



Roj: **STSJ M 12247/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:12247**

Id Cendoj: **28079340012023100996**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/11/2023**

Nº de Recurso: **678/2023**

Nº de Resolución: **986/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG: 28.079.00.4-2022/0103608

Procedimiento Recurso de Suplicación 678/2023

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 03 de Madrid Despidos / Ceses en general 908/2022

Materia: Despido

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 678/23

Sentencia número: 986/23

G.

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER

Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ASENJO PINILLA

Ilmo. Sr. D. EMILIO PALOMO BALDA

Ilma. Sra. D^a. ÁNGELA MOSTAJO VEIGA

En la Villa de Madrid, a tres de noviembre de dos mil veintitrés, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A



En el recurso de suplicación número 678/23 formalizado por la representación letrada de D. Victorino , contra la sentencia de fecha 17 de abril de 2023, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Madrid, en sus autos número 908/22, seguidos a instancia de D. Victorino frente a SUCESORES DE RIVADENEYRA S.A, con intervención del MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

I. "- D. Victorino ha venido prestando servicios laborales como oficial de máquinas, para la empresa demandada, mediante contrato indefinido, a tiempo completo, con salario de 2.518,34 euros brutos al mes incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. Ha prestado servicios entre el 31 de mayo de 2004 y el 25 de febrero de 2011 y entre el 10 de mayo de 2011 y el 15 de septiembre de 2022.

II. - El 25 de febrero de 2011, el Juzgado de Instrucción nº 2 de Daimiel acordó la prisión provisional del actor en Diligencias Previas 98/2010. En fecha cinco de mayo de 2011 el citado Juzgado acordó la libertad provisional del actor.

III. - *Mediante carta de despido de fecha 15 de septiembre 2022, el trabajador recibió comunicación de la empresa por la que procede a notificarle su despido disciplinario con efectos de ese día, por hechos cometidos el 14 de septiembre de 2022, imputándole falta del artículo 10.2.4 apartados 5 y 7 del Convenio General de Artes Gráficas y del artículo 54.2 b) y d) del Estatuto de los Trabajadores . La carta fue también remitida al Comité de empresa en fecha 16 de septiembre de 2022. -La carta de despido obra en autos y se da por íntegramente reproducida en esta sede-*

IV. - *La empresa tenía instalado un sistema de videovigilancia del cuya existencia era conocedor el Comité de Empresa. El 9 de julio de 2018 la empresa comunicó a los representantes de los trabajadores que se había procedido a la actualización de alguno de los equipos de grabación integrados en el sistema de seguridad y vigilancia de la empresa, habiendo realizado el cambio de varias cámaras antiguas y obsoletas por otras de más calidad y bajo mantenimiento, habiéndose procedido a actualizar alguna de las existentes (entradas-hall naves A y B, interior nave A) e instalar cinco nuevas cámaras que tras superar un periodo de prueba, comienzan su uso en producción a partir del día de la fecha: - Nave A en el muelle de descargas de bobinas de papel - Nave A en la entrada de almacén de papel y tintas junto al ciclón de papelote y recortadoras - Nave A hall principal - Nave A pasillo de expèdienciones y dpto. de compreas - Nave B en la zona de los muelles de carga de mercancía.*

V. - *D. Luis Francisco , jefe de la sección de preimpresión de la empresa había advertido al menos en tres ocasiones previas que faltaban cartuchos de toners del almacén donde los mismos se guardaban. Los cartuchos se encontraban almacenados en un pequeño cuarto al que se accedía desde el área de preimpresión. La puerta de la habitación permanecía abierta (sin cerrojo o llave). El habitáculo únicamente estaba destinado al almacenaje de consumibles. D. Luis Francisco puso en conocimiento del director de informática D. Jesus Miguel la falta de cartuchos advertida. Y ambos lo hablaron con la dirección, quien decidió que se colocare por el director de informática, encargado también de la videovigilancia y seguridad, una cámara de grabación de imagen en el almacén del que desaparecía el material. Se colocó una cámara en el almacén donde se guardaban los cartuchos unos 4 ó 5 días del 15 de septiembre de 2022.*

VI. - *El actor prestaba servicios en el departamento de máquinas de impresión separado del departamento de preimpresión.*

VII. - *En la madrugada del día 14 de septiembre, estando prestando el actor sus servicios laborales en el turno de 1:15 a 7:15, a las 4:14 horas de la madrugada, se dirige desde supuesto de trabajo con un sobre a la zona de preimpresión, sección en la que se encuentra ubicado un pequeño almacén en que se guardan los componentes de uso diario en dicha sección. A continuación, a las 4:15 de la mañana, abrió la puerta del entró al interior del sin encender la luz mismo. Unos segundos después, enciende la linterna de su teléfono móvil y manipula los cartuchos de tinta, metiendo tres de ellos en el sobre que llevaba en la mano. Posteriormente, apaga la luz de su teléfono móvil, mira abriendo la puerta del almacén por una pequeña abertura por la que puede comprobar que*



un trabajador de la sección CTP no puede verlo, se pone de rodillas, arroja el sobre con el material depositado al suelo y sale del almacén arrastrándose por el suelo de rodillas y cerrando la puerta de dicho almacén. Unos segundos después de las 4:18 horas de la madrugada, sale de la sección de preimpresión con el sobre, sujeto con ambas manos y se hacia el taller de impresión. La empresa se verificó que faltaban tres cartuchos de tóner, tras lo cual se el trabajador fue citado en las oficinas del departamento de personal de la empresa para pedirle explicaciones sobre estos hechos, acudiendo el día 14 a las 17 horas, en presencia de D. Miguel Ángel, D. Luis Francisco, y de la responsable del departamento de personal de la empresa, D^a Amelia. En esa reunión se le exhibieron los vídeos con las grabaciones, y se le pidió explicación de dicha conducta: El trabajador se reconoció en el video de la cámara exterior en el que se ve como se acerca a la sección de preimpresión con un sobre en una de manos a las 4: 14 de la mañana, justificándolo en que lo hacía para pedir un fichero. Cuando visionó el video de dentro del almacén negó reconocerse.

VIII. - El trabajador no ha sido representante de los trabajadores durante el último año.

IX. - Se presentó ante el SMAC papeleta de conciliación ante el SMAC en fecha 22 de septiembre de 2022, celebrándose el acto de conciliación el 17 de octubre de 2022, que terminó sin avenencia".

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

"Desestimo la demanda formulada por D. Victorino, frente a SUCESORES DE RIVADENEYRA S.A, con intervención del MINISTERIO FISCAL sobre DESPIDO y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES y, -Declaro la PROCEDENCIA del despido del trabajador absolviendo a la empresa de las pretensiones de la demanda, convalidando la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo en fecha 15 de septiembre de 2022, sin derecho a la readmisión en su anterior puesto de trabajo ni salarios de tramitación. -No ha lugar a indemnizar por daños morales, absolviendo a la demandada de la pretendida declaración de vulneración de derechos fundamentales."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 24 de julio de 2023 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se señaló el día 2 de noviembre de 2023 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión suscitada que debemos dirimir en esta sede consiste en determinar si es válida la prueba de videovigilancia encubierta aportada a las actuaciones y que ha servido de base para desestimar la demanda promovida por el trabajador en la que solicitaba la declaración de nulidad del despido disciplinario acordado por la empresa con efectos del 15-9-22 por vulneración de derechos fundamentales con una indemnización adicional de 25.000 euros, si bien, en el recurso de suplicación, solicita se declare la nulidad de la prueba de videovigilancia declarando la improcedencia del despido.

SEGUNDO.- El conocimiento del asunto recayó en el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Madrid que dictó sentencia el 17 de abril de 2023, en el procedimiento nº 908/2022, desestimatoria de la demanda, para lo cual, después de centrar los hechos que estima determinantes y estudiar la doctrina establecida en STS, 4^a, de 22 de julio de 2022, recurso 701/2022, argumenta así:

" (...) en el presente caso, se ha demostrado, siendo aquí esencial la testifical del jefe del departamento de preimpresión, que hasta en tres ocasiones se había advertido la falta de unidades de toners, siendo la última de ellas, según dijo muy evidente. Y siendo así, existía una sospecha razonable y fundada de que los cartuchos estaban siendo sustraídos.

Lo que debe ser bastante fundado para limitar el derecho a la intimidad o protección de datos del trabajador a través de un sistema de videovigilancia encubierta u oculta, es la sospecha, y no el perjuicio que se cause a la empresa. Y la sospecha, lo ha de ser de un hecho grave. Véase, como luego se dirá, que la sustracción de bienes de la mercantil, por pequeña que sea, es una conducta muy grave, susceptible de la máxima sanción, dado que no sólo está en juego el patrimonio o seguridad de la empresa sino la lealtad y confianza recíproca entre empleador y empelados.



De otro lado, la medida adoptada fue idónea y necesaria. Fue adecuada a la finalidad pretendida. La cámara se instaló días previos al despido, 4 ó 5 días antes de que se grabaren los hechos, por lo que no estuvo instalada por un largo periodo de tiempo. Y se colocó en una estancia en la que habitualmente no hay nadie o no permanece nadie, siendo su uso transitorio o momentáneo, nada más que para depositar o retirar material. No se trata de un supuesto en el que de forma permanente se esté grabando el puesto de trabajo de un empleado, recogiendo todo lo que hace durante su jornada. Aquí, la afección a la intimidad del personal es mínima. Finalmente, no existían otros medios menos invasivos para conocer y demostrar lo que sucedía.

Procede, de conformidad con la doctrina expuesta, declarar que el uso de videovigilancia encubierta en este caso, no vulneró los derechos fundamentales del actor, por lo que se rechaza la nulidad del despido y se posibilita valorar las grabaciones obtenidas por la empresa como medio válido para probar los hechos imputados".

TERCERO.- El trabajador recurrente destina el primer motivo, por el cauce del apartado a) del art. 193 LRJS, a reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de las normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, denunciando infracción del artículo 90.2 y siguientes del mismo texto adjetivo, puesto en relación con lo establecido en los artículos 24.2 de la CE, y la doctrina que se cita en relación a las pruebas practicadas en el proceso, si bien más adelante no insta la declaración de nulidad de la sentencia de instancia sino que solicita la Sala declare la improcedencia del despido ante la ilicitud de la prueba videográfica.

Defiende que, al tratarse de una vigilancia encubierta u oculta, la licitud de la prueba debe responder a los dos requisitos que recoge la doctrina de la STEDH de 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II): el primero, consistente en que la medida fuera justificada por la sospecha legítima de perjuicios económicos para empresa; y el segundo, que ninguna otra medida habría permitido alcanzar el objetivo legítimo, lo que se conoce como la ponderación de la medida adoptada por empresa.

Añade que la empresa omite cualquier mención a esas sospechas en la carta de despido, sobre todo cuando es conocedora de que ha instalado una cámara no visible en el almacén y no dio a conocer de su existencia a la plantilla y, por tanto, necesitaba de la justificación legal para ello; que esa falta de mención en la carta de despido constituye un defecto de forma de consecuencias considerables para el desenlace del procedimiento, pues sitúa al trabajador en una clara posición de indefensión frente al desequilibrio que supone enfrentarse a la empresa que es conocedora de todos los hechos; que la sentencia recurrida se apoya en la manifestación genérica del Jefe de Departamento acerca de que en tres ocasiones se habían advertido la falta de unidades de tóners, pero no concreta en qué fechas se habían producido las sustracciones, ni el número de unidades sustraídas, ni el tipo de tóners, respuesta a todas luces genérica e incompleta que impide valorar si realmente constituían un verdadero perjuicio económico para la empresa de suficiente magnitud y relevancia para justificar la instalación de cámara encubierta; que no se aporta a las presentes actuaciones una simple factura que acredite el coste o valor económico de los tóners y de esta manera valorar los perjuicios económicos causados a la empresa. Y, por último, no identifica de manera previa al juicio las fechas en las que se produjeron las sustracciones, lo que impidió armar una defensa adecuada para el día de la vista; que se pudieron utilizar por la empresa otros medios o medidas menos intrusivas para evitar las sustracciones, lo que responde a ese requisito de prueba ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en un sentido estricto). Esta medida menos intrusiva habría sido, a su juicio, instalar una cerradura a la puerta del pequeño almacén que impidiera la entrada indiscriminada de personal, lo que hubiera evitado las sustracciones de cualquier empleado de la empresa, sin acometer la medida más gravosa para el empleado en cuestión, cual es el despido disciplinario.

En consecuencia, y concluye sus alegatos, la prueba de la grabación de videovigilancia aportada por la empresa debe ser declarada ilícita pues fue una cámara encubierta que se instaló sin aviso a la plantilla y sin el dispositivo necesario de identificación que establece la Ley orgánica 3/2018 de Protección de Datos de carácter personal y los derechos digitales, conforme a su artículo 89.1, y su instalación no puede quedar amparada por unas supuestas sustracciones declaradas en el momento de la vista oral, en forma de declaración genérica, sin apenas concretar cuando se produjeron el resto de sustracciones, y por la declaración de un único testigo; y en segundo lugar, no puede depender exclusivamente de la proporcionalidad de la medida en la forma motivada en la sentencia, pues como se ha razonado existían otros medios y alternativas a disposición y alcance de la empresa para evitar el fin último, las sustracciones de material, depositado en un pequeño almacén que se encontraba totalmente desprotegido y al alcance de todos los empleados.

En definitiva, y en su opinión, que no constituía el medio adecuado para evitar las sustracciones y justificar su instalación.



CUARTO.- Al motivo inicial se ha opuesto la demandada aduciendo, en primer lugar, que quien recurre no formuló protesta alguna frente a la resolución de la iudex a quo por la cual se admitió la prueba propuesta por la empresa, en concreto las grabaciones del demandante que la sentencia describe en su hecho probado séptimo. Y en cuanto al fondo de la cuestión suscitada entiende que la sentencia recurrida resulta totalmente conforme a Derecho, tal y como se evidencia no sólo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Julio de 2022, referida en el Fundamento de Derecho quinto, sino también con la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 119/2022 de fecha 29 de septiembre de 2022, Recurso de amparo 7211-2021.

QUINTO.- Una precisión previa: La declaración de hechos probados de la resolución de instancia no ha sido combatida por ninguna de las partes a través del cauce que arbitra el art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, siendo la vía del apartado a) de ese mismo precepto la que ha elegido el trabajador recurrente, lo que implica que para la resolución de las cuestiones que plantea debemos partir, indefectiblemente, del relato plasmado en aquella, sin tener en cuenta las circunstancias fácticas alegadas en el desarrollo del motivo y que no guardan correspondencia con la relación de probanzas de la sentencia recurrida.

La adecuada respuesta a la queja que suscita la parte recurrente exige primeramente despejar si existió protesta frente a lo que la empresa califica de admisión de la prueba propuesta por ella por la Juez de instancia, en concreto las grabaciones del demandante que la sentencia describe en su hecho probado séptimo.

Ya adelantamos que la versión de lo acontecido ofrecida por la empresa no se corresponde con la realidad procesal acontecida habiéndose visto la Sala obligada a visionar la grabación del juicio en la que se advierte que, recibido el pleito a prueba, y ante la prueba de grabación de imágenes propuesta por la demandada la Juez de instancia dio las explicaciones oportunas de que se pasaría a su práctica decidiendo en la sentencia sobre su validez y eficacia, a lo que las partes *mostraron su conformidad*, es decir, quedaba condicionada su admisión, pertinencia y licitud a lo que más adelante se resolviera, una vez practicada, y con estas premisas mal cabe que la parte actora pudiera formular en ese momento protesta alguna. Se podrá discutir el acierto o no de la decisión judicial ante una problemática procesal sin duda compleja, dado que según el artículo 87.2 LRJS el juez o tribunal resolverá sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, (hemos de colegir que en el propio acto de la vista), y que la parte proponente podrá hacer constar su protesta en el acto contra la inadmisión de cualquier medio de prueba, diligencia o pregunta, consignándose en el acta la pregunta o la prueba solicitada, la resolución denegatoria, la fundamentación razonada de la denegación y la protesta, todo a efectos del correspondiente recurso contra la sentencia.

Y, por otra parte, conforme dispone el art. 90.2 LRJS:

" No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Esta cuestión podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia".

Pues bien, dadas las circunstancias concurrentes y el principio de buena procesal de las partes no podemos confluir con el alegato de la empresa sobre inacción de la parte actora en el momento procesal oportuno (art. 87.2 LRJS), ni que la falta de protesta impida considerar ahora la nulidad o no de la prueba de grabación, pues la Juez de instancia, en rigor, no admitió ni inadmitió dicha prueba, sino que reservaba su decisión a un momento posterior coincidente con el dictado de la sentencia.

SEXTO.- Antes de abordar la situación que se presenta en el supuesto enjuiciado conviene realizar algunas observaciones de carácter general referentes a la utilización de las grabaciones de imagen obtenidas a través de cámaras de videovigilancia para sancionar a los trabajadores por el alegado incumplimiento de sus obligaciones laborales, condensándose la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala de lo Social del TS y de los tribunales internacionales así:

1.- Las imágenes grabadas en un soporte físico constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura de la CE (art. 18.4), ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la



confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo (STCO 292/2000).

2.- El empresario no queda autorizado, so capa de las facultades de vigilancia y control que le confiere el ET en su art.20.3, a intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo. Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (SSTCO 292/1993 ; 186/2000 ; y 39/2016, entre otras).

3.- En el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, como regla general, a un segundo plano, pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes (art.6.1.b y 88 RGPD). La dispensa del consentimiento se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello, un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí es necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato.

4.- Por otra parte, el deber de información previa sigue existiendo, en cuanto forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos. Por lo que se refiere a esta información previa de la instalación de cámaras de videovigilancia, establece la legislación, a fin de cumplir con dicha obligación, que los empleadores han de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores y a sus representantes, acerca de esta medida art. 89.1 LO 3/2018).

5.- Si el trabajador puede conocer la existencia de las cámaras, por estar instaladas en un lugar visible, y la finalidad para la que habían sido instaladas, se entiende cumplido el deber de información. Se entiende que la medida está justificada dado que pueden existir razonables sospechas de que, por ejemplo, alguno de los trabajadores que prestaban servicios en una caja se estaban apropiando de dinero; idónea para la finalidad pretendida por la empresa: por ejemplo, verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes; necesaria , ya que la grabación sirve de prueba de tales irregularidades; y equilibrada si la grabación de imágenes se limita a la zona de la caja, por lo que se descarta que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal (STCO39/2016).

En fin, ha de tenerse en cuenta el juicio de proporcionalidad que permite declarar la validez como prueba de las imágenes captadas por el sistema de videovigilancia instalado por la empresa siempre que la instalación de cámaras de seguridad sea una medida justificada por razones de seguridad (control de hechos ilícitos imputables a empleados, clientes y terceros, así como rápida detección de siniestros), idónea para el logro de ese fin y necesaria y proporcionada al fin perseguido, razón por la que queda justificada la limitación de los derechos fundamentales en juego, máxime si los trabajadores están informados, expresamente, de la instalación del sistema de vigilancia, de la ubicación de las cámaras por razones de seguridad, expresión amplia que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros (STS de 31-01-2017, nº 77/2017, rec. 3331/2015).

7.- Lo mismo ocurre si los trabajadores conocían la instalación de las cámaras en el almacén de la empresa porque habían firmado sus contratos de trabajo en los que se recogía expresamente en una de sus cláusulas esa medida de control de sus obligaciones laborales puesto por la empresa en lugares que no afectaban a su ámbito personal de intimidad; los vídeos fueron visualizados en el juicio oral y constituían una medida razonable para proteger los intereses legítimos de la empresa (STSJ de Madrid de 15-02-2017, nº 173/2017, rec. 890/2016).

8.- En el mismo sentido, se declara la validez del uso de cámaras videográficas en la captación de conductas irregulares, colocadas en la entrada y servicios públicos de un gimnasio, exceptuados vestuarios y aseos. En dicho caso, también existía una preexistente situación de desconfianza, y las cámaras estaban destinadas al control de toda irregularidad y concretamente en la entrada. Era público el conocimiento de la colocación de cámaras que aleja la idea de adopción sorpresiva de la conducta y del mantenimiento de una actitud tolerante de la empresa. Por lo que el uso de la videocámara revistió carácter razonable y proporcionado a su objeto (STS 02-02-2017, nº 96/2017, rec. 554/2016).

9.- Cuando la vulneración del derecho fundamental a la intimidad se haya producido en la obtención de la prueba de los incumplimientos imputados por la empresa, esta no puede ser tomada en consideración al ser nula.



Sin embargo, la nulidad de la prueba no siempre conlleva, automáticamente, la nulidad del despido. De tal manera, que el despido podría ser procedente si se acreditara el incumplimiento imputado con base en otras pruebas que no derivasen de la prueba nula y no estuvieran contaminadas (STS 08-02-2018, nº 119/2018, rec. 1121/2015), incluso si la vulneración del derecho fundamental supone una indemnización (STEDH 9-1-18 asunto López Ribalda I y otras vs España, núm 1874/13 y 8567/13). El tribunal que resuelva el recurso decide sobre la anterior cuestión, y habrá supuestos en los que la estimación de vulneración de la intimidad en la obtención de la prueba suponga la declaración de la nulidad de la prueba, y nulidad de las actuaciones, acordándose que el juzgado de instancia vuelva a pronunciarse sin tener en cuenta la prueba nula por vulneración de derechos fundamentales.

10.- El derecho a la intimidad personal reconocido en el art.18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana (art. 10.1 CE), que atribuye a su titular la facultad de reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, de una publicidad no querida, y, en consecuencia, el poder jurídico de imponer a terceros, sean particulares o poderes públicos, el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, a fin de asegurar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas. De forma que lo que el art. 18.1 CE 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 cuales 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 (por todas, STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2).

Ahora bien, el derecho a la intimidad personal no es un derecho absoluto y por tanto no confiere a su titular una facultad omnímoda de exclusión, pues, como cualquier derecho fundamental, puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr un fin legítimo, sea proporcionada para alcanzarlo y, además, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6, y 18/2015, de 16 de febrero, FJ 5, entre otras). Por ello, "[n]o cabe negar la posibilidad de que en determinadas circunstancias, ciertamente excepcionales, existan derechos o bienes constitucionales que legitimen la captación e incluso la difusión de imágenes que supongan una intromisión en la intimidad personal o familiar de una persona" (STC 156/2001, FJ 4).

SÉPTIMO.- En contestación al reproche del actor así fundamentado conviene dejar claro desde este momento que falla la premisa que lo vertebra, cual es la falta de concreción de las fechas en que se habían producido las sustracciones, dado que lo importante es que según describe el hecho probado quinto fueron previas a que se colocara una cámara, cuarto o cinco días antes del 15 de septiembre de 2022, data en que acontecieron los hechos imputados, en el almacén donde se guardaban los cartuchos, permitiendo el contexto de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida deducir con facilidad que esas tres ocasiones previas en que se advirtió la falta de cartuchos fueron en los días inmediatamente anteriores a la instalación de la cámara en el almacén, conteniendo, por lo demás, la carta de despido, los hechos relevantes, precisos, suficientes y concretos para que el trabajador pudiera defenderse de las imputaciones.

En el ámbito de las garantías constitucionales sobre el particular, el TC ha variado su inicial doctrina:

En principio, afirmó que si bien el poder de dirección del empresario le habilita para " *adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales*" (STC 186/2000), dichas facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales, de modo que es preciso informar a los trabajadores de forma clara, expresa, precisa e inequívoca de que es posible grabar su actividad y de la finalidad que, en tal caso, se persigue con dicha medida. De donde se deduce que es necesario anunciarles dicha eventualidad y advertirles " *durante cuánto tiempo y con qué propósito*" pueden examinarse las grabaciones realizadas, explicitando muy particularmente que podrán utilizarse para imponer sanciones disciplinarias en caso de que se incumpla el contrato de trabajo (STC. 29/2013). Posteriormente, declara que se cumple el deber de información previa cuando el trabajador conoce que en la empresa se ha establecido un sistema de control por video-vigilancia, " *sin que haya que especificar más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados*" (STC 39/2016).

En la *sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 39/2016 -recurso de amparo 7222-2013 -*, dando entrada en el campo protector a las garantías y derechos del *artículo 18.4 de la Constitución*, vino a referir que



conforme a la normativa española "... el incumplimiento del deber de requerir el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos o del deber de información previa sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada...", contemplándose con ello la posibilidad de validar la medida de vigilancia adoptada sin conocimiento ni consentimiento de los afectados siempre que el empresario acredite cumplidamente que la misma supera el juicio de proporcionalidad, para lo cual "... es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)...".

El TC (sentencia 6/1998) ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven " el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional", de modo que (TC ss. 66/1995, 55/1996) " para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

La doctrina contenida en la STEDH dictada en el asunto López Ribalda I y otros, de 9 de enero de 2018 , parte de la afirmación de que se vulnera el artículo 8 de la CEDH mediante la instalación de un sistema de videovigilancia sin informar previamente a las trabajadoras de sus derechos relativos a la protección de datos de carácter personal, al no haberse informado previamente, de forma explícita y sin ambigüedades, línea ésta en la que ya se había pronunciado el TS en sentencia de 13 de mayo de 2014 , haciendo especial hincapié en la circunstancia de que aunque la cámara fuera apreciable a simple vista y, por tanto, conocida su existencia, en ningún momento se explicitó que podían utilizarse las imágenes captadas para la aplicación de medidas disciplinarias.

Por ello el TEDH concluye que no hubo un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada al amparo del artículo 8 del Convenio y el interés del empresario en la protección de sus derechos propietarios, y que la actuación empresarial vulneró el citado art. 8 del Convenio.

Pero en la más próxima en el tiempo sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 octubre de 2019, Caso López Ribalda II c. España (Gran Sala) concluye, en resumen, que son válidos los controles ocultos a los trabajadores mediante vídeo vigilancia, pero nunca ante la más mínima sospecha de apropiación indebida o cualquier otro delito por parte de los empleados podría justificar la instalación de vídeo **vigilancia encubierta** por parte del empleador, sino sólo ante supuestos como el que allí se trataba, en que hay sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave, con perjuicio importante para la empresa.

La sentencia incorpora el llamado Test Barbulescu (relativo al control del uso del ordenador) al control por vídeo vigilancia de los trabajadores en su puesto de trabajo.

De esta forma, los tribunales nacionales deben tener en cuenta los siguientes factores cuando sopesan los diversos intereses en conflicto:

(i) Si el trabajador ha sido informado de la posibilidad de que el empleador adopte medidas de vídeo vigilancia y de implementación de tales medidas. Si bien en la práctica los trabajadores pueden ser informados de varias maneras, dependiendo de las circunstancias fácticas particulares de cada caso, la notificación normalmente debe ser clara sobre la naturaleza del vídeo vigilancia y debe darse anterior a su aplicación de la medida.

(ii) El alcance de la vídeo vigilancia por parte del empleador y el grado de intrusión en la privacidad del empleado. En este sentido, se debe tener en cuenta el nivel de privacidad en el área que se está vigilando, junto con las limitaciones de tiempo y espacio y la cantidad de personas que tienen acceso a los resultados.

(iii) Si el empleador ha proporcionado razones legítimas para justificar la vídeo vigilancia y el alcance de la misma. Cuanto más intrusivo sea la vídeo vigilancia, mayor será la justificación que se requerirá.

(iv) Si hubiera sido posible establecer un sistema de vídeo vigilancia basado en métodos y medidas menos intrusivos. A este respecto, debe haber una evaluación a la luz de las circunstancias particulares de cada caso en cuanto a si el objetivo perseguido por el empleador podría haberse logrado a través de un menor grado de interferencia con la privacidad del empleado.



(v) *Las consecuencias de la vídeo vigilancia para el trabajador sujeto a él. Debe tenerse en cuenta, en particular, el uso que hace el empleador de los resultados de la supervisión y si dichos resultados se han utilizado para lograr el objetivo declarado de la medida.*

(vi) *Si el trabajador ha recibido las garantías apropiadas, especialmente cuando las operaciones vídeo vigilancia del empleador son de naturaleza intrusiva. Dichas garantías pueden tomar la forma, entre otras, de proporcionar información a los empleados interesados o a los representantes del personal en cuanto a la instalación y el alcance de la vídeo vigilancia, o una declaración de tal medida a un organismo independiente o la posibilidad de presentar una queja.*

Por tanto, se establece un riguroso control garantista de los derechos a la intimidad y la protección de datos de las personas de los trabajadores.

Con ello, y respecto al discutido carácter oculto de la videovigilancia empresarial, viene el Tribunal en la sentencia que examinamos -apartado 128- a justificar tal actuación cuando no existe otra medida adecuada a la finalidad pretendida, ya que "... *informar a cualquier integrante del personal podía comprometer efectivamente la finalidad de la videovigilancia...*"; y al hilo de lo anterior, dictamina la sentencia que si bien la exigencia de transparencia y el derecho a la información que se deriva del mismo reviste un carácter fundamental, y precisa con carácter general la necesidad de información previa a los trabajadores, es posible justificar la ausencia de información previa cuando exista "... *un imperativo preponderante relativo a la protección de intereses públicos o privados importantes...*" -apartado 133-.

Por lo que atañe a la conjunción de ambos parámetros, entiende la Gran Sala que el canon de razonamiento a seguir implica que "... *la información ofrecida a la persona sometida a la vigilancia y su amplitud no es sino uno de los criterios a tener en cuenta para apreciar la proporcionalidad de tal medida...*", de manera que "... *si la información falta, las garantías derivadas de otros criterios serán más relevantes...*" -apartado 131-.

Consecuencia de lo anterior, en el apartado 134 de la citada sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene a dictaminar que "... *por lo tanto, aunque no cabe aceptar, con carácter general, que las meras sospechas de [...] delito por las empleadas justifique la instalación de cámaras encubiertas por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave, que ha comprometido la propiedad con pérdidas de alcance, en el presente caso, puede entenderse que concurre una justificación suficiente...*", añadiendo a lo anterior, y avalando con ello en tales graves casos la videovigilancia encubierta que, ésta debe ser admitida ante todo en un caso como el que examinaba, "... *en una situación en la que el buen funcionamiento de una empresa está en riesgo no solo por la sospecha del mal comportamiento de un solo empleado, sino más bien por la sospecha de una acción concertada por parte de varios empleados, ya que esto crea una atmósfera general de desconfianza en el lugar de trabajo...*".

OCTAVO.- En el caso de autos si bien estamos ante una cámara encubierta que se instaló sin aviso a la plantilla y sin el dispositivo necesario de identificación que establece la Ley orgánica 3/2018 de Protección de Datos de Carácter Personal y los derechos digitales conforme a su artículo 89.1, no es menos verdad que atendiendo a la doctrina de la STEDH (Gran Sala) de 17 octubre 2019 (López Ribalda II), a la STC 39/2016, 3 de marzo de 2016, y STS, 4ª, de 22 de julio de 2022, recurso 701/2021, (esta última ciertamente concurriendo circunstancias muy singulares) en determinadas situaciones se permite la ausencia de información sin que ello invalide la prueba.

No se nos pasa por alto una mínima sospecha de robos o hurtos u otras irregularidades cometidas por los empleados no puede justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, antes bien es necesario la existencia de sospechas razonables de que se hayan cometido graves irregularidades, y el alcance de los hurtos constatados en el presente asunto apuntan a una justificación seria en el proceder de la empresa, que hasta entonces siempre había comunicado la instalación de cámaras a la representación de los trabajadores. Es especialmente significativo, dice el TS en la sentencia antes anotada de 22 de julio de 2022, que la STEDH 17 de octubre de 2019 examine el argumento de que la legislación española ya imponía por entonces la previa advertencia o información al trabajador sobre la videovigilancia, a pesar de lo cual el TEDH considera que la medida estaba justificada por la sospecha legítima de graves irregularidades y pérdidas y porque ninguna otra medida habría permitido alcanzar el objetivo legítimo. Existen significadas diferencias entre un sistema de videovigilancia permanente y un sistema de videovigilancia instalado ad hoc ante la existencia de fundadas sospechas.

Lo que sucede en el caso sometido a esta Sala de suplicación es que, ante una continuada perpetración de un ilícito penal que afectaba al patrimonio de la empresa (sustracción de los cartuchos de tinta de las impresoras al menos en tres ocasiones precedentes), esta, con sospechas más que razonables, decide tomar una medida que en el contexto de lo acontecido juzgamos proporcionada, cual es poner una cámara oculta para poner fin a los hurtos e identificar al responsable, y no con carácter permanente, dado que cuatro o cinco o días después de su instalación descubre al autor de los hechos y lo despide. Se trata de un uso coyuntural, excepcional y



no permanente de unas cámaras de seguridad para confirmar incumplimientos laborales, pues la empresa demandada hasta entonces siempre había puesto en conocimiento de la representación de los trabajadores la instalación de las cámaras.

Hemos de llevar a cabo, en línea con la sentencia del TEDH (Gran Sala) en el caso López Ribalda II, un ejercicio de equilibrio detallado entre, por una parte, el derecho al respeto a la privacidad del trabajador en su vida privada y, por otra, el interés del empleador en garantizar la protección de sus bienes y el buen funcionamiento de la empresa. En los casos en los que existe una fundada sospecha de que el trabajador puede estar cometiendo una irregularidad, ponderando las circunstancias concurrentes, la instalación de cámaras de vigilancia es susceptible de constituir una medida justificada (ya que existirían razonables sospechas de la comisión de graves irregularidades); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (si la grabación de imágenes se limitó a la zona afectada y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada), y por ello se excluye la vulneración del derecho fundamental a la intimidad. La existencia de una sospecha razonable de que se ha cometido una falta grave y la magnitud de las pérdidas identificadas constituye una justificación de peso.

Diferente sería el supuesto de que las cámaras se hubieran instalado por la empresa demandada como medida general de control. En tal caso se vulneraría el derecho a la intimidad por la utilización posterior para fines disciplinarios de las imágenes obtenidas por cámaras de videovigilancia instaladas sin comunicar al trabajador, ya no solo aquel hecho, sino el uso para control disciplinario que podría darse a tales imágenes (STCO 29/2013)

En el caso presente, y confluendo la Sala en lo esencial con los criterios de la sentencia recurrida, con la salvedad de la referencia que hace a la STS, 4ª, de 22 de julio de 2022, recurso 701/2022, que tan solo tiene puntos de conexión parciales con el caso presente, y el informe del Ministerio Fiscal unido a las actuaciones, *"la medida adoptada fue idónea y necesaria. Fue adecuada a la finalidad pretendida. La cámara se instaló días previos al despido, 4 o 5 días antes de que se grabaren los hechos, por lo que no estuvo instalada por un largo periodo de tiempo. Y se colocó en una estancia en la que habitualmente no hay nadie o no permanece nadie, siendo su uso transitorio o momentáneo, nada más que para depositar o retirar material. No se trata de un supuesto en el que de forma permanente se esté grabando el puesto de trabajo de un empleado, recogiendo todo lo que hace durante su jornada. Aquí, la afección a la intimidad del personal es mínima. Finalmente, no existían otros medios menos invasivos para conocer y demostrar lo que sucedía"*.

No es atendible el argumento esgrimido por el recurrente de que por la empresa se debían de haber utilizado otros medios para evitar la sustracción del material, como poner una cerradura en la puerta, circunstancia completamente ajena a la necesidad e idoneidad de la medida para descubrir lo que sucedía, que es el requisito que establece la jurisprudencia para la admisión de la video vigilancia como prueba del hecho enjuiciado.

El sistema de video- vigilancia cuestionado cumple los parámetros que sanciona la doctrina constitucional, también del TEDH, para afirmar su legitimidad, es decir, (a) idoneidad, por ser apto para acreditar los hechos imputados a la demandante, (b) necesidad, por inexistencia de otros medios más módicos o menos gravosos con el mismo fin, y (c) proporcionalidad, por importar mayor provecho para el interés general de la empresa que agravio sobre el derecho fundamental que el trabajador invoca.

Como señaló la STC 292/2000, de 30 de noviembre, *"el derecho a la protección de datos no es ilimitado"*. Ello no excluye, como ya ha advertido el TS, las posibles consecuencias administrativas, civiles o de otra naturaleza, derivadas del incumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

En suma, la prueba de grabación por cámara encubierta resulta en el caso enjuiciado válida y lícita, desestimándose el primer motivo.

NOVENO.- El segundo y último motivo, esta vez por el cauce del apartado c) del artículo 193 LRJS, y partiendo de un presupuesto que no hemos aceptado, cual es que la prueba es ilícita, denuncia infracción del artículo 55.5 del ET, art. 90.2 de la LRJS, y el artículo 11.1 de la LOPJ, haciendo valer que el despido debe declararse improcedente al no ser válida, reproche con el que no podemos coincidir por lo ut supra argumentado y que damos por reproducido en aras de la brevedad, con desestimación del motivo, y con ello el recurso, al no articular otro motivo paralelo cuestionando la proporcionalidad de la sanción impuesta y la gravedad de los hechos imputados.

Sin costas, dada la condición con que litiga el recurrente (art. 235 LRJS).

Vistos los preceptos citados,



FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación nº 678/2023 interpuesto por Don Victorino contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Madrid de 17 de abril de 2023, en el procedimiento nº 908/2022, seguido por el recurrente frente a SUCESORES DE RIVADENEYRA S.A, habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL, sobre despido y tutela de derechos fundamentales, ratificando la sentencia recurrida.

Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826-0000-00- 0678-23 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid, 28010 de Madrid,

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2826- 0000-00- 0678-23.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

Voto Particular

que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Luis Asenjo Pinilla, en el Recurso 678/2023, en base a los arts. 206 y 260 L.O.P.J., apoyándome en los argumentos que paso a exponer:

Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria aceptada por la Sala, de la que pese a sus ponderados, razonados y atrayentes alegatos me separo, mostrando mi discrepancia a través de los presentes Fundamentos:

PRIMERO.- El Recurso de la parte actora se sirve del art. 193.a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para sustentar sus dos primeros de argumentos de Suplicación.

Me centraré en el que es el segundo. Puesto que el que podemos considerar inicial viene adecuadamente contestado de manera atinada y en sentido negativo, en el primer párrafo, del séptimo fundamento de derecho de la resolución que ha resultado mayoritaria

SEGUNDO.- Destaco desde un primer momento, pues así igualmente lo hace la sentencia de instancia, que estamos en un supuesto de los considerados como de vigilancia encubierta -quinto fundamento de derecho-

Reconoce en ese sentido que la cámara instalada en un pequeño almacén donde se depositaban los consumibles, no se dio a conocer al despedido, ni tampoco a sus representantes. Así como que nunca se había instalado en el mismo. Que tenía un formato distinto a las otras cámaras existentes en la empresa en forma de circuito cerrado de televisión, de las que el actor era conocedor, aunque no fuera informado directamente, pero sí lo fueron los representantes de los trabajadores en su momento.

TERCERO.- Llegado este punto es menester referirse al art. 89.1, de la Ley Orgánica 3/2018 (LO). 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. 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.

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..."

CUARTO.- Del tenor de esa norma se infiere, concretamente del primero de sus párrafos, que la regla general se concreta en la imprescindible obligación empresarial de informar y de manera previa, sobre su intención de instalar un sistema de cámaras a los trabajadores o en su defecto, o coetáneamente, a sus representantes, para ejercer una determinada función de control sobre los mismos. Información que ha de darse " *de forma expresa, clara y concisa*". Esas cautelas tienen como finalidad preservar un derecho fundamental del trabajador, cual es el que tiene a su intimidad personal - art. 18.4, de la Constitución-; principio constitucional que, por ende, nunca debe perderse de vista a la hora de cualquier interpretación de los intereses ahora en juego.

El segundo párrafo se configura como una excepción y por tanto tiene siempre que aplicarse de manera restrictiva. Exonera al empleador de preavisar de esa instalación, incluso a los representantes de los trabajadores, caso de que concurren dos circunstancias que, precisamos, han de presentarse de forma conjunta. De tal manera que la ausencia de alguna de ellas es suficiente para entender vulnerado ese derecho y con todas sus consecuencias.

Volviendo al supuesto que me ocupa, puede decirse que la nueva cámara sirvió para apreciar la sustracción de unos cartuchos de toner por parte del trabajador -séptimo hecho probado-. Luego es aceptable decir y cuando menos en una primera aproximación, o, en todo caso, a efectos dialécticos visto lo que argumentaré con posterioridad, que se habría satisfecho ese primer requisito.

Sin embargo, no cumple con el segundo. Recuerdo que el art. 22.4, al que se remite, dice 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..."

Y no lo satisface la empresa porque así lo expresa el quinto fundamento de derecho de instancia, al afirmar que nada de lo que acabo de transcribir sobre el deber de información y la consiguiente obligación empresarial de satisfacerlo de manera indubitada, se considera probado. Tampoco se da explicación alguna que además ha de calificarse de cumplida, o cuando menos no figura en la resolución de instancia, del porqué de esa ausencia.

Por tanto, entiendo que lo argumentado hasta el momento es suficiente para declarar la nulidad de la prueba videográfica y que a su vez ha sido el factor decisorio para reconocer el despido como procedente.

QUINTO.- Sin perjuicio de lo anterior, he de añadir y a mayor abundamiento, lo que sigue:

La resolución mayoritaria entiende que son de aplicación a este litigio los criterios expuestos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 17-10-2019, en cuanto que avalan la existencia de controles ocultos mediante videovigilancia.

Destacaré en primer lugar, que dicha sentencia no tiene en cuenta, lo cual es lógico por razones temporales, lo establecido por la vigente LO en los términos ya transcritos. Aspecto de relevancia ya que dicha sentencia reconoce la importancia de la previa regulación nacional y específica sobre esta materia. Trascendencia que



igualmente reconoce el art. 53, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a efectos interpretativos y, claro está, siempre que sea más favorable dicha legislación nacional.

Recuerdo en ese mismo sentido que la Ley Orgánica 15/1999, antecedente normativo y que fue la tomada en consideración cuando se examinó lo acontecido por el TEDH, era mucho menos contundente y garantista. Con ello me estoy refiriendo a su art. 5.1, donde solo se establecía un derecho genérico a la información. Muy alejado de lo asumido en el actual art. 89.1, en cuanto a los requisitos y garantías reconocidas.

Pero es que además no es lo mismo a la hora de examinar la proporcionalidad de la medida adoptada en forma de cámara oculta, que exista una sospecha sobre que un trabajador concreto está cometiendo un ilícito laboral, cual sería el supuesto en curso, que esa sospecha se extienda a la acción concertada de varios empleados en cuanto que esa conducta generaba una determinada atmosfera de desconfianza en el lugar de trabajo, como acontecía en el caso examinado por el susodicho Tribunal; aspecto en el que se incidía de manera expresa para obtener sus conclusiones.

Por tanto, discrepo de la aplicación traslativa de tal resolución al litigio en curso. Y esa traslación ha sido decisiva para llegar a desestimar el Recurso del trabajador

SEXTO.- Asimismo veo necesario incidir en otras cuestiones y siempre a modo de refuerzo de la tesis que expuse en mi cuarto fundamento de derecho. Digo:

Volviendo a la resolución del TEDH, estimo que tan siquiera lo ocurrido en este supuesto, satisface las exigencias que se infieren de su argumentario.

Así, para instalar una cámara oculta, no es válido que la empleadora tenga meras sospechas de la comisión de un ilícito laboral y por razonables que pudieran ser en apariencia; ha de concurrir un plus que no se da a priori en este proceso y tal como se describe por lo acontecido. Pero además, en este caso, no puede decirse que tan siquiera alcanzase ese cánón. Lo único que figura probado es que "*faltaban*" cartuchos de toner y "*al menos*" en tres ocasiones -quinto ordinal-. Los propios términos empleados y entrecomillados, determinan que los hechos que se dicen ocurridos, son vagos e inconcretos. La empresa en momento alguno intentó verificar si realmente se habían producido esas minusvalías. Pese a que acudiendo a una mera "auditoria" podría haber verificado si efectivamente se habían producido, su cuantía y cualquier otra circunstancia, y de esa manera poder corroborar sus sospechas. No se supera pues el preceptivo juicio de proporcionalidad para dicha instalación.

La instalación de esa cámara oculta en cualquier caso ha de ser necesaria. Necesidad que a su vez determina que no existan otras alternativas menos intrusivas desde el punto de vista de la intimidad del trabajador. Entiendo que tampoco lo era. Partiendo de lo relaciona en el párrafo anterior y anta la falta de interés o intención de la empleadora de verificar de manera fehaciente que las sospechas eran ciertas en cuanto a la desaparición de ese material, la proposición que efectúa el actor en su Recurso de poner una cerradura de la que dispusieran llaves las personas responsables del almacén, parece coherente en aras a evitar decisiones tan lesivas para el derecho a la intimidad como fue la adoptada. Ya no podría "sospecharse" de la actuación de un trabajador a partir de ese momento y a la par se evitarían las pretendidas desapariciones; no habría problemas de esa naturaleza y sin necesidad de instalar una cámara con todo lo que ésta conlleva. Tampoco la cuantía del material afectado, tres toneres, entiendo que pueda justificar una decisión empresarial de ese calado visto y reitero, el derecho fundamental en juego.

Por tanto y a modo de conclusión, estimo que a la vista de las circunstancias que aquí se han dado, se ha establecido una hegemonía de la facultad empresarial de organizar el trabajo al margen de los derechos fundamentales del trabajador y de las previsiones normativas que limitan los poderes del empresario.

SÉPTIMO.- Consecuencia de lo expuesto, y enlazando con lo que se denuncia en el segundo motivo de Suplicación, ahora con cita del apartado c), del art. 193, de la LRJS, el despido tendría que haberse declarado improcedente y así expresamente lo solicita, con las consecuencias legales y económicas establecidas en el art. 56, del ET.

Así por este mi Voto, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.