una y otra opción, porque la norma las permite.

**QUINTO.-** No contradicen lo anterior las alegaciones realizadas por la recurrente en el trámite de inadmisión dirigidas a relativizar las diferencias expuestas y que justifican a juicio de esta Sala la falta de contradicción. De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### LA SALA ACUERDA:

Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.<sup>a</sup> Elena García García, en nombre y representación de D. Jorge, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 27 de mayo de 2016, en el recurso de suplicación número 357/2016, interpuesto por D. Jorge y Telefónica de España SAU, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Zaragoza de fecha 9 de junio de 2015, en el procedimiento n.º 635/2014 seguido a instancia de D. Jorge contra Telefónica de España SAU; con intervención del Ministerio Fiscal, sobre despido.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.