



Roj: **STSJ PV 5122/2011 - ECLI:ES:TSJPV:2011:5122**

Id Cendoj: **48020340012011103133**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2011**

Nº de Recurso: **644/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 5122/2011,**
STS 5259/2012

RECURSO Nº: 644/11

N.I.G. 48.04.4-10/007728

SENTENCIA Nº:

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a diez de mayo de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. EMILIO PALOMO BALDA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por R.S.U. BILBAO U.T.E., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número cuatro de los de Bilbao, de fecha catorce de diciembre de dos mil diez, dictada en los autos núm. 773/10, seguidos a instancia de D. Matías, frente a la ahora recurrente, sobre Despido (DSP).

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1).- El actor Matías ha venido prestando servicios por cuenta y órdenes de RSU Bilbao UTE SL desde el 1 de abril de 1976, con la categoría de Ayudante de Obra, y el salario de 4.205,67 euros con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

2).- La empresa demandada se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de la Empresa Fomento de Construcciones y Contratas SA, GMSM Medio Ambiente SA (RSU Bilbao UTE) con su personal dedicado al servicio de limpieza viaria, recogida de basuras y eliminación de las mismas, que tiene concertado con el Exmo. Ayuntamiento de la Villa de Bilbao, 2008-2011 (BOB de 16 de junio de 2008).



3).- Con fecha 22 de julio de 2010 la empresa remitió al actor el siguiente burofax (1) entregado a aquél el día siguiente:

"Muy Sr. nuestro:

El objeto del presente burofax es hacerle llegar el contenido del documento que a continuación se detalla. Todo ello ante la imposibilidad de localizarle por vía telefónica habiéndolo intentado en numerosas ocasiones en el día de hoy y no cogiendo usted ni su teléfono fijo ni su teléfono móvil para que procediera a pasarse por nuestras dependencias sitas en Ribera de Elorrieta 10 de Bilbao este mismo día. Además, le indicamos que tiene a su disposición desde este mismo momento en nuestra dependencias anteriormente indicadas el documentos de finiquito correspondiente a la liquidación de sus haberes devengados hasta la fecha, así como el cheque con el importe correspondiente, que podrá hacer efectivo, a partir de este mismo momento, cuando usted lo considere oportuno.

Documento que se detalla:

Con fecha 17/06/2010 inició usted proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

Las labores profesionales que usted viene realizando al servicio de esta empresa son la propias de un mando intermedio; es decir, la conducción durante la mayor parte de su jornada laboral del vehículo asignado por la empresa así como desplazamientos a pie, llevados a cabo en menor medida, para el control de los trabajos llevados a cabo por el personal puesto bajo su responsabilidad.

Derivado del control legalmente llevado a cabo en cuanto a su comportamiento durante el período en que se encuentra en situación de incapacidad temporal, queda acreditado, entre otras cosas, que usted lleva a cabo tanto la conducción de su vehículo particular de forma diaria y durante varias horas al día siendo algunas distancias considerables, como diversos desplazamientos a pie, tal y como se detalla a continuación:

. El día 25.6.10 se desplaza, conduciendo usted su vehículo particular Ford de color azul con matrícula WXT, desde el domicilio social de esta Empresa sito en Ribera de Elorrieta 10 de Bilbao hasta el municipio de Zuazo de Kuartango, sito en la provincia de Álava.

. El día 26.6.10 realiza usted los siguientes trayectos en su vehículo matrícula WXT : -desde el municipio de Zuazo de Kuartango hasta la c/Dr.Pontzi Zabala esquina con la c/Sebastián Elcano, del municipio de Galdakao.

-posteriormente sale de este último municipio de Galdakao dirigiéndose a su domicilio particular sito en DIRECCION000 NUM000 de Bilbao.

-pasado un tiempo se desplaza nuevamente conduciendo usted su vehículo particular desde su domicilio anteriormente indicado hasta el bilbaíno barrio de Deusto, aparcando su vehículo en la calle Lehendakari Agirre.

-de madrugada, en concreto a las 01:39 horas del día siguiente, vuelve usted a conducir su vehículo particular para desplazarse nuevamente desde el barrio de Deusto, donde había aparcado, hasta su domicilio particular.

.El día 28.6.10 se desplaza desde su domicilio particular hasta el supermercado Eroski sito en la Avda. Madariaga del barrio de Deusto, donde realizan compras y usted ayuda a cargar las mismas en su vehículo particular a su acompañante.

.Seguidamente, vuelve usted a conducir su vehículo particular dirigiéndose desde el lugar anterior hasta el parking de El Corte Inglés, sito en la Gran Vía de Bilbao.

.Posteriormente, vuelve usted a conducir para abandonar el Centro Comercial anteriormente citado para dirigirse nuevamente a la localidad alavesa de Zuazo de Kuartango.

.El día 1.7.10, habiendo regresado usted a su domicilio particular, sale del mismo conduciendo su vehículo en dirección a la c/Islas Canarias, en el barrio bilbaíno de San Ignacio, donde usted realiza alguna compra en un supermercado de la zona, desplazándose con posterioridad, siempre conduciendo usted el vehículo, hasta la localidad alavesa de Zuazo de Kuartango.

.El día 3.7.10 vuelve usted a conducir su vehículo particular abandonando la localidad alavesa de Zuazo de Kuartango para dirigirse a la localidad de Galdakao.

.Posteriormente abandona usted Galdakao conduciendo su vehículo particular en dirección a su domicilio sito en DIRECCION000 NUM000 .

.Tiempo después, se vuelve a poner usted a los mandos de su vehículo particular para dirigirse desde su domicilio hasta la Avda. Madariaga de Deusto. En el trayecto, al llegar a la altura de la c/Juan de Urbieta, usted procede a recoger a otra pareja, que se introduce en su vehículo, para juntos llegar a la Avda. Madariaga. Con



dicha pareja se dirige usted al "Txoko Sociedad Recreativa de Deusto", donde permanece hasta las 02:00 horas de la madrugada ya del domingo 4.7.10.

.Al salir del mencionado txoko, vuelve usted a ponerse a los mandos de su vehículo para dirigirse hasta su domicilio particular, donde llegan su acompañante y usted a las 2:31 horas.

Además, también queda acreditado que durante el mismo periodo en que permanece en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común usted ha realizado diferentes esfuerzos físicos, tales como los que a continuación se detallan:

.El día 28.6.10 se desplaza desde su domicilio particular hasta el supermercado Eroski sito en Avda. Madariaga del barrio de Deusto, donde realizan compras y usted ayuda a cargar las mismas en su vehículo particular a su acompañante.

.Ese mismo día, al llegar usted a la localidad alavesa de Zuazo de Kuartango, procede usted a descargar las bolsas que había introducido en el maletero del vehículo introduciéndolas en la vivienda nº NUM001 de Zuazo de Kuartango.

.El día 1.7.10, en la c/Islas Canarias, en el barrio bilbaíno de San Ignacio, usted realiza alguna compra en un supermercado de la zona y, al llegar de nuevo a la localidad alavesa de Zuazo de Kuartango procede a descargar las bolsas que anteriormente habían cargado en el vehículo.

.el día 3.7.10, al salir usted del portal NUM002 de la c/ DIRECCION001 de la localidad de Galdakao, lo hace junto a una acompañante que traslada en sus manos una pequeña bolsa de plástico mientras usted transporta con ambas manos sendos equipajes de viaje, que se puede observar claramente cómo le suponen a usted un gran esfuerzo su transporte. Seguidamente procede a cargar usted con sus propias manos los mismos en el maletero de su vehículo.

.Posteriormente, al llegar usted a su domicilio sito en DIRECCION000 NUM000 , procede usted a descargar todo el equipaje de su acompañante y lo introduce con cierta dificultad en su vivienda.

.Tiempo después, tras haber llegado a la Avda. de Madariaga se dirige usted al supermercado Eroski, sito en la c/Blas de Otero, de donde sale portando diversas bolsas. Con ellas se dirige usted al "Txoko Sociedad Recreativa de Deusto", donde permanece hasta las 02:00 horas de la madrugada ya del domingo día 4.7.10.

Con su conducta ha incurrido Vd. en una falta muy grave tipificada tanto en lo dispuesto en el art. 54.2 apartado d) "la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo" como en lo dispuesto en el art. 58 apartado 3 del Convenio General del Sector de Limpieza Pública , Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos "El fraude, deslealtad o abuso de confianza en el trabajo", en consecuencia con la misma no deja usted otra opción a esta empresa que la de aplicarle la sanción de Despido, prevista tanto en el art.54.1 del Estatuto de los Trabajadores como en el art. 60.3 del Convenio Colectivo citado y que es efectivo desde el mismo día de la fecha. Todo ello por constituir su conducta un incumplimiento grave, culpable, voluntario e intencionado, que ocasiona perjuicios considerables de diversa índole a la empresa.

Lo que se pone en su conocimiento a los efectos oportunos, rogándole la firma del duplicado en prueba de recepción del original."

4).- Con fecha 22 de julio de 2010 la empresa remitió al actor el siguiente burofax (2) entregado a aquél el día siguiente:

" Muy Sr. nuestro:

El objeto del presente burofax es poner en su conocimiento que el artículo 54.2 apartado d) "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo", mencionado en el burofax anteriormente enviado a usted por esta Empresa en este mismo día, hace mención al Estatuto de los Trabajadores .

Sirva el presente para aclararle, por si hubiera alguna duda al respecto, la legislación de la que deriva dicho artículo al haber sido omitido en dicho texto de forma errónea por esta Empresa. Queda por tanto subsanado, por medio del presente, dicho error ".

5).- Con fecha 22 de julio de 2010 la demandada comunicó el despido al Comité de Empresa. En esa misma fecha el actor percibió la cantidad de 6.206,52 euros "en concepto de indemnización, saldo y finiquito" firmando como "no conforme".

6).- El actor permaneció en situación de IT derivado de la contingencia de Enfermedad Común con el diagnóstico de "Dolor brazo (miembro)" por entre (sic) el 17 de junio y el 3 de agosto de 2010.



7).- En una fecha indeterminada el detective privado D. Eliseo instaló un aparato localizador GPS en el vehículo particular del actor procediendo a su seguimiento en la forma recogida en el burofax (1) de 22 de julio de 2010.

8).- El actor no ostenta ni ha ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores.

9).- La conciliación previa instada por el actor el 18 de agosto de 2010 resultó sin avenencia el 2 de septiembre de 2010. Se tiene por reproducida la papeleta de conciliación y la Diligencia de Subsanción del Letrado Conciliador obrante como Doc. 1 empresa.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por Matías contra RSU Bilbao UTE, declarando la nulidad del despido del actor acaecido el 22 de julio de 2010, condenando a la empresa demandada a la inmediata readmisión del mismo en las condiciones establecidas en el Hecho Probado Primero de esta resolución con abono de los salarios de dejados de percibir desde dicha fecha hasta la notificación de la presente resolución a razón de 140,18 euros/día.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso, por la empresa demandada, recurso de suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación, promovido por la Unión Temporal de Empresas RSU Bilbao, se dirige contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Bilbao, de 14 de diciembre del 2010, que, estimando la demanda interpuesta por un trabajador de su plantilla, declara nulo el despido disciplinario de que fue objeto el 22 de julio del 2010.

La decisión extintiva se fundó en que la conducta del actor durante los días 25, 26 y 28 de junio y 1 y 3 de julio de 2010 - fechas en las que se encontraba en situación de incapacidad temporal a causa de un dolor en el brazo izquierdo, iniciada el 17 de junio de ese mismo año -, consistente en realizar actividades similares a las efectuadas para la empresa (conducir su vehículo particular de manera habitual y durante varias horas al día, desplazarse a pie y transportar bolsas de la compra en varias ocasiones, y llevar sendos equipajes de viaje en el último de los días señalados), entraña una transgresión de la buena fe contractual, así como una deslealtad y un abuso de confianza.

El órgano de instancia basa su pronunciamiento en la consideración de que la empresa extrajo los datos consignados en la comunicación de cese de las informaciones obtenidas por un detective privado con vulneración de los derechos fundamentales del demandante. Razona el juzgador que el único elemento probatorio aportado por la demandada para acreditar los hechos imputados en la carta de despido - el informe elaborado por el citado profesional y la declaración que prestó en el acto de juicio - se sustenta "en la instalación y posterior utilización de un localizador GPS en el vehículo privado del actor, sin garantía alguna". Estima, por ello, "que dicha testifical se ha producido con vulneración del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE en relación con el derecho a la libertad de circulación del artículo 19 CE en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, por lo que no ha de producir efecto alguno de acuerdo con el artículo 11.1 LOPJ". Añade que "la supuesta constatación posterior de los comportamientos irregulares del actor no puede convertirse en una vía para sostener la justificación retroactiva de la (ilícita) conducta detectivesca desatada ab initio".

SEGUNDO.- El recurso de la entidad condenada consta de cinco motivos, de los que el primero se acoge al apartado a) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, el segundo y el tercero a la letra b) de dicho artículo y, los dos últimos, siguen el cauce que arbitra el epígrafe c) del precepto adjetivo que se acaba de citar

El motivo inicial denuncia infracción del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo el argumento de que la sentencia impugnada incurre en incongruencia "extra petita" y vulnera el principio dispositivo, generando indefensión, al otorgar al despido una calificación que no fue solicitada con carácter principal ni subsidiario. Aduce la recurrente que lo que pidió el actor, tanto en el acto de conciliación administrativa y en el escrito de demanda como en la vista oral, fue que se declarase la improcedencia del despido, sin invocar ninguna causa de nulidad, y si bien reconoce que en el trámite de conclusiones hizo mención a la posible nulidad del informe del investigador privado, por la utilización del GPS, advierte que no postuló la nulidad del despido por esa razón. Suplica, por todo ello, que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, para que por el órgano de instancia se pronuncie otra nueva en la que resuelva sobre la procedencia o improcedencia del despido origen del proceso.

Tal pretensión no puede prosperar, de conformidad con la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 23 de mayo de 2005 (RJ 3576), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En esta resolución se establece que



"a pesar de que la incongruencia se produce con carácter general cuando un Juzgado o Tribunal concede algo distinto de lo que las partes han solicitado, cuando se trata del ejercicio de la acción de despido la calificación del mismo no depende de lo que la parte diga o pida sino de lo que con arreglo a derecho proceda decir, por lo que no es incongruente una sentencia que declare la improcedencia de despido aunque se haya solicitado la nulidad por cuanto dentro de la acción de despido cabe hacer una u otra calificación de conformidad con las distintas previsiones que se contienen en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores , correspondiendo esa calificación al órgano jurisdiccional y no a la parte".

La doctrina contenida en esa sentencia, y en las que en ella se citan, resulta aplicable, por las mismas razones, a supuestos como el enjuiciado en que el Juzgado de lo Social considera nulo un despido del que sólo se había reclamado su improcedencia, siempre que, como sucede en este caso, tal calificación se asiente en una circunstancia oportunamente alegada por el trabajador en el único momento procesal en que pudo hacerlo, cuál es la nulidad de la prueba fundamental aportada por la contraparte.

En tal sentido se pronunció la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de octubre de 1987 (RJ 3569), resolviendo el recurso entablado frente a la sentencia de instancia que declaró, de oficio, la nulidad de un despido producido con vulneración de derechos fundamentales del trabajador, por estimar que "la calificación jurídica correspondiente al despido del trabajador es misión exclusiva del magistrado de Trabajo, quien a la vista del resultado de las pruebas verificadas en el acto del juicio, procederá a calificarlo en derecho sin tener que atenerse ni vincularse a la que se ha hecho en la demanda, bastando con que el demandante impugne en su demanda el despido de que ha sido objeto".

La conclusión expuesta se refuerza a la vista de lo que en relación a los despidos objetivos estipula el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores , aplicable, por analogía, a los despidos disciplinarios. Según se dispone en dicho precepto "cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución en la Ley, o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio".

TERCERO.- Cuatro son las cuestiones que se plantean por la representación letrada de la empresa demandada en los motivos que restan por analizar. La primera de ellas versa sobre el tiempo de servicios computable a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente. La segunda, sobre las funciones realizadas por el actor, y las consecuencias que de ello se pretenden derivar. La tercera, se refiere a la validez de la prueba del detective privado. La cuarta, y última, a la calificación del despido.

Alrededor de la primera materia litigiosa gira una de las dos peticiones de modificación del apartado histórico de la sentencia de instancia deducidas en el recurso, así como la denuncia que se formula en el motivo final, por contravención del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores .

La finalidad de la revisión fáctica estriba en sustituir la fecha de inicio de la prestación de servicios que figura en el ordinal primero de la relación de probanzas por la de 1 de enero de 2006, con el añadido de que el actor fue subrogado de la empresa Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., en la que venía trabajando desde el día 20 de noviembre de 1991, en la concesión administrativa para los servicios de limpieza viaria, recogida domiciliar de basuras y eliminación de las mismas, con antigüedad reconocida, a los únicos efectos del correspondiente complemento económico, de 1 de abril de 1976.

Lo que sostiene la recurrente es que el tiempo de servicios que hay que tener en cuenta para cuantificar la indemnización de despido, en el supuesto de que se considere improcedente, es el transcurrido a partir del 20 de noviembre de 1991, fecha en la que el demandante comenzó a trabajar en la concesión administrativa de la limpieza viaria de Bilbao, y no el que media desde el 1 de abril de 1976.

Esta petición no puede ser acogida, pues si bien es cierto que el actor comenzó a prestar servicios para la UTE demandada el día 1 de enero de 2006, al hacerse cargo de la explotación del servicio de limpieza viaria, recogida domiciliar de basuras y eliminación de las mismas del municipio de Bilbao, no lo es menos que dicha entidad asumió la antigüedad que tenía reconocida en la anterior adjudicataria, de 1 de abril de 1976, sin reserva ni salvedad alguna.

Por otra parte, el dato que trata de introducir la recurrente relativo a que Fomento de Construcciones y Contratas S.A., cuando decidió incorporar al recurrido al mencionado servicio - lo que tuvo lugar el día 20 de noviembre de 1991 -, le reconoció una antigüedad de 1 de abril de 1976, a los meros efectos del correspondiente complemento salarial, se asienta en las manifestaciones efectuadas por un apoderado de FCC en un escrito fechado el 15 de noviembre de 2010, dos semanas antes del señalado para el juicio que, de haber sido ratificado en dicho acto por su autor, participaría de la naturaleza propia de la prueba testifical, inhábil a los fines



pretendidos, no adquiriendo rango documental por el hecho de que se hayan recogido en un escrito redactado en forma de certificado.

A mayor abundamiento, la supuesta decisión de FCC de reconocer, al actor, una antigüedad de 1 de abril de 1976 únicamente en orden al devengo del indicado concepto retributivo, resultaría contraria a derecho y carecería de eficacia, pues el simple cambio de un servicio o contrata a otro distinto, dentro de la misma empresa, no puede determinar la pérdida de la antigüedad adquirida a todos los efectos, que no es otra cosa que el tiempo que el trabajador viene prestando servicios a un empleador sin solución de continuidad. Ello es así, porque dicho traslado no provocó la novación extintiva de la relación laboral y su sustitución por otra nueva, pues la relación siguió siendo la misma, sin perjuicio de la adaptación de la categoría profesional.

Cuanto se deja razonado determina el fracaso de la censura que, de forma cautelar, por si se declarase la improcedencia del despido, se efectúa en el postrer motivo de recurso.

CUARTO.- En lo que respecta al segundo tema referenciado, lo que dice la parte recurrente en ese mismo motivo final es que aun cuando el demandante ostentaba la categoría profesional de ayudante de obra, tal como se declara probado en la sentencia, las funciones que venía realizando eran las propias de un mando intermedio, consistiendo en la conducción, durante la mayor parte de su jornada laboral, del vehículo asignado por la empresa, así como la realización de desplazamientos a pié para controlar los trabajos llevados a cabo por el personal a su mando. A partir de ese dato arguye que al manifestar al médico de Mutua que le trató que su trabajo era el propio de un operario de limpieza, el actor mintió deliberadamente con la finalidad de que no pudiese valorar la procedencia de la situación de incapacidad temporal atendiendo a su verdadera actividad profesional.

Esta cuestión, en los términos en que ha sido formulada, adolece de un defectuoso planteamiento que determina su rechazo, pues la parte recurrente no propone la modificación de los hechos probados para incluir el particular al que alude, y tampoco señala disposición alguna como infringida, por lo que las alegaciones que formula en este punto carecen de trascendencia práctica.

A lo anterior se une que la carta de despido no contiene ninguna referencia al supuesto engaño, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, impide su toma en consideración en el proceso.

QUINTO.- El siguiente problema de fondo que plantea el recurso es el referente a la licitud o ilicitud del medio de prueba tachado de inconstitucional por el juzgador.

En torno a esta cuestión la empresa recurrente plantea una modificación fáctica que pasa por reemplazar el ordinal séptimo de la relación de probanzas, en el que se establece que "en una fecha indeterminada el detective privado D. Eliseo instaló un aparato localizador GPS en el vehículo particular del actor procediendo a su seguimiento en la forma recogida en el burofax (1) de 22 de julio de 2010", por el texto alternativo que ofrece, expresivo de que "el día 26 de junio de 2010 el detective privado D. Eliseo instaló un aparato localizador GPS en el vehículo particular del actor, que posteriormente ese mismo día desinstaló, procediendo a su seguimiento el resto de días únicamente de forma personalizada". Para acreditar que ello es así, invoca el contenido del informe elaborado por el investigador privado.

La propuesta decae por una doble razón. Ante todo, porque se basa en una prueba inhábil para fundar la rectificación fáctica en suplicación, como es la testifical, que es el carácter que tienen las aseveraciones que el detective contratado por la empresa efectúa en su informe, las cuales, según doctrina jurisprudencial reiterada, recogida, entre otras, en las sentencias de 6 y 23 de noviembre y 13 de diciembre de 1990 (RJ 8552, 8559 y 9782), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, no pierden esa naturaleza por el hecho de haberse plasmado por escrito. Con arreglo a esa doctrina, el elemento probatorio invocado es tan sólo la expresión escrita de la declaración del investigador, es decir, un testimonio documentado, sin más valor que el testifical.

De otro lado, y aun cuando en el informe alegado se dice que el 26 de junio de 2010, es decir, el día siguiente de haberse iniciado la investigación, se realizó un control vía dispositivo GPS, no se indica que se colocase en esa fecha ni que se retirase al finalizar ese día, lo que tampoco se deduce, antes al contrario, de las declaraciones efectuadas por el detective en el acto de juicio, en el que reconoció que adosó el GPS al vehículo del demandante con la finalidad de no tener que estar todo el rato detrás de él y poder controlarle mejor, de lo que se infiere que el dispositivo se mantuvo hasta la conclusión del seguimiento, pues en otro caso el detective habría manifestado que lo suprimió el mismo día en que lo instaló. No es óbice a lo expuesto que, además, él, u otro investigador de la agencia, realizase una vigilancia directa los días 26, 28 de junio y 1 y 3 de julio de 2010, con la ayuda del GPS.

En el plano jurídico, el recurrente impugna la decisión judicial de no reconocer validez a la prueba cuestionada utilizando un doble argumento. El fundamental es que la colocación del GPS no atenta contra el derecho a la



intimidad del actor y que, por ende, el informe emitido por el detective debe ser tomado en consideración a la hora de valorar la procedencia del despido. El segundo arranca de la afirmación de que, si pese a lo dicho en esa primera línea de defensa, la Sala no acogiera su alegato, ello no determinaría la nulidad total de ese elemento de prueba, sino tan solo de la parte de la investigación realizada a través del localizador, es decir, de la llevada a cabo el día 26 de junio de 2010.

Antes de abordar la queja principal procede realizar algunas consideraciones de carácter general en torno al significado y el contenido del derecho fundamental a la intimidad, al alcance de las facultades empresariales de vigilancia y control de los trabajadores y sus límites, y a la actuación de los detectives privados y los métodos que pueden utilizar.

A) El derecho a la intimidad se ha definido por la doctrina constitucional recogida en las sentencias 292/2000, de 30 de noviembre , 119/2001, de 29 de mayo , 89/2006, de 27 de marzo , 70/2009, de 23 de marzo , y 159/2009, de 29 de junio , y las que en ellas se citan, como "un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana", cuya delimitación ha de hacerse en "función del libre desarrollo de la personalidad". Esta garantía se traduce en "un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público", de modo que "lo que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio".

La función del derecho a la intimidad, afirma el máximo intérprete de la Constitución, "es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad", garantizando el "secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal", confiriendo al individuo el poder jurídico de imponer a terceros "el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido", salvo que la intromisión esté fundada "en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno."

El propio Tribunal ha dicho que el artículo 18.1 de la Constitución impone "la defensa y garantía del ámbito de privacidad" de la persona (sentencia 22/1984, de 17 de febrero), y que la idea que anima el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada es la de "abarcar todas las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida", reconociendo que "no siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad" (sentencia 110/1984, de 26 de noviembre).

Además, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la intimidad ha adquirido también una dimensión positiva "en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada" (sentencia 119/2001, de 29 de mayo), siendo el elemento teleológico de ese derecho "la protección de la vida privada como garantía de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo" (sentencia 202/1999, de 8 de noviembre).

En orden a lo previsto en el artículo 10.2 de la Constitución , es de señalar que el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos , y el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconocen el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, y que los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos garantizan la protección de la vida privada, al disponer que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la misma.

También merece subrayarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado de manera reiterada que la vida privada es un término amplio, no susceptible de una definición exhaustiva, y que "la garantía que ofrece el artículo 8 del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes", protegiendo "también un derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el exterior", por lo que "puede extenderse a actividades de naturaleza profesional o comercial", reconociendo expresamente que "existe una zona de interacción de la persona con los demás", que, incluso en un contexto público puede concernir a la vida privada (sentencias Perry contra el Reino Unido, de 17 de julio de 2003 , y Von Hannover contra Alemania, de 24 de junio de 2004). Significa lo anterior que los actos realizados en vías y lugares públicos abiertos pueden entrar dentro del ámbito reservado protegido por los



artículos 18.1 de la Constitución , 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No se puede concluir esta recapitulación sin recordar que Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, por la que se establece la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 7.2 considera como intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia, "la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas".

B) Según establece el artículo 4.2. e) del Estatuto de los Trabajadores , en el desarrollo de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho "al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad", lo que explica que el artículo 20.3 de esa misma norma , después de facultar al empresario para que adopte las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de sus empleados, le imponga la limitación consistente en el deber de guardar, en la adopción y aplicación de esas medidas, la consideración debida a la dignidad humana del trabajador, que se configura así como una esfera intangible. Esta restricción es coherente con la consideración de la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional, al que está íntimamente vinculada la inclusión, en el catálogo de derechos fundamentales protegidos por la Norma Suprema, del derecho a la intimidad personal, imprescindible para garantizar el valor espiritual y moral inherente al individuo reconocido en su artículo 10.1.

Se asume así, como razona la sentencia de 5 de diciembre de 2003 (Rec. 52/03), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo , que el derecho a la libertad de empresa y el poder de dirección de la actividad laboral que tiene el empresario constitucional y legalmente reconocidos han de compatibilizarse con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, de los que sigue disfrutando cuando lleva a cabo trabajos por cuenta ajena, cual ha reconocido de forma reiterada el Tribunal Constitucional en relación con diversos derechos fundamentales, y específicamente en referencia al derecho a la intimidad, en sus sentencias 98/2000, de 10 de abril , y 186/2000, de 10 de julio .

El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores es un precepto pensado primordialmente para aquellas actividades que se llevan a cabo en tiempo de trabajo, en el propio centro, o fuera del mismo en ejecución del contrato de trabajo, pero también puede entrar en juego en relación a comportamientos desarrollados por los trabajadores en espacios públicos, comprendidos los de aquellos empleados cuya relación se encuentra suspendida por una causa legal - situación en la que deben seguir ajustando su conducta a las reglas de la buena fe -, cuando existan sospechas sobre su posible comportamiento irregular. En particular, no existe ninguna traba legal para que el empresario pueda recurrir a un detective privado al objeto de que realice tareas de seguimiento, vigilancia y observación de un trabajador que se encuentre de baja médica, durante un período limitado, suficiente para confirmar las sospechas, pues en tal caso no existe, por lo general, la posibilidad de utilizar otros medios de vigilancia alternativos, la medida resulta justificada para controlar el cumplimiento del deber de buena fe contractual, y se revela idónea para alcanzar la finalidad perseguida de verificar si el trabajador realiza actividades incompatibles con su situación y, de ser así, hacer uso de su poder disciplinario, sirviendo el informe de la agencia de investigación de prueba incriminatoria, así como ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés empresarial y de las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social que perjuicios sobre el derecho del afectado al respeto de su vida privada.

C) Los detectives privados están habilitados por el artículo 19.1.a) de la Ley 23/1992, de 30 de julio , reguladora de la Seguridad Privada, para obtener y aportar, a solicitud de personas físicas o jurídicas, información y pruebas sobre conductas o hechos privados, considerándose como tales, según precisa el artículo 101.2 del Real Decreto 2364/1994, de 9 diciembre , que la desarrolla, los que afecten al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados.

Dichos profesionales están obligados a guardar riguroso secreto de las investigaciones que realizan y no pueden facilitar datos sobre éstas más que a las personas que se las encomienden y a los órganos judiciales y policiales competentes para el ejercicio de sus funciones (artículo 103 del referido Reglamento), y "en ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones", como ordenan los artículos 19.3 y 102.2 de la Ley y Reglamento anteriormente citados.

Ello supone que los detectives no disponen de una patente de corso para interferir en el derecho a la intimidad de las personas sirviéndose de las nuevas tecnologías, debiendo utilizar únicamente aquellos métodos que respeten el derecho a la vida privada del individuo sometido a control.



Definido el contenido constitucional del derecho a la intimidad, y fijados los límites que empresarios y detectives no pueden sobrepasar, procede seguidamente determinar si la colocación por el investigador privado contratado por la demandada de un dispositivo de localización GPS en el vehículo privado del demandante, sin su conocimiento ni autorización, y sin que concurriesen circunstancias especiales que pudiesen justificar su instalación, como la realización de maniobras de distracción encaminadas a despistar a posibles vigilantes, u otras similares, implica una injerencia desproporcionada en el derecho a la intimidad personal o vida privada del aquí recurrido, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución, en conexión con los artículos 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La respuesta al interrogante abierto ha de ser contraria a la que pretende la parte recurrente. En primer lugar, la implementación de un sistema de monitorización en tiempo real del vehículo particular del demandante durante una semana en que su contrato de trabajo estaba suspendido, afecta a una de las manifestaciones de su derecho a la intimidad: el derecho a que los demás no sepan dónde está en cada momento y cuáles son sus movimientos; o dicho en otros términos, el derecho a no estar localizado de manera continua por medios electrónicos colocados en sus bienes contra su voluntad. A tal efecto hay que destacar que esa técnica permite al detective, y por extensión al empresario que le contrata, tener un conocimiento permanente, a lo largo del día y de la noche, del lugar dónde se encuentra el trabajador, a través de la posición de su vehículo, así como de otros datos complementarios, como los tiempos de utilización del vehículo, los itinerarios, las pausas, los kilómetros recorridos, o la velocidad de circulación.

En segundo lugar, la razón que esgrimió el detective para la colocación del GPS - ser un dispositivo que facilita el control y seguimiento del trabajador y que éste no se sienta vigilado- no es motivo que pueda legitimar su empleo frente a los métodos de vigilancia directos, menos intrusivos. El empleo de ese mecanismo no respeta el principio de proporcionalidad, pues resulta totalmente innecesario atendiendo al objetivo perseguido de comprobar las actividades realizadas por el demandante en los espacios públicos y privados de acceso libre, respondiendo a la mera conveniencia del investigador, lo que no justifica el uso de un medio tan invasor de la vida privada.

Por otra parte, y aun cuando los datos obtenidos a través del localizador son datos de carácter personal susceptibles de tratamiento, sujetos a las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre y sus normas de desarrollo, la Sala no considera adecuado pronunciarse de oficio sobre la eventual vulneración del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución, que no ha sido invocado en el proceso, y tampoco en este trámite.

Corolario de cuanto antecede es que el seguimiento efectuado al demandante mediante la ayuda de un localizador colocado en su vehículo particular, debe reputarse ilícito, por constituir una intromisión injustificada y desproporcionada en su esfera de intimidad, lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acarrea que el único medio de prueba aportado por la empresa para acreditar los hechos expuestos en la carta de despido no pueda surtir efecto. Al declararlo así, la sentencia de instancia no vulneró sino que dio recta aplicación al citado precepto.

Tampoco puede acogerse el argumento subsidiario que desarrolla la parte demandada en apoyo de su tesis, consistente en que, en todo caso, la única parte del informe elaborado por el detective privado, viciada de ilicitud constitucional, sería la correspondiente al día 26 de junio de 2010. De un lado, porque parte del éxito, no alcanzado, del motivo tercero, no existiendo base alguna para sostener que el localizador sólo estuvo instalado en esa fecha. De otro, porque la cláusula de exclusión de las pruebas obtenidas violentando, directa o indirectamente, derechos fundamentales se extiende a todos los frutos del árbol envenenado, y, en este caso, la información obtenida, de forma visual o directa, por el detective, o detectives que investigaron al actor, derivó de la información obtenida a través del GPS, que les permitió disponer en tiempo real de conocimiento preciso de los movimientos del trabajador (hora de salida de su domicilio, ruta seguida, reinicio de la marcha, etc.) que pudieron utilizar en el transcurso de su actividad de vigilancia y seguimiento. Por consiguiente, siendo nulos, por vulnerar el derecho a la intimidad del demandante, los datos capturados por medio de esa herramienta técnica, también lo son los que de ella traen causa.

SEXO.- La cuarta y última cuestión a resolver es si la ilicitud en la obtención de la única fuente de prueba utilizada por la demandada para acreditar los incumplimientos imputados al actor, por lesionar su derecho a la intimidad, tiñe de nulidad el despido de que fue objeto, de lo que discrepa la parte recurrente al considerar que tal irregularidad determina la ineficacia del correspondiente medio de prueba y la improcedencia de la decisión empresarial por no haberse acreditado los hechos imputados en la comunicación de cese, pero no su nulidad.

No podemos aceptar este planteamiento. Dado que la única prueba que sirvió de base al acto extintivo fue obtenida violando el derecho fundamental a la intimidad del demandante y que, por lo tanto, el conocimiento de



los hechos motivadores de su cese se debió en exclusiva a una prueba ilícitamente obtenida, con vulneración de esa garantía constitucional, la consecuencia que de ello deriva es la nulidad del despido de conformidad con lo preceptuado en el primer párrafo del apartado 5 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que establecen que será nulo el despido que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Atendiendo a criterios gramaticales, finalistas y de interpretación conforme a la Constitución, en la citada previsión legal encuentran cobijo no sólo los supuestos en que el cese se produce como consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho fundamental, sino también aquellos otros en que los hechos que lo sustentan han sido conocidos por el empresario mediante métodos que conculcan los derechos fundamentales del afectado.

A favor de esa solución se decanta la sentencia 196/2004, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional, examinando una decisión extintiva fundada en la ineptitud de la recurrente para el trabajo conforme a los resultados de un reconocimiento médico atentatorio a su intimidad, por entender que "la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo".

Tal calificación, con la consiguiente reposición de la situación al momento anterior a perpetrarse la violación, es la única que garantiza la protección eficaz del derecho de cuya vulneración trae causa exclusiva el despido, que no quedaría debidamente amparado si el órgano judicial no decretase la ineficacia absoluta de la medida adoptada en base a una prueba lograda mediante su vulneración, con exclusión de la indemnización sustitutoria, sino su improcedencia. Como afirma el propio Tribunal, "la Constitución protege los derechos fundamentales (...) no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos" y, los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 de esa misma Norma impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en "un acto meramente ritual o simbólico" (sentencia 247/2006, de 24 de julio, y las que en ella se citan).

A la misma conclusión se llega aplicando lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, con arreglo al cual la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad "comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: a) el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior (...).

Cuanto se deja expuesto determina la desestimación del recurso.

SEPTIMO.- A tenor de lo prevenido en los artículos 202, 1 y 4, y 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por quien, como la empresa demandada, no goza del beneficio de justicia gratuita, trae consigo que, una vez firme esta resolución, haya de perder el depósito legal, en beneficio del Tesoro Público, y la aplicación de la cantidad consignada al cumplimiento del fallo de la sentencia impugnada, así como la condena al pago de las costas causadas por su recurso, concretadas en los honorarios devengados por el Letrado de la parte demandante, por la redacción del escrito de impugnación, cuya cuantía fijamos en la parte dispositiva atención a su contenido y a las características del litigio.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por RSU Bilbao UTE, frente a la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Bilbao, en proceso sobre Despido, confirmando lo resuelto en la misma.

Se decreta la pérdida del depósito de 150,25 euros constituido por la entidad demandada para recurrir, en beneficio del Tesoro Público, en donde se ingresara una vez sea firme esta resolución. Aplíquese entonces al cumplimiento de la sentencia la cantidad de condena consignada.

Se impone a la citada entidad el pago, al Letrado Sr. Ranedo Fernández, de la cantidad de doscientos euros, en concepto de honorarios, por la redacción del escrito de impugnación del recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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



E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 300 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-644-11.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0030-1846-42-0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-644-11.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.