

**Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Santa Cruz de Tenerife,
Sala de lo Social, Sentencia 232/2017 de 27 Mar. 2017, Rec.
934/2016**

Ponente: Barriuso Algar, Félix.
Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 117179/2017

ECLI: *ES:TSJICAN:2017:893*

Sentencia confirmada
Casuismo relevante

DESPIDO DISCIPLINARIO. Se declara la improcedencia de un despido basado en las grabaciones hechas por un detective privado contratado por la empresa. Al no estar acreditadas las "sospechas fundadas" en que se basó para contratar ese profesional, pues intentaba evidenciar la sustracción de medicamentos, la prueba obtenida es ilícita en tanto vulnera sus derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos. Su ilicitud contamina al resto de la prueba. Se considera videovigilancia y no grabación simple de imágenes lo grabado por una cámara oculta puesta por el detective, pero sin presencia física del mismo. Por lo tanto, se debiera haber informado de la existencia de videovigilancia. Formalmente, es válida la carta de despido, aunque no refleje ni cómo la empresa comenzó a sospechar del trabajador, ni cómo comprobó que efectivamente estaba hurtando.

El TSJ Canarias estima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife y declara la improcedencia del despido disciplinario basado en grabaciones realizadas por detective privado.

A Favor: TRABAJADOR.
En Contra: EMPRESA.

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000934/2016

NIG: 3803844420160000552

Materia: Despido disciplinario

Resolución: Sentencia 000232/2017

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000076/2016-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención: Interviniente: Abogado:

Recurrente Abilio RAMON IGNACIO MARTIN BURGUEÑO

Recurrido COOPERATIVA FARMACEUTICA DE TENERIFE COFARTE SILVIA GARCIA RODRIGUEZ

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA

Magistrados

D./D^a. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO

D./D^a. FÉLIX BARRIUSO ALGAR (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 27 de marzo de 2017.

Dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el Recurso de Suplicación número 934/2016, interpuesto por D. Abilio, frente a la Sentencia 130/2016, de 14 de marzo, del Juzgado de lo Social nº. 5 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 76/2016, sobre despido disciplinario. Habiendo sido ponente el Magistrado D. FÉLIX BARRIUSO ALGAR, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por parte de D. Abilio se presentó el día 18 de enero de 2016 demanda frente a "Cooperativa Farmacéutica de Tenerife" solicitando que se dictara sentencia por la que se declarara improcedente el despido de que había sido objeto por la parte demandada, basado en causas disciplinarias, alegando que los hechos descritos en la carta de despido no eran ciertos, la carta de despido contenía imputaciones vagas y genéricas, y los hechos además estaban prescritos.

SEGUNDO.- Turnada la anterior demanda al Juzgado de lo Social número 5 de Santa Cruz de Tenerife, autos 76/2016, en fecha 8 de marzo de 2016 se celebró juicio en el cual la parte demandada se opuso a la demanda alegando que la carta de despido describía de forma pormenorizada los hechos; que era cierto que el demandante había cometido las sustracciones de medicamentos descritas en la carta de despido, y que tales hechos, aparte de ser sancionables con despido, no estaban prescritos porque el plazo de 60 días para sancionar solo se contaba desde que la empresa tuvo cabal conocimiento de los hechos.

TERCERO.- Tras la celebración de juicio, por parte del Juzgado de lo Social se dictó el 14 de marzo de 2016 sentencia con el siguiente Fallo:

«Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda presentada por Abilio contra Cooperativa Farmacéutica de Tenerife (COFARTE). Y, en consecuencia se declara procedente el despido ocurrido el día 1 de diciembre de 2015. Se absuelve al demandado de todos los pedimientos dirigidos en su contra».

CUARTO.- Los hechos probados de la sentencia de instancia tienen el siguiente tenor literal:

«PRIMERO.- Abilio, con DNI NUM000 trabaja para la empresa demandada desde el 1 de marzo de

1990, con la categoría es de dependiente (hecho conforme).

El actor ha tenido los siguientes ingresos según las últimas 12 nóminas desde septiembre de 2014:

Mensualidad

Importe bruto

Complemento de Transporte

Septiembre

2168,92

37,47

Octubre

2180,91

43,24

Noviembre

2205,64

43,24

Diciembre

2781,73

43,24

Enero

2405,97

43,39

Febrero

2457,11

37,19

Marzo

2900,8

46,49

Abril

2324,53

46,49

Mayo

2549,06

46,49

Junio

2406,49

46,49

Julio

2301,12

38,74

Agosto

2243,5

46,49

Total

31331,75

518,96

Total de salario anual sin complemento de transporte: 30812,79 euros, lo que da lugar a un salario diario de 84,42 euros (dividido por 365 días).

SEGUNDO.- El actor no ostenta la condición de legal representante de los trabajadores (hecho no controvertido).

TERCERO.- El 9 de diciembre de 2015 la empresa envía burofax al actor carta de despido disciplinario fechada el día 7 de diciembre de 2015 con el contenido literal siguiente: Por medio de la presente y de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, le comunicamos que esta Empresa ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo por causas disciplinarias quedando usted despedido con fecha de efectos desde la recepción de la presente carta.

Los hechos que motivan esta decisión son la deslealtad y abuso de confianza que ha venido cometiendo usted de manera continuada en el ejercicio de su trabajo como Dependiente de Almacén.

En este sentido, la Dirección de la Cooperativa, en fecha 1 diciembre de 2015, ha tenido conocimiento de que usted ha estado hurtando medicamentos y productos de farmacia propiedad de la cooperativa, por tanto, ha sido autor de una falta continuada de hurto.

En concreto, hemos tenido conocimiento de que los días 4,5,6,17,21,28 y 29 de agosto de 2015, usted se apropió de medicamentos y otros productos de farmacia.

Como usted bien sabe, la preparación de pedidos a las oficinas de farmacias se realiza de forma automatizada mediante varios sistemas de robots denominados SDA1, SDA2 y OSR.

Mientras que los robots SDA1 y SDA2 están compuestos por un sistema de cintas automáticas que dispensan automáticamente los productos situados en los canales sobre las cubetas que se mueven sobre una cinta transportadora, el robot de OSR, en el que usted presta servicios, dispone de dos puestos de picking. Dichos puestos de picking están compuestos por pantallas táctiles y un sistema de indicadores lumínicos que indican a cada operario, qué producto coger, qué cantidad y en qué cubeta colocarlo.

En el OSR se encuentra la estación de Picking que es el lugar donde se preparan las cubetas con los pedidos de cada oficina de farmacia. De este modo, las cubetas que contienen los medicamentos y que van circulando por las cintas automáticas se van deteniendo en el Picking 1 (OSR 1) y Picking 2, (OSR2) es decir, en su puesto de trabajo, y el dependiente, en este caso usted, debe ir seleccionando y cogiendo manualmente los productos del pedido en cuestión desde las cubetas grises y colocarlos en una cubeta que irá destinada a la oficina de farmacia.

Una vez que la cubeta que usted se encuentra preparando para una determinada oficina de farmacia contiene el pedido completo, ésta, automáticamente, es sacada por el robot para que continúe su ruta por almacén y sea enviada a la oficina de farmacia correspondiente.

Pues bien, hemos podido detectar que usted se ha estado apropiado de diferentes referencias de productos que llegan al Picking aprovechando que se encuentra despachando algún pedido para las

oficinas de farmacia o bien realizando una orden de productos simulando un inventariado.

En este sentido, hemos tenido conocimiento de que el 4 de agosto de 2015, día en el que prestó servicios en el turno de tarde, esto es, de 14:00 horas a 21:00 horas, usted se apropió de, al menos, tres productos de farmacia, en concreto, tres cajas de Diclofenaco, propiedad de esta compañía.

Así, sobre las 18:31 horas usted se encontraba en su puesto de trabajo en el OSR1, en concreto, en el Picking 1, cuando cogió tres cajas de Diclofenaco del laboratorio Normon 50 mg que se encontraban en las cubetas que contenían el pedido de una oficina de farmacia y las colocó sobre la propia estructura amarilla de esta estación de picking, junto a otras dos cajas de productos grandes.

Acto seguido, a las 18:32 horas, usted cogió las cinco cajas que se encontraban en la citada estructura amarilla y las llevó a la zona del OSR2, donde colocó las tres cajas de Diclofenaco en la mesa del ordenador OSR2 en el que se encontraba su bolso personal, dejando las otras dos cajas en la estructura amarilla.

En ese momento, usted acudió a la mesa del ordenador OSR2, abrió su bolso personal e introdujo las tres cajas de Diclofenaco, de tal modo que a las 20:58 horas, cuando finalizó su jornada laboral, abandonó las instalaciones de la cooperativa con su bolso personal y, por tanto, portando las tres cajas de Diclofenaco.

Como consecuencia, esta dirección ha podido constatar que el día 4 de agosto de 2015 usted se apropió indebidamente de tres cajas de Diclofenaco propiedad de esta cooperativa.

Igualmente, hemos tenido conocimiento de que el día 5 de agosto de 2015, día en el que prestó servicios en el turno de tarde, esto es, de 14:00 a 21:00 horas, usted se apropió de, al menos, un producto de farmacia propiedad de la cooperativa.

Con un procedimiento similar al del día anterior, usted, sobre las 16:31 horas se encontraba prestando servicios en su puesto de trabajo en el OSR2, concretamente en el Picking 2, cuando realizó una orden en el ordenador del robot OSR para que trajera una cubeta con productos para realizar un inventario.

Cuando dicho pedido apareció en el Picking 2, usted cogió uno de los productos y lo colocó en la mesa de detrás del OSR2, donde se encuentra el ordenador de KNAPP.

Pues bien, sobre las 19:41 horas, usted cogió dicha caja que continuaba en la mesa del ordenador de KNAPP, se dirigió a la mesa del ordenador del OSR2 donde también cogió su bolso personal y se llevó ambas cosas a la zona del OSR1, donde las colocó en la mesa del ordenador y continuó trabajando en dicho lugar.

A los pocos minutos, esto es, sobre las 19:50 horas se acercó su compañero Mateo para continuar realizando sus tareas en el OSR1 y usted acudió a su puesto en el OSR2.

Minutos más tarde, sobre las 19:52 horas, su compañero Sabino, que vió su bolso personal en la mesa del OSR1 lo cogió y se lo llevó a usted que se encontraba en el ordenador de KNAPP.

Pues bien, dado que aún continuaba el medicamento en la mesa del ordenador del OSR1 donde usted previamente lo había colocado, sobre las 19:56 horas usted acudió a buscarlo. Una vez lo recogió, regresó a la zona del OSR2, donde procedió a ir colocando la citada caja en diferentes lugares con la intención de, finalmente, guardarla en su bolso personal.

Así, en primer lugar, colocó su bolso personal debajo de la mesa del ordenador de KNAPP y la caja encima de la mesa y unos segundos más tardes colocó la caja en una cubeta situado debajo de la mesa.

Finalmente, a las 20:59 horas, usted cogió la caja que se encontraba en la cubeta debajo del ordenador de KNAPP y la introdujo en su bolso personal, abandonando en ese momento las

instalaciones de la cooperativa.

Por tanto, una vez más, esta dirección ha podido constatar que usted el día 5 de agosto de 2015 se apropió de otro producto de farmacia propiedad de la cooperativa

Por otro lado, hemos tenido conocimiento de que el día 6 de agosto de 2015, día en el que prestó servicios en el turno de tarde, esto es, de 14:00 a 21:00 horas, usted se apropió de otro producto de farmacia propiedad de la cooperativa

Así, sobre las 18:18 horas, encontrándose usted en su puesto de trabajo en el Picking 2 en la zona del OSR2, usted procedió a solicitar en el robot el inventario de un medicamento que pretendía sustraer y cuando el mismo llegó a la zona del Picking usted cogió el medicamento de la cubeta y lo colocó en la estructura amarilla.

A continuación, sobre las 18:21 horas, usted cogió su bolso personal y el medicamento que previamente había colocado en la estructura, amarilla del Picking 2 y llevó ambas cosas a la mesa del ordenador que se encuentra justo detrás.

Una vez ahí, colocó su bolso debajo de la mesa y el medicamento dentro de la cubeta que se encuentra debajo de la mesa, siguiendo, por tanto, el mismo procedimiento que realizó el día anterior descrito.

Pues bien, a las 18:46 horas, usted cogió el medicamento de la cubeta y lo introdujo en su bolso personal, por lo que, se ha podido constatar que usted, el día 6 de agosto se apropió, nuevamente, de un medicamento de la cooperativa.

La dirección de la cooperativa ha podido comprobar que usted ese día realizó una compra de un IALUMAR NEBULIZADOR100 ML que le llevó su compañero Juan Pablo , Jefe de Grupo de Almacén MUH sobre las 20:36 a su puesto de trabajo en la zona del OSR2. Dicho pedido que le .llevó su compañero llevaba adjunto la hoja de puesta correspondiente, que es la que indica que el producto ha sido adquirido correctamente .

Como usted bien sabe, la cooperativa cuenta con un estricto procedimiento interno para la compra por parte de sus empleados de productos de parafarmacia, estando prohibida la venta de productos de farmacia, esto es, medicamentos, a los empleados.

Conforme ha dicho procedimiento, el empleado que desea realizar una compra como trabajador de la cooperativa, debe realizar una solicitud mediante el programa informático asignado al efecto de forma que al salir de las instalaciones está obligado a llevar, junto con los productos que ha comprado, la hoja de puesta para, en caso necesario, acreditar que tiene autorización para sacar los productos adquiridos de la cooperativa.

Por tanto, el día 6 de agosto de 2015 usted abandonó su puesto de trabajo a la finalización de su jornada laboral portando en sus manos el producto adquirido y, por tanto, autorizado por la cooperativa, junto con su hoja de puesta, pero, además, portando un medicamento hurtado en su bolso personal.

Por otro lado, hemos tenido conocimiento de que el día 17 de agosto de 2015, día en el que prestó servicios en el turno de tarde, esto es, de 14:00 a 21:00 horas, usted se apropió de productos de farmacia, en concreto de unos tubos homeopáticos denominados Arnica Montana propiedad de la cooperativa.

Sobre las 19:00 horas usted comenzó a coger de una cubeta del Picking 25 varios tubos homeopáticos denominados Arnica Montana y los introdujo en su bolso personal que se encontraba en la mesa del ordenador del OSR2.

Hemos podido constatar que usted ese día realizó una compra en la cooperativa de un Wel Aceite Capil Nutrit 50 ml que se llevó al finalizar su jornada laboral en una bolsa de plástico.

Por tanto, esta dirección ha podido constatar que usted el 17 de agosto de 2015 abandonó su puesto de trabajo a la finalización de su jornada laboral portando en una bolsa el producto adquirido y, por tanto, autorizado por la cooperativa, pero, además, portando los tubos homeopáticos hurtados en su bolso personal.

Además hemos tenido conocimiento de que el día 21 de agosto de 2015, día en el que prestó servicios en el turno de tarde, esto es, de 14:00 a 21:00 horas, usted se apropió de hasta tres productos de farmacia propiedad de la cooperativa.

Así, sobre las 19:08 horas usted colocó en la mesa del ordenador del OSR1 un medicamento que pretendía sustraer.

Aproximadamente veinte minutos más tarde, sobre las 19:25 horas, mientras se encontraba trabajando en el Picking 1, cogió una caja de medicamento de una de las cubetas grises provenientes del OSR, la abrió, extrajo su contenido y la dejó en otra cubeta. Acto seguido, volvió a colocar la caja vacía en dicha cubeta para que continuara circulando.

En ese momento, cogió el contenido de la caja que había colocado en la cubeta y lo introdujo en el bolsillo derecho de su pantalón.

A las 19:34 horas acudió de nuevo a la mesa del ordenador del OSR1 para coger la caja de medicamento que había colocado previamente a las 19:08 y la introdujo en su bolso personal.

Más tarde, sobre las 20:01 horas, mientras se encontraba realizando sus funciones en el picking 2 cogió un medicamento de una de las cubetas grises con su mano derecha, a continuación se la pasó a la izquierda y la mantuvo sujeta con dicha mano en el hueco de las cubetas para que no fuera vista mientras continuaba trabajando únicamente con su mano derecha.

A continuación, colocó dicha caja de medicamento en la mesa del ordenador del OSR2. Acto seguido cogió el medicamento y se fue caminando por el pasillo, portando en su mano dos cubetas grises pequeñas vacías, momento en el que introdujo la misma en el bolsillo izquierdo de su pantalón.

Usted mantuvo dicha caja en su bolsillo izquierdo hasta que a las 20:56 horas, aproximadamente, momento en el que se acercó a la mesa del ordenador del OSR2 donde se encontraba su bolso personal y sacó el medicamento de su bolsillo izquierdo para colocarlo dentro de su bolso.

Como consecuencia, al finalizar su jornada laboral, usted cogió su bolso personal y abandonó su puesto de trabajo con dos cajas de medicamentos hurtadas dentro de su bolso y el contenido de otro medicamento en su bolsillo derecho.

Además, hemos tenido conocimiento de que el día 28 de agosto de 2015, día en el que prestó servicios en el turno de mañana, esto es, de 7:00 a 14:00 horas, usted se apropió de un producto de farmacia, en concreto, de Norlevo 1.500 mcg, comúnmente conocido como la6 pastilla del día después, propiedad de la cooperativa.

Sobre las 13:26 horas, mientras se encontraba realizando sus tareas en el picking 2, y utilizando un procedimiento similar que en una de las ocasiones del día 21 de agosto, usted cogió una caja de Norlevo con su mano izquierda, extraiéndola de una cubeta verde, destinada a una oficina de farmacia, y la mantuvo sostenida en el hueco de las cubetas para continuar trabajando con su mano derecha.

Un minuto más tarde, usted cogió dicha caja de medicamento y la introdujo con su mano derecha en el bolsillo derecho de su pantalón. Finalmente, a las 13:29 horas usted introdujo dicha caja en su bolso personal cuando se situó en la zona del ordenador de detrás del OSR2.

Al finalizar su jornada laboral usted abandonó su puesto de trabajo con su bolso personal, y por tanto, una vez más, se ha podido constatar por esta dirección que usted se apropió de otro medicamento propiedad de la cooperativa.

Por último, hemos tenido conocimiento de que el día 29 de agosto de 2015, día en el que prestó servicios en el turno de mañana, esto es, de 7:00 a 14:00 horas, usted se apropió de un medicamento propiedad de la cooperativa.

En este sentido, sobre las 11:00 horas usted colocó una caja de medicamento en la mesa del ordenador del OSR1. En ese momento abrió la caja y sacó el prospecto para leerlo detenidamente.

Cuando concluyó de leerlo sacó el contenido de la caja y lo dejó en la mesa del ordenador del OSR1; Acto seguido usted introdujo el prospecto dentro de la caja vacía y la cerró con cinta. Cuando finalizó dicha operación, cogió el contenido de la caja y se lo llevó hasta su bolso personal que se encontraba en la mesa del ordenador del OSR2 e introdujo el medicamento, sin caja, dentro del bolso.

Al finalizar su jornada laboral usted abandonó su puesto de trabajo con su bolso, y por tanto, nuevamente se ha podido constatar que usted se apropió de un producto propiedad de la cooperativa.

En consecuencia los hechos expuestos en la presente carta son concluyentes en cuanto que se ha podido verificar que usted se ha estado apropiando de manera habitual de medicamentos y productos de farmacia propiedad de la cooperativa, lo que ha supuesto una grave transgresión de la buena fe contractual.

La Dirección de la Cooperativa, por tanto, no puede tolerar este tipo de conductas por parte de sus trabajadores. Los citados hechos tienen la calificación de MUY GRAVES y afectan de lleno a su relación laboral, siendo tipificados como constitutivos de despido disciplinario en el artículo 50.5, e) del Convenio Colectivo de COFARTE para los años 2013- 2014 que señalan como falta muy grave lo siguiente:

Art.50.5,e): Él robo, hurto o malversación cometidos tanto a la empresa, como a los compañeros de trabajo o cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa o durante la jornada laboral en cualquier otro lugar.

Asimismo, el art. 54 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores prevé como causas de despido disciplinario:

d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Por tanto, el conjunto de hechos anteriormente descritos tienen la calificación, de MUY GRAVES y afectan de lleno a su relación laboral constituyendo todo lo anterior la base para proceder, de conformidad con lo establecido en la legislación laboral vigente, a su DESPIDO DISCIPLINARIO con fecha de efectos de hoy, de conformidad con el art. 50.7, c) del texto del Convenio Colectivo de la cooperativa.

Al mismo tiempo, tal y como dispone el artículo 49.2 del Estatuto de los Trabajadores, le comunicamos que tiene Usted a su disposición su liquidación detallada por conceptos, períodos y cantidades correspondientes a su contrato de trabajo. Lo que le comunicamos a los efectos

Por último, le informamos de la entrega de una copia de la presente comunicación a la representación legal de los trabajadores.

CUARTO.- El 7 de marzo de 2016 se interpuso denuncia ante el juzgado de guardia de San Cristóbal de la Laguna (no consta en el rama de prueba propuesto ninguna resolución del juzgado de guardia o juzgado de instrucción)

QUINTO.- El actor comenzó proceso de IT el 21 de septiembre de 2015 por enfermedad común. Existen partes de confirmación hasta al menos 3 de diciembre de 2015. No se ha aportado parte de alta médica a fecha de esta Sentencia.

SEXTO.- Se intentó la conciliación por solicitud de 14 de diciembre de 2015, concluyendo el acto celebrado el día 15 de enero de 2016 con el resultado de intentado sin efecto».

QUINTO.- Por parte de D. Abilio se interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia; dicho recurso de suplicación fue impugnado por "Cooperativa Farmacéutica de Tenerife".

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de lo Social el 16 de septiembre de 2016, los mismos fueron turnados al ponente designado en el encabezamiento, señalándose para deliberación y fallo el día 23 de marzo de 2017.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este recurso se han respetado las prescripciones legales, a excepción de los plazos dado el gran número de asuntos pendientes que pesan sobre este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se mantienen en su integridad los hechos probados de la sentencia de instancia, a excepción de los que se indican a continuación, al haberse estimado motivos de revisión fáctica planteados por la parte recurrida:

- Hecho Probado Primero, queda redactado en los siguientes términos: " Abilio , con DNI NUM000 trabaja para la empresa demandada desde el 1 de marzo de 1990, con la categoría es de dependiente (hecho conforme).

El actor ha tenido los siguientes ingresos según las últimas 12 nóminas desde septiembre de 2014:

Mensualidad

Importe bruto

Complemento de Transporte

Septiembre

2168,92

37,47

Octubre

2180,91

43,24

Noviembre

2205,64

43,24

Diciembre

2781,73

43,24

Enero

2405,97

43,39

Febrero

2457,11

37,19

Marzo
 2900,8
 46,49
 Abril
 2324,53
 46,49
 Mayo
 2549,06
 46,49
 Junio
 2406,49
 46,49
 Julio
 2301,12
 38,74
 Agosto
 2243,5
 46,49
 Total
 28925,78
 518,96

Total de salario anual sin complemento de transporte: 28.406,83 euros, lo que da lugar a un salario diario de 77,82 euros (dividido por 365 días)".

SEGUNDO.- El demandante trabajaba como dependiente para "Cooperativa Farmacéutica de Tenerife", y se le despidió con efectos del 7 de diciembre de 2015 acusándole la empresa de apropiarse de medicamentos durante varios días del mes de agosto de 2015. La demanda impugna el despido considerándolo improcedente por no ser ciertos los hechos, ser la carta de despido vaga y genérica, y estar prescritos los hechos. La sentencia de instancia declara procedente el despido, al rechazar la alegada falta de concreción de la carta -que consigna los hechos con indicación de lugar, día y horas en que ocurrieron-; estimar acreditados los hechos alegados en la comunicación (aunque esto no se refleja en los hechos probados como se debería, sino en la fundamentación jurídica) a la vista de la prueba de detective privado (incluyendo grabaciones de videos) aportadas -completada en aspectos accesorios por testificales-; y no estar prescritos por no haber transcurrido el plazo corto de prescripción desde que la empresa recibió el informe del detective. Rechaza que las grabaciones de imágenes, en las que se apreciaba al demandante sustraer los medicamentos, hubieran vulnerado los derechos fundamentales del actor, al considerar que superan el juicio de proporcionalidad aplicable. Recurre en suplicación el demandante planteando por el artículo 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social un motivo de revisión de hechos probados, y por el 193.c tres motivos de examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia. El recurso ha sido objeto de impugnación por parte de la empresa demandada, la cual interesa además una rectificación de hechos.

TERCERO.- Examinando en primer lugar los motivos de revisión de hechos y la solicitud de rectificación de hechos del escrito de impugnación, con carácter general debe recordarse que aunque el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permita a la Sala de Suplicación revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, este motivo de recurso está sujeto a una serie de límites sustantivos, como son:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal de suplicación (pues este recurso no es una segunda instancia, sino un recurso extraordinario) a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada e incorporada al proceso, sino que la misma debe operar sobre prueba documental o pericial que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1967 , 18 y 27 de marzo de 1968 , 8 y 30 de junio de 1978 , y 2 de mayo de 1985).

3º) En el supuesto de documentos o pericias contradictorias y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (Sentencias del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990 de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1980 , 10 de octubre de 1991 , 10 de mayo , 16 de diciembre de 1993 , o 10 de marzo de 1994). De igual manera, los documentos privados que hayan sido impugnados en su autenticidad por la contraparte y no hayan sido adverados no pueden fundamentar una revisión de los hechos probados.

4º) Los documentos o pericias en los que se fundamente la revisión han de poner de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, y superando la valoración global de la prueba que haya podido hacer la sentencia de instancia.

5º) La revisión pretendida ha de ser trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, en principio con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico. No obstante, se puede admitir la revisión cuando la misma refuerza argumentalmente el pronunciamiento de instancia (sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012, recurso 19/2011 , o 15 de diciembre de 2015, recurso 34/2015 , entre otras).

CUARTO.- Desde un punto de vista formal, es doctrina judicial consolidada que en la articulación del motivo de revisión fáctica del 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se han de cumplir los siguientes requisitos (en parte, ahora recogidos en el artículo 196.3 de la Ley):

1º) Ha de señalarse con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico.

2º) El recurrente ha de ofrecer un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien suprimiéndolos, bien complementándolos. En cualquier caso, y al igual que es exigible a los hechos probados de la sentencia, el texto alternativo propuesto no puede incluir conceptos o valoraciones jurídicas que sean predeterminantes del fallo.

3º) El recurso ha de citar pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se

desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. La cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a efectos del recurso (sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995), estando el recurrente obligado a determinar con exactitud y precisión el documento concreto y particularizado en que se apoya su pretensión revisora, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995), así como la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone (Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001).

QUINTO.- El demandante pretende que se añada al relato fáctico el siguiente hecho probado: "Las cámaras ocultas se instalaron en el centro de trabajo en fecha 3 de julio de 2015 (último párrafo del folio 208), y las cámaras situadas en el sistema robotizado OSR se ponen en funcionamiento a fecha 1 de agosto de 2015, y se desconectan a fecha 20 de octubre de 2015 (tercer párrafo del documento 209)". Para ello invoca el informe de detective, folios 208 y 209 de las actuaciones, y considera relevante para el Fallo la adición por cuanto considera que con ello se demuestra que la captación de imágenes de los trabajadores no se limitó al tiempo absolutamente necesario para su finalidad, con lo que sería ilícita a tenor de la jurisprudencia aplicable

SEXTO.- El documento en el que se basa el motivo ya fue valorado por el juzgador y es el principal sustento de su convicción tanto en lo que se refiere a los hechos motivadores del despido, como de la regularidad del uso de las cámaras para grabar el comportamiento del trabajador demandante. No se evidencia una interpretación groseramente errónea o absurda de tal documento en los extremos relativos a las fechas de puesta en funcionamiento y desconexión de las cámaras porque, como se alega en impugnación, y se menciona en el mismo informe del detective, aunque eran inicialmente dos los trabajadores los investigados, al revisarse las imágenes por lo que parece se detectaron irregularidades en otros trabajadores más, a los que se amplió la investigación (se aportaron las cartas de despido de los otros tres trabajadores despedidos). Además, en el informe del detective no se dice exactamente lo que pretende añadirse por el recurrente, sino que las cámaras en la zona conocida como «La Pecera» fueron las primeras en instalarse, el 3 de julio, pero no -contra lo que pretende el recurrente- que las de la zona de trabajo del demandante (OSR) también se instalaran en esa fecha, sino que se pusieron en funcionamiento el 1 de agosto. Y, aunque se indique en el informe de detective que se desconectaron las cámaras el 20 de octubre, en realidad por lo que se desprende de la carta de despido la grabación del actor se limitó al mes de agosto de 2015, por lo que presumiblemente las grabaciones de los meses de septiembre y octubre de 2015 se referían a otros trabajadores a los que se amplió la investigación (y esto se confirma a la vista de las fechas consignadas en las cartas de despido de esos otros tres trabajadores, en las que se les imputan hechos cometidos en julio, septiembre u octubre de 2015). Procede por tanto desestimar el motivo.

SÉPTIMO.- Al amparo de lo que permite el apartado 1 del artículo 197 la recurrida, en su escrito de impugnación, pide rectificar el hecho probado 1º de la sentencia por error aritmético en el cálculo del salario anual del demandante, y más en concreto en lo que se refiere al importe bruto de las retribuciones y de los conceptos salariales, que considera que es de 28.925,78 y 28.406,83 euros, respectivamente, en cómputo anual, al responder la cantidad de 31.331,75 euros a un error aritmético. Proponiendo que el citado probado 1º quede redactado en estos términos: " Abilio , con DNI NUM000 trabaja para la empresa demandada desde el 1 de marzo de 1990, con la categoría es de dependiente (hecho conforme).

El actor ha tenido los siguientes ingresos según las últimas 12 nóminas desde septiembre de 2014:

Mensualidad

Importe bruto

Complemento de Transporte

Septiembre

2168,92

37,47

Octubre

2180,91

43,24

Noviembre

2205,64

43,24

Diciembre

2781,73

43,24

Enero

2405,97

43,39

Febrero

2457,11

37,19

Marzo

2900,8

46,49

Abril

2324,53

46,49

Mayo

2549,06

46,49

Junio

2406,49

46,49

Julio

2301,12

38,74

Agosto

2243,5

46,49

Total

28925,78

518,96

Total de salario anual sin complemento de transporte: 28.406,83 euros, lo que da lugar a un salario diario de 77,82 euros (dividido por 365 días)".

OCTAVO.- La rectificación debe estimarse por cuanto la suma de los importes brutos mensuales que se recogen en el cuadro del citado hecho probado 1º no da el importe reflejado en la sentencia, sino el que postula la recurrida, por lo que es evidente la existencia de un error aritmético en esa suma que se ha arrastrado al cálculo del salario regulador diario.

NOVENO.- Los tres primeros motivos de crítica jurídica que plantea el recurrente guardan estrecha relación entre sí. En el primero de ellos denuncia la infracción, por inaplicación, de los artículos 105.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 55 del Estatuto de los Trabajadores, 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, y 18.4 de la Constitución, pues alega que carta de despido no recoge la existencia de sospechas fundadas que justificaran el inicio de la investigación sobre el actor con medios de videovigilancia, y que sin tales sospechas fundadas, que entiende que se debieron mencionar en la carta de despido, la empresa no estaba legitimada para comenzar a realizar grabaciones de imágenes con cámara oculta y omitiendo el requisito de información expresa y previa al trabajador, estimando que la empresa solo podría acreditar en juicio las sospechas fundadas que hubiera reflejado en su carta de despido. El resto del motivo son, básicamente, alegaciones sobre la ilicitud de la prueba de grabaciones aportada por la empresa y de las pruebas derivadas de la misma, al considerar el recurrente que no se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la admisibilidad de tal medida, entre ellos que existan sospechas fundadas de estar cometiéndose una infracción por el trabajador.

DÉCIMO.- Dos cuestiones por tanto se entremezclan en el motivo. La primera, el contenido mínimo de la carta de despido disciplinario cuando la empresa ha tenido conocimiento de la infracción por medio de grabaciones de imágenes y sonido, y la segunda, si había o no en el presente caso sospechas fundadas contra el actor que justificaran instalar la videovigilancia. Se procederá a resolver por separado la primera, dejando la segunda para su estudio con los otros dos motivos en los que también se cuestiona la validez de la prueba obtenida mediante videovigilancia. Y con respecto a la primera cuestión, ha de señalarse que el apartado 2 del artículo 105 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido) no debe interpretarse desconectado del apartado 1 de ese mismo artículo (cuando atribuye a la empresa demandada la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo), ni del artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores (El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos), ni de la jurisprudencia que reiteradamente - Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000 o 13 de diciembre de 1990, entre otras muchas-, interpreta este artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de que el mismo no impone una pormenorizada o exhaustiva descripción de los hechos fundamentados del despido, pero «sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan, para que, comprendido sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa, y esta finalidad no se cumple cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes, al constituir, en definitiva, esa ambigüedad, una posición de ventaja

de la que puede prevalecerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador».

UNDÉCIMO.- Como señala la recurrida, el actor está entremezclando el contenido mínimo que legalmente debe tener la carta de despido disciplinario por un lado, con lo que es la justificación del juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la prueba, por otro. Ni el Estatuto de los Trabajadores, ni la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ni la jurisprudencia -ni siquiera la sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 de marzo - exigen que la carta de despido disciplinario refleje, aparte de los hechos concretos de cuya comisión se acusa al trabajador, la "notitia criminis", los hechos o medios a partir de los cuales la empresa tuvo conocimiento de una conducta del trabajador que podría constituir infracción disciplinaria muy grave. Y, por otra parte, tampoco la carta de despido tiene por qué exponer los medios de prueba de que pretendería valerse la empresa en juicio en caso de impugnarse judicialmente el despido; la limitación probatoria legalmente prevista se refiere a los hechos alegados en la carta de despido, no a los medios de prueba que eventualmente se hayan expuesto en tal carta. La proposición de prueba, en el proceso social, tiene lugar -salvo los casos excepcionales de prueba anticipada- en el acto del juicio oral, y es también en ese acto donde debe alegarse y en su caso acreditarse que los medios de prueba que se pretenden aportar al proceso se han obtenido de forma lícita y con respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas.

DUODÉCIMO.- Los indicios o sospechas razonables, a partir de los cuales la empresa tuvo el primer conocimiento de la posible comisión de un ilícito laboral por el trabajador, y que constituyen el primero de los presupuestos para poder válidamente recurrir a sistemas de grabación de imagen instalados específicamente para comprobar si en efecto se están cometiendo o no esos ilícitos, cuando se tendrán que proporcionar por la empresa es en su caso en el acto de juicio, conforme a lo que prevé el apartado 2 del artículo 90 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, si, una vez propuesta la práctica de la prueba de reproducción de imágenes, la parte contraria impugnara su licitud alegando que se obtuvieron, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Es, en caso de hacerse esta impugnación en la fase de proposición de la prueba cuando, de conformidad con el citado apartado 2 del artículo 90, el tribunal "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".

DECIMOTERCERO.- Con independencia de lo que luego se resolverá con respecto a si se han acreditado o no en el presente caso la existencia de esas "sospechas fundadas" previas al comienzo de la videovigilancia, la carta de despido disciplinario no incurrió en irregularidad alguna al no reflejar ni cómo la empresa comenzó a sospechar que el actor podía estar sustrayendo medicamentos en las instalaciones de la empresa, ni cómo comprobó que efectivamente los estaba sustrayendo. La falta de mención en la carta de uno y otro extremo no ocasionaba indefensión al actor, pues dejando aparte que legalmente no eran exigibles a la empresa reflejarlos en esa comunicación, no limitaban las facultades del demandante de impugnación de los concretos hechos por los que la empresa acordaba el despido, ni de proponer prueba para desvirtuar los mismos, ni impedían al actor, en juicio, cuestionar la licitud de los medios de prueba propuestos por la empresa para acreditar las causas de despido, ya que en caso de tal impugnación era la demandada la que tenía en todo caso la carga de probar que las grabaciones de video se habían obtenido de forma lícita (aportando, en primer lugar, los datos de hecho de los que se pudieran deducir las sospechas razonables de ser el actor responsable de las sustracciones de medicamentos), mientras que el demandante no tenía por qué demostrar que se habían captado de manera irregular. El motivo debe por ello ser desestimado en lo que a la primera cuestión planteada se refiere.

DECIMOCUARTO.- En el segundo motivo de crítica jurídica el actor recurrente denuncia infracción del artículo 18, apartados 1 y 4, de la Constitución, pues considera que la prueba de grabación de

imágenes del actor es ilícita por vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, con infracción además de las normas reguladoras de la protección de datos, porque que las imágenes de los cuatro trabajadores despedidos se captaron durante cuatro meses y se guardaron durante otros seis, y que el recurso a tal videovigilancia no supera el juicio de proporcionalidad porque era innecesaria ya que había otras medidas menos lesivas como una comprobación de lo que portaba el trabajador al salir del centro de trabajo; se hizo por tiempo excesivo y no estaba justificado que entre el fin de la vigilancia y el despido transcurrieran varios meses; la carta de despido no mencionaba qué sospechas había contra el trabajador; no es equilibrada porque no se extrae de la medida invasiva un beneficio mayor que la lesión ocasionada. Y que, al ser esa prueba ilícita, la ilicitud se transmite y contamina a las otras pruebas derivadas de ella, como la testifical del detective o del encargado de la empresa.

DECIMOQUINTO.- Por su parte, en el tercer motivo de revisión del derecho sustantivo el actor vuelve a denunciar infracción de los artículos 18.1 y 18.4 de la Constitución en relación con el artículo 16 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, y el artículo 6 de la instrucción 1/2006 de la Agencia Estatal de Protección de Datos sobre tratamiento de imágenes de vigilancia, así como del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores . Alega que las imágenes de videovigilancia instaladas por un detective privado no están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos; que conforme a tal normativa y la instrucción 1/2006, los datos debieron haberse cancelado en el plazo de un mes desde que se captaron las imágenes, y que tal plazo no se cumplió.

DECIMOSEXTO.- La sustancial identidad de las cuestiones planteadas en estos dos motivos (y en parte del primero) obliga a su estudio y resolución conjunta. Para ello, debe resolverse en primer lugar si las grabaciones aportadas se pueden considerar "videovigilancia", pues la empresa demandada alega que al haberse realizado dentro de una investigación de un detective privado, su régimen jurídico es distinto al aplicable a las cámaras que captan o graban imágenes como medida de control o vigilancia general, ya que, sostiene, el informe de detective se rige por la Ley de Seguridad Privada, y las videocámaras de vigilancia, por la Ley Orgánica de Protección de Datos.

DECIMOSÉPTIMO.- No existe una definición legal cerrada de lo que se debe considerar "videovigilancia". El artículo 42, apartado 1, de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada , simplemente señala que "Los servicios de videovigilancia consisten en el ejercicio de la vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, fijas o móviles, capaces de captar y grabar imágenes y sonidos, incluido cualquier medio técnico o sistema que permita los mismos tratamientos que éstas". Pero de la expresión "ejercicio de la vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras", y del resto de la regulación contenida en ese artículo 42, se desprende que lo característico de la videovigilancia es que la observación de los bienes, personas o actividades que se pretende vigilar no se realiza inmediata y presencialmente por otra persona, sino por mecanismos - normalmente cámaras o videocámaras- que, bien por retransmitir de forma remota las imágenes captadas, bien por grabarlas y almacenarlas para un posterior examen o visionado, permiten a la persona interesada o encargada de la vigilancia realizar la misma sin tener que estar presente en el tiempo y lugar en el que se captan las imágenes. No es en cambio un dato especialmente relevante, para hablar de videovigilancia, que las cámaras se instalen con previsión de permanencia, y tampoco parece serlo -a la vista del caso resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016 - que la instalación de esos sistemas responda a una finalidad genérica de vigilancia o control, o a una finalidad concreta de comprobación de determinados hechos.

DECIMOCTAVO.- Sí que debe distinguirse la videovigilancia de aquéllos supuestos en los que se utiliza una cámara de video o fotográfica para registrar imágenes que la persona que graba está presenciando con sus propios ojos en el mismo momento en el que se producen. En este segundo caso, la grabación de la imagen no deja de ser un complemento de lo que la propia persona ha

percibido con sus sentidos, y por tanto la grabación normalmente actúa, desde un punto de vista probatorio, de forma accesoria a la testifical o declaración de la persona que grabó, reforzando la misma, sin que la finalidad de esas imágenes captadas (aunque las mismas, si incluyen imágenes de personas que permitan su identificación, puedan considerarse dato personal) sea guardarse en un fichero de datos, o su tratamiento en los términos previstos en la Ley Orgánica de Protección de Datos, sino usualmente ser empleadas como prueba en juicio. Y normalmente, al tener menor duración y un objeto mucho más concreto, la incidencia sobre los derechos fundamentales del artículo 18 de la Constitución es menor que cuando la grabación se realiza por más tiempo y de forma más amplia.

DECIMONOVENO.- Teniendo en cuenta que en el presente caso las grabaciones del puesto de trabajo del actor se hicieron no solamente mediante una cámara oculta, sino también de forma diferida, al grabar al mismo durante su jornada laboral, durante varios días -prácticamente todo el mes de agosto de 2015-, para poder posteriormente revisar con detalle la actuación del trabajador, y en todo caso sin estar presente el detective en el momento en que se verificaban las grabaciones, se debe concluir que lo realizado en el presente caso, aunque fuera por medio de un detective privado, fue una verdadera videovigilancia, y no una grabación simple de imágenes en los términos señalados en el anterior fundamento de derecho. Por lo demás, no es cierta la alegación de la empresa respecto a que la videovigilancia y los informes de detective privado se rigen por leyes distintas.

VIGÉSIMO.- La Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, prevé en el apartado 5 del artículo 42 que "La monitorización, grabación, tratamiento y registro de imágenes y sonidos por parte de los sistemas de videovigilancia estará sometida a lo previsto en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, y especialmente a los principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima", mientras que la misma ley, al regular los servicios de investigación privada, tras señalar que los mismos consisten en la realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados con varios aspectos, entre ellos los relativos al ámbito laboral -artículo 48. 1.a)-, establece en su artículo 49 el contenido mínimo y garantías de los informes de investigación de los detectives privados, y en particular en el apartado 4 de ese artículo 49, que "Los informes de investigación deberán conservarse archivados, al menos, durante tres años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal . Las imágenes y los sonidos grabados durante las investigaciones se destruirán tres años después de su finalización, salvo que estén relacionadas con un procedimiento judicial, una investigación policial o un procedimiento sancionador. En todo caso, el tratamiento de dichas imágenes y sonidos deberá observar lo establecido en la normativa sobre protección de datos de carácter personal, especialmente sobre el bloqueo de datos previsto en la misma".

VIGESIMOPRIMERO.- Es evidente, por tanto, que el mero hecho de haberse grabado las imágenes por un detective privado no significa que no sea de aplicación el régimen de protección de datos previsto en la Ley Orgánica 15/1999. Esa grabación de imágenes a que se refiere el 49.4 de la Ley de Seguridad Privada puede, por lo demás, haberse efectuado por verdaderos sistemas de videovigilancia -en cuyo caso habrá de aplicarse, acumuladamente, lo que prevé el artículo 42.5 de la Ley de Seguridad Privada -, o por una cámara portada directamente el detective, para grabar o registrar lo que él mismo está presenciando. De la Ley de Seguridad Privada, y en concreto del artículo 49.4 , se puede, no obstante, desprender dos matizaciones:

1º, la citada norma legal no parece incidir en los derechos de autorización o información previa al interesado cuando las imágenes las graba un detective, y se centra sobre todo en el derecho de bloqueo. Esto seguramente es por estar pensando dicho precepto en la mera captación de imágenes "simple", en el sentido que se ha explicado en el Fundamento de Derecho 18º, unido a que recabar

tal autorización, o facilitar tal información, pueden frustrar el resultado de la investigación. Pero tampoco los términos del precepto parecen lo suficientemente claros como para considerar que está exceptuando en todo caso la obligación de informar o recabar consentimiento, y por tanto habrá de valorarse supuesto por supuesto si era razonable o no omitir tales obligaciones.

2º, en caso de haberse registrado las imágenes por detective, las mismas pueden conservarse hasta 3 años, sin duda porque su objeto inmediato o previsible es el ser aportadas como medio de prueba a un juicio -a este respecto, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de mayo de 2014, demanda 10794/09, asunto de la Flor Cabrera contra España considera que la captación de imágenes de otra persona, cuando tiene como objeto aportarlas como prueba en juicio, puede responder a una finalidad legítima relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva-, mientras que en los casos de videovigilancia "genérica" la instrucción 1/2006 de la Agencia Estatal de Protección de Datos prevé la cancelación de los datos en el plazo de un mes desde su captación (empleando analógicamente el plazo previsto para la captación de imágenes por los cuerpos y fuerzas de seguridad). Sin embargo, y con respecto a esta instrucción -y dando así respuesta a una de las alegaciones del recurrente-, no impresiona que tal norma reglamentaria impida conservar las grabaciones obtenida por videovigilancia durante más de un mes, incluso si no fueron obtenidas por detective privado, si esa conservación responde únicamente a la finalidad de emplearlas como medio de prueba en juicio. Ello porque la cancelación, como regla general (artículo 16 de la Ley Orgánica de Protección de Datos), no procede cuando los datos de carácter personal deban ser conservados durante los plazos previstos en las relaciones contractuales entre la entidad responsable del tratamiento y el interesado que justificaron el tratamiento de los datos, y en todo caso se pueden conservar a disposición de los tribunales de justicia para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento; y legalmente esas grabaciones se pueden aportar como medio de prueba en juicio si se han obtenido lícitamente (artículo 90.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), licitud que por sí sola no puede quedar enervada por eventuales y discutibles incumplimientos administrativos posteriores a su obtención, pues en cualquier caso de duda en una colisión entre una norma reglamentaria y un derecho fundamental (como el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a proponer y practicar pruebas), ha de darse prevalencia al segundo.

VIGESIMOSEGUNDO.- De la normativa legal que regula tanto los servicios de videovigilancia como los servicios de investigación privada no se desprende, en consecuencia, que a las grabaciones efectuadas por detectives privados no les sea de aplicación la normativa de protección de datos de carácter personal, especialmente si esas grabaciones se han realizado por medio de auténticos sistemas de videovigilancia, aunque fueran instalados expresamente para realizar una investigación concreta y no para una vigilancia, control u observación genéricas. De ello se infiere que, en principio, si la investigación se va a realizar por medio de videovigilancia, habría que recabar el consentimiento del interesado o al menos informar al mismo de la existencia de tal videovigilancia y de las finalidades para las que se pueden emplear las imágenes captadas. El consentimiento o información previo únicamente parecen no ser exigibles como regla general -y ello con algunas dudas- en los casos de grabación de imágenes en la forma expresada en el fundamento 18º (es decir, cuando no es ni remota ni diferida, sino inmediata y presencial), que no ha sido, en cualquier caso, como se han producido en el presente supuesto.

VIGESIMOTERCERO.- Este consentimiento o información podrían, no obstante, exceptuarse o atenuarse en ciertos casos. A tal respecto, aunque la sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013 daba al derecho de información previa al trabajador un contenido casi absoluto, la posterior sentencia 39/2016, de 3 de marzo , lo matiza y relativiza, al señalar en su Fundamento Jurídico, 3, último párrafo, que "En todo caso, 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. Como señala la STC 292/2000 , FJ 11, «el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución».

VIGESIMOCUARTO.- Pero incluso en ese caso de la sentencia 39/2016 , que trataba de un supuesto de instalación de videovigilancia instalada expresamente para comprobar si una trabajadora estaba cometiendo fraudes contra la empresa, la obligación de información se consideró cumplida desde el momento en que en la tienda en la que prestaba servicios la trabajadora, y en lugar visible, se colocó un cartel informativo de la existencia de sistema de videovigilancia, de manera que se entendió por el Tribunal Constitucional que la trabajadora "podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas", estimando que con ello se satisfacía el derecho de información previa que forma parte del derecho fundamental a la protección de datos. Y en toda la serie de recientes sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo que admiten la licitud de la prueba de grabación de imágenes obtenida mediante sistemas de videovigilancia (7 de julio de 2016, recurso 3233/2014 ; 31 de enero de 2017, recurso 3331/2015 ; 1 y 2 de febrero de 2017 , recursos 3262/2015 y 554/2016), aunque no hubo una comunicación expresa y previa a los trabajadores de que el sistema de videovigilancia podría ser usado para el control de la actividad laboral, la cámara que los grabó estaba a la vista de todos y su existencia era bien conocida por los trabajadores, infiriéndose de ese carácter notorio de la cámara de videovigilancia que los trabajadores también sabían que podían ser grabados con la misma y las imágenes captadas emplearse para controlar la actividad laboral, y por tanto estaba suficientemente satisfecho el derecho de información.

VIGESIMOQUINTO.- De lo cual debe deducirse que no cabe presumir, sin más y en todo caso, que la omisión de la información previa a los trabajadores sea necesaria para que la videovigilancia alcance la finalidad perseguida por la empresa, aunque la misma fuera obtener pruebas concretas de incumplimientos del trabajador. Sobre todo teniendo en cuenta que el derecho de información comprende el comunicar la existencia de videograbación en un concreto espacio físico, y las finalidades para las que se pueden emplear las imágenes grabadas; pero no la concreta ubicación de las cámaras, que pueden perfectamente estar fuera de la vista de los trabajadores si ha habido información expresa, y mucho menos especificar en la información que las cámaras se instalan precisamente para controlar la actividad de un concreto trabajador respecto del cual concurren sospechas de comportamientos ilícitos. Y que tal derecho de información podría, en ciertos casos, considerarse satisfecho si la información se ha proporcionado a los representantes legales de los trabajadores.

VIGESIMOSEXTO.- La omisión de toda información previa de la existencia de videovigilancia - incluso en los amplios términos que admiten las sentencias citadas en el Fundamento de Derecho 23º como tal información previa- solamente sería por ello admisible cuando, en los términos del Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección de datos de los trabajadores, lo permita la normativa nacional (es decir, que haya norma que específicamente lo permita, que no es el caso en derecho español, pues ni siquiera el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores autoriza expresa e incondicionalmente la videovigilancia secreta) o «existen sospechas suficientes de actividad delictiva y/u otras infracciones graves» (punto 6.14.2). Y en este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, de 10 de julio , no apreció vulneración del artículo 18.1 de la Constitución por el hecho de haberse instalado un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral, pese a que el mismo no había sido informado de tal instalación, porque "existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto

de trabajo". Sospechas razonables o suficientes a las que seguramente deben añadirse, en opinión de la Sala, el carácter subsidiario del secreto de la grabación, por no resultar exigibles otros medios menos gravosos para comprobar la comisión de la infracción grave, y en particular -por incidencia del artículo 18.4 de la Constitución -, que resultara imposible o muy difícil acudir a la información previa, aunque sea por temor fundado de que la misma haría completamente ineficaz la investigación.

VIGESIMOSÉPTIMO.- Procede, por tanto, pasar a examinar si en el presente caso se puede considerar o no que existían esas sospechas fundadas de estar el actor realizando una actividad ilegal grave. A este respecto, la sentencia de instancia afirma, en su fundamentación jurídica (fundamento de derecho 5º), que "existen razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo, como declararon los dos testigos propuestos por la parte demandada"; que se habían detectado "irregularidades en la actuación profesional del trabajador" y había "fundadas sospechas de la empresa sobre la conducta del trabajador". Pero no señala nada concreto, y para que pueda entrar en juego el juicio de proporcionalidad, necesario para determinar si es lícita o no la medida de videovigilancia secreta, no se puede considerar suficiente una mera afirmación apodíctica de que existían sospechas fundadas de estar el trabajador cometiendo una infracción grave, sin explicar cuales eran esas precisas sospechas. Es necesario que esas sospechas respondan a hechos concretos que permitan a un observador imparcial, concluir, de forma indiciaria pero razonable, que se puede estar cometiendo una infracción de gravedad, y no solo eso, sino además que el responsable de esa infracción es seguramente el trabajador concreto investigado. Por ejemplo, en un caso como el presente, descuadres de inventario o quejas de clientes por faltarles productos en los envíos, cuyas fechas vengán a coincidir habitualmente con los días en los que el trabajador prestaba servicios en la zona OSR.

VIGESIMOCTAVO.- Las tajantes afirmaciones del juzgador sobre la existencia de sospechas fundadas, que son más una afirmación jurídica que de hecho, no solo carecen de sustento en los hechos declarados probados -en los cuales, en buena técnica, deberían haberse hecho constar cuales eran los datos o circunstancias que suscitaban sospechas a la empresa de que el actor se estaba apropiando de medicamentos, antes de que comenzara la investigación por el detective-, sino que, examinada por la Sala el acta de juicio, debe concluirse que no tienen apoyo suficiente en la prueba practicada y se deben considerar, por ello, irrazonables. A este respecto, para acreditar -entre otros extremos- las citadas sospechas fundadas, solo se practicaron tres testificales a instancia de la empresa. La primera testigo de la demandada, Directora de Recursos Humanos dijo que la empresa de seguridad había reportado conductas sospechosas del trabajador demandante y de otro más, sin dar más detalles de cuales eran esas conductas sospechosas. El segundo testigo era el detective privado, el cual refirió simplemente que la empresa le transmitió la existencia de sospechas sobre un par de trabajadores, sin que tampoco se concretaran cuales eran tales datos sospechosos. Y el tercer testigo de la demandada, el responsable del departamento en el que trabajaba el demandante también manifestó que la empresa de seguridad dijo a la dirección de "Cooperativa Farmacéutica de Tenerife" que veía «cosas extrañas» en los trabajadores (sin más detalles) que el propio testigo no presenció; aunque igualmente mencionó la existencia de quejas de clientes porque los productos no le llegaban, las quejas que citó se produjeron durante la vigilancia, en concreto por la sustracción de las "píldoras del día después", y si bien señaló que en la empresa se hacían inventarios en los que se podía saber si faltaban medicamentos e incluso conocer en qué zona habían empezado a faltar, al parecer no se hizo ninguno antes de comenzar la investigación por videovigilancia. De toda esta testifical no se puede inferir ni un solo hecho concreto del cual se desprenda que, antes de empezar a ser grabado el trabajador, la empresa había empezado a notar la desaparición de medicamentos y que estas desapariciones coincidían, más de lo estadísticamente atribuible a un mero error puntual, con los turnos de trabajo del actor; o que se había detectado que el demandante salía de su puesto intentando ocultar objetos que pudieran ser cajas de medicamentos o cualquier otra "conducta" o

"cosa" sospechosa concreta.

VIGESIMONOVENO.- En estas circunstancias, no se puede concluir por la Sala que en el presente caso existieran previas sospechas razonables o fundadas de la empresa de estar el actor sustrayendo medicamentos. Y sin tales sospechas apoyadas en datos concretos y constatables, y centradas en un determinado trabajador, no se puede considerar lícito el recurso a la medida de videovigilancia oculta y secreta, en la medida en que todo el juicio de proporcionalidad que se exige en la doctrina constitucional para estos casos (sentencias 186/2000 y 39/2016) entre el derecho fundamental que puede verse limitado o conculcado (los de los apartados 1 y 4 del artículo 18 de la Constitución), y los intereses legítimos que se persiguen por la parte que ha limitado tales derechos fundamentales - idoneidad de la medida para la finalidad pretendida de verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes; necesidad o subsidiariedad, por no existir otra medida igualmente idónea pero menos lesiva de los derechos fundamentales en juego que resultara igualmente eficaz para comprobar y acreditar las infracciones; y el carácter equilibrado de la medida o proporcionalidad en sentido propio, por limitarse temporal y espacialmente a lo estrictamente necesario para conseguir el fin legítimo perseguido-, parten no solo de la existencia de unos intereses legítimos suficientes por parte de la empresa (que en el presente caso serían directamente sus derechos a la libertad de empresa y a la propiedad, y de forma más indirecta el derecho a la tutela judicial efectiva, intereses que no han sido objeto de discusión), sino también de la existencia de sospechas fundadas o razonables.

TRIGÉSIMO.- La conclusión de lo antes expuesto es que, no acreditándose la existencia de hechos concretos que permitieran hablar de previas sospechas fundadas de estar el demandante realizando una infracción grave, no se puede considerar válido el recurso a la videograbación omitiéndose toda información previa al trabajador afectado o al menos a sus representantes legales. Y por ello, resulta estéril examinar si la medida resultaba idónea, necesaria y proporcionada, pues no se puede considerar justificado que la empresa omitiera toda información previa sobre la instalación de las cámaras de vigilancia. El medio de prueba obtenido con esas grabaciones es, por tanto, ilícito por vulnerar los derechos fundamentales del trabajador a la intimidad y propia imagen (18.1 de la Constitución) y a la protección de datos (artículo 18.4 de la Constitución), y esa ilicitud contamina y se transmite a todos los medios probatorios que se derivan de esas grabaciones, pues el conocimiento que los testigos de cargo tenían de los incumplimientos del trabajador que se reflejaron en la carta de despido, derivaban directamente de la observación de las imágenes grabadas de forma indebida.

TRIGESIMOPRIMERO.- Procede por tanto, estimar los motivos, y, siendo innecesario resolver sobre el último -en el que se denuncia infracción del artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores por entender el actor que los hechos están prescritos al no justificarse que la empresa necesitara tres meses para tomar conocimiento cabal de los hechos; motivo que, por lo demás, no podría prosperar, principalmente porque no se ha combatido la afirmación de hecho de la sentencia relativa a la fecha en que recibió la empresa el informe del detective sobre el demandante-, procede revocar la sentencia de instancia y que la Sala, de conformidad con el artículo 202.3, resuelva sobre la cuestión de fondo. De manera que, constatada la existencia de un despido del demandante, sin que, por el contrario, se haya justificado la procedencia del mismo -ya que no siendo admisible la prueba practicada para intentar acreditar los hechos de la carta de despido, los hechos de tal carta no se pueden considerar acreditados-, de acuerdo con lo previsto en el artículo 108.1 de la Ley de la Jurisdicción Social y 55.4 del Estatuto de los Trabajadores , el despido debe declararse improcedente, y condenarse a la parte demandada en los términos previstos en los artículos 110 de la Ley de la Jurisdicción Social y 56 del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción vigente de estos preceptos en el momento de efectos del despido.

TRIGESIMOSEGUNDO.- Los salarios de tramitación, que solamente se devengarán de optarse por la readmisión, han de ser a razón de 77,82 euros diarios, resultado de dividir por 365 - Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005, recurso 2531/04 ; 30 de junio de 2008, recurso 2639/07 ; 24 de enero de 2011, recurso 2018/10 o 9 de mayo de 2011, recurso 2374/10 - el salario anual reflejado en el hecho probado 1º, conforme a la rectificación interesada en la impugnación y que ha sido admitida.

TRIGESIMOTERCERO.- En cuanto a la indemnización por despido, teniendo en cuenta que la antigüedad en la empresa se ha de calcular en años y meses, con asimilación de los días sueltos a un mes completo - Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007, recurso 4181/06 -, y las reglas para al cálculo de la indemnización de la Disposición Transitoria 11ª del Estatuto de los Trabajadores , ascendería a:

A) Antigüedad hasta el 11/02/2012, 21 años, 11 meses y 11 días (asimilados a 22 años), equivalentes a $(22*45)$ 990 días de salario.

B) Antigüedad desde el 12/02/2012 hasta la fecha del despido, no se puede tener en cuenta ya que en el primer periodo de cómputo el actor ya supera los 720 días de indemnización.

C) Con lo que la indemnización ascendería, con un salario regulador diario de 77,82 euros, a $(77,82*990)$ 77.041,80 euros.

TRIGESIMOCUARTO.- Debiéndose, además, indicar a la empresa demandada que, si opta por la readmisión, aparte de deber ponerlo en conocimiento del Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia, debe comunicar directamente a la parte actora donde y cuando debe reincorporarse al trabajo, en un plazo de diez días desde la notificación de la sentencia, debiendo mediar al menos tres días desde que el trabajador reciba la comunicación y el momento del reingreso al trabajo - artículo 278 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social -; siendo, además, de cuenta de la empresa los salarios devengados desde la notificación de la sentencia hasta la fecha de la readmisión, salvo que esta no se produzca por causa imputable al trabajador.

TRIGESIMOQUINTO.- De conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , al estimarse el recurso no procede la imposición de costas.

FALLAMOS

PRIMERO: Estimamos íntegramente el recurso de suplicación presentado por D. Abilio , frente a la Sentencia 130/2016, de 14 de marzo, del Juzgado de lo Social nº. 5 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 76/2016, sobre despido disciplinario.

SEGUNDO: Revocamos en su totalidad la citada sentencia de instancia y, resolviendo el debate de fondo, estimamos íntegramente la demanda presentada por D. Abilio y, en consecuencia: .

1.- Declaramos improcedente el despido de la parte actora llevado a cabo por la demandada "Cooperativa Farmacéutica de Tenerife" el día 7 de diciembre de 2015.

2.- Condenamos a la parte demandada "Cooperativa Farmacéutica de Tenerife" a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia y sin esperar a su firmeza, opte, poniéndolo en conocimiento de este Tribunal, entre indemnizar a la parte demandante en la cantidad de 77.041,80 euros, teniéndose por extinguida la relación laboral a la fecha del despido sin abono de salarios de tramitación; o bien por la readmisión, con abono de una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir, a razón de 77,82 euros diarios, desde la fecha de despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que la demandante hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se probase por la parte demandada lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

De optarse por la readmisión la demandada deberá comunicar a la parte actora, dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito, siendo de cargo de la demandada el abono de los salarios desde la notificación de la sentencia hasta la efectiva readmisión, salvo que ésta no se produzca por causa imputable a la parte trabajadora.

TERCERO: No se hace expresa imposición de costas de suplicación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez firme esta sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrense testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Se informa a las partes que contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011, de 11 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o causahabiente suyos, y no goce del beneficio de justicia gratuita, efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 euros, previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como, de no haberse consignado o avalado anteriormente, el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado o transferido en la cuenta corriente abierta en la entidad «Banco Santander» con IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 y número 3777 0000 66 0934 16, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo.

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