

Sentencia nº 715/2014 de TSJ Castilla-La Mancha (Albacete), Sala de lo Social, 17 de Junio de 2014, recurso de suplicación 1162/2013

El Juzgado de instancia consideró probado que el trabajador no se desplazaba a visitar clientes y facturaba comidas y kilometraje por hacerlo.

El Tribunal valora "si ha existido o no una adecuada utilización por parte de la empresa de una técnica de seguimiento del trabajador ... respetuosa con su derecho a la intimidad", y citando el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1, de 5-5-82, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, concluye citando la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 29/2013, de 11-2-13:

"será necesaria una "información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para al imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo".

Concluye que "no pudiéndose utilizar el resultado obtenido a través de ese instrumento de seguimiento [el GPS] como medio de prueba contra el trabajador, en cuanto ilegítimamente obtenido, debe considerarse como no aportado a los autos su resultado ...".

Por tanto, sin prueba no puede haber delito, y el despido se considera improcedente.

Esta sentencia entra en contradicción con la del [TSJ de Galicia de 6 de junio de 2014](#), sólo once días antes de ésta, que [analizamos el pasado 15 de octubre](#), en la que se instaló un GPS en un vehículo de un guardia de seguridad. Dicha sentencia cita dos del TSJ de Catalunya ([5 de marzo de 2012](#) y 27 de mayo de 2013) y dos del TS 57/1994 y 143/1994 ("por todas"), de las que reproduce el siguiente fragmento:

"... el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho"

Existe una diferencia entre las dos sentencias, en la segunda la empresa manifestó que la instalación del GPS se debió, también, a motivos de seguridad, para poder auxiliar al trabajador en caso de producirse un incidente.

En Albacete, a diez de junio de dos mil catorce. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 715/14

En el Recurso de Suplicación número 1162/13, interpuesto por la representación legal de DON Carlos Alberto, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Albacete, de fecha 16 de mayo de 2013, en los autos número 167/13, sobre Derechos Fundamentales, siendo recurrido SANTIAGO Y TÉVAR S.A. y el MINISTERIO FISCAL.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JESÚS RENTERO JOVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por D. Carlos Alberto, asistido de la Letrada D^a. Marina Gómez García, frente a la empresa SANTIAGO Y TEVAR, S.A., asistida del letrado D. Luis Julián Sevilla Ruiz, con intervención del Ministerio Fiscal, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos contenidos en ella, declarando la procedencia de la medida extintiva acordada respecto del actor el día 20 de diciembre de 2.012".

SEGUNDO

Que en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

"PRIMERO.- D. Carlos Alberto, provisto con DNI n° NUM000, ha venido prestando sus servicios en la empresa demandada desde el 11 de junio de 2.002, con la categoría profesional de viajante vendedor, con jornada de 40 horas semanales, percibiendo un salario mensual bruto de 1.341,02 euros, resultando de aplicación el Convenio Colectivo de Comercio de Cuenca, no ostentando la representación de los trabajadores.

SEGUNDO

Con fecha 20 de diciembre de 2.012 la empresa entregó al actor carta de despido, con efectos del mismo día, con el siguiente tenor literal: "Muy Sr. nuestro: Por medio de la presente se le comunica que la empresa ha decidido proceder a su despido disciplinario con efectos al día 20 de diciembre del presente año 2.012. Los hechos que motivan tal decisión consisten en que usted ha estado engañando a la empresa en el desempeño de su prestación laboral, al hacerle creer que realizó una serie de visitas presenciales a clientes detalladas en los partes de trabajo diario que usted confeccionaba cuando en realidad todas o gran parte de las mismas no se llevaron realmente a cabo, con el agravante añadido de que para hacer más creíble el engaño usted presentó para su reintegro tickets o facturas por dietas y combustible que le fueron

abonados y que sin embargo no fueron empleados en el desempeño efectivo de su trabajo, esto es, en la realización de sus visitas. Aunque a buen seguro que su maliciosa conducta se viene sucediendo subrepticamente desde hace mucho tiempo, la empresa se ha percatado ahora, al visualizar un seguimiento de su terminal móvil gracias al sistema GPS integrado y contrastarlo con las rutas que usted nos indicaba haber realizado en sus partes diarios de visitas, de lo que ha venido ocurriendo desde finales del mes de octubre del presente año.

Así, el día 30 de octubre de 2012, en el que usted nos dijo que había visitado a varios clientes en Bañeres, Cañada, Villena y Caudete, resulta que no fue a ninguna de esas localidades, sino que se limitó a salir sobre las 13 horas de Albacete hacia Almansa, donde se detuvo en el número 24 de la Calle Mendizábal, comió en el Restaurante Miguel y Juan S.L. (presentándonos el correspondiente ticket) para regresar a Albacete a las 15:48 horas.

Al día siguiente, día 31 de octubre, usted hizo constar en el parte de trabajo que había visitado a clientes en Villamarchante, Cheste, Requena, Uriel e Iniesta, cuando lo cierto es que únicamente acudió a esta última localidad a comer en el Restaurante Los Tejares para luego volver a Albacete. Algo similar ocurrió el 6 de noviembre, cuando nos manifestó haber realizado visitas a Algemesí, Alzira y Carcaixent y sin embargo se limitó a realizar un viaje de ida y vuelta a Almansa para comer en el mismo restaurante antes detallado (restaurante Miguel y Juan).

La misma visita de ida y vuelta a Almansa para comer, cuando según lo dispuesto en sus partes de trabajo había realizado una ruta por diversas localidades de la provincia de Valencia, se repetiría los días 21 y 26 de noviembre y 3 de diciembre, días en los que usted nunca estuvo en las localidades que hizo constar en los partes de trabajo (Catarrosa, Albal, Biniparell, Picasent y Silla el día 21; La Ollería, Montalvaner, Castella Rugat y Llosa Llanes el día 26; y Alcira Carcaixent, Alberic y Alcant Xuquer el día 3 de diciembre). El día 7 de noviembre usted afirmó haber estado visitando clientes en las localidades de Petrer y Elda, pero únicamente estuvo en Petrer el tiempo imprescindible para comer en el Restaurante "Les Pedreres" (desde las 14:06 horas a las 15:01 horas). Y regresar a Albacete. En el parte de trabajo correspondiente al día 8 de noviembre usted nos indicaba que había visitado las localidades de Almusafes, Benifayó, Carlet, Alberic y Alxúquer, pero sin embargo, tras salir de Albacete, a las 12:51 horas, únicamente hizo una parada en la localidad de Alberic, desde las 14:09 horas a las 15:04 horas para comer en el Restaurante Mesón Los Arcos y regresar a Albacete. Algo parecido ocurrió el día 12 de noviembre, en el que nos dijo en el parte de trabajo que había visitado las localidades de Almusafes, Benifayó, Carlet, Alberic y Alxúquer, pero sin embargo, tras salir de Albacete a las 12:51 horas, únicamente hizo una parada en la localidad de Alberic desde las 14:09 a las 15:04 para comer en el Restaurante Mesón Los Arcos y regresar a Albacete. Algo parecido ocurrió el día 12 de noviembre en el que nos dijo en el parte de trabajo que había visitado a diversos clientes en Torrent, Picaña y Alacuás, cuando realmente únicamente se desplazó hasta la localidad de Rivaraja para comer en el "Restaurante Hermanos González" y volver. Esas mismas tres localidades son las que usted decía que habían sido visitadas el día 13 de diciembre aunque únicamente fue hasta el Restaurante "Elia" de la localidad de Montesa para comer; localidad y restaurante éstos a los que había acudido con similar fin y propósito el 20 de noviembre, cuando falsamente afirmó haber visitado a clientes en Xirivella y Quero de Poblet.

El día 22 del mismo mes de noviembre usted manifestó haber visitado a clientes en Villafranqueza, San Vicente del Raspeig, Alicante y Monforte, cuando realmente únicamente fue hasta Villena para comer en el restaurante "El Rincón de Juan".

El día 27 de noviembre usted reseñó haber visitado a clientes en las localidades de Puig, Afelbuñol, Moncada, Bétera y Paterna, pero únicamente efectuó ruta con destino al "restaurante Bonaire" en Moixent, para regresar después de comer.

El día 19 de noviembre nos manifestó en el parte de trabajo haber visitado a diez clientes en Albacete capital, pero, sin embargo, la única parada que realizó ese día tras salir desde su domicilio a las 14:51 horas fue en la calle Burgos, nº 10 de Albacete durante escasos veinte minutos.

El día 28 de noviembre usted hizo constar visitas a clientes en Crevillente y Elche cuando en realidad únicamente acudió a la localidad de Sax para comer y después regresar; misma localidad ésta de Sax a la que acudiría el día 12 de diciembre para comer en el Restaurante Mesón La Senda, cuando sin embargo hizo constar que había visitado a distintos clientes en Petrer y Elda.

Según el parte de trabajo del día 4 de diciembre, usted debería haber realizado visitas a clientes de las localidades de Bañeres, Cañada, Villena y Caudete y, sin embargo, consta que la única parada que realizó fue en el número 16 de la calle Villares para comer, según el ticket que nos aportó, en el "Hostal Restaurante Villares".

Por su parte, el día 11 de diciembre usted no fue a Almusafes, ni a Benifayó, ni a Algemesí ni a Sueca; localidades éstas que usted hizo constar como visitadas en el parte de trabajo, constándonos únicamente que acudió a comer al "Restaurante Mesón Los Arcos" de la localidad de Alberic.

En definitiva, usted ha estado simulando realizar las visitas propias de su trabajo como viajante engañándonos con las aportación de justificantes de gastos por comidas y combustible realizados en lugares de paso de esas hipotéticas rutas para de esta forma hacernos creer que esas visitas habían sido efectivamente realizadas, cuando no era así, ocasionando con ello un doble perjuicio a la empresa: de un lado, el derivado de esas visitas presenciales a los clientes, que constituían su principal cometido en la empresa no hayan sido efectivamente realizadas, lo que ha supuesto un detrimento del necesario grado de atención comercial a los clientes cuya verdadera repercusión es difícil de estimar; y de otro lado, el derivado de los gastos en los que la empresa ha venido incurriendo (salarios, seguros sociales, dietas, etc.) sin recibir la correspondiente contraprestación productiva por su parte. Además, los hechos revisten especial si tenemos en cuenta que su conducta fraudulenta se ha podido constatar en la práctica totalidad de los días en los que según sus parte usted habría realizado visitas en el período comprendido entre el 30 de octubre hasta la actualidad.

Sin perjuicio de poder estudiar la posible repercusión penal que podrían tener estos hechos (ya que al fin y al cabo usted ha hecho uso del engaño para defraudar a esta empresa no solo sobre su propio sueldo, sino también gastos en dietas innecesarias y de combustible (extracción de combustible en almacén verificable con anotaciones de su puño y letra) al que hay que sumar el suministrado en gasolineras externas según los tickets que usted presentaba y que le fueron reembolsados), los mismos suponen un incumplimiento contractual muy grave y culpable de sus obligaciones contractuales, contemplado como causa de despido disciplinario en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, al constituir su conducta, como dice dicho artículo, una verdadera trasgresión de la buena fe contractual.

Siendo la fecha de efectos del despido y de extinción de la relación laboral el 20 de diciembre de 2.012, las llaves del coche matrícula 7233BYM que ha venido usando, así como el portátil y el móvil que la empresa puso a su disposición para el desempeño de su labor, quedan en nuestro poder desde ese día".

TERCERO

En fecha 29 de octubre de 2.012 la empresa decidió instalar un dispositivo de GPS en el teléfono móvil que la misma había asignado al actor para desempeñar su trabajo, número 629730363, a fin de tenerlo localizado y conocer los sitios que visitaba durante su jornada laboral (documentos número 50 y 51 aportados por la demandada).

CUARTO

De dicho dispositivo GPS la empresa extrajo los datos relativos al empleo de su tiempo, por parte del actor, relativos a los días de octubre, noviembre y diciembre de 2.012 que se hicieron constar en la Carta de Despido.

QUINTO

Celebrado el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC de Albacete el día 4 de febrero de 2.013, el mismo terminó con el resultado de SIN AVENIENCIA".

TERCERO

Que, en tiempo y forma, por la parte demandante, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia, Albacete nº 3, de fecha 16-5-13, recaída en los autos 167/13, dictada resolviendo Demanda sobre Despido con vulneración de Derechos Fundamentales, interpuesta por parte del trabajador D. Carlos Alberto, por parte de la representación letrada de la parte recurrente se formaliza su escrito de Suplicación a través de un total de cinco motivos de recurso, el primero de ellos dirigido a denunciar la existencia de infracciones procesales causantes de indefensión, concretadas en vulneración del artículo 218,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por presunta existencia de incongruencia "infra petita". Subsidiariamente, un segundo motivo dedicado a intentar la revisión de su contenido probatorio, en los términos que propone, y finalmente, el resto de los motivos, dedicados al examen del derecho aplicado, mediante los que se realiza denuncia de infracción de lo que viene establecido en los artículos 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 90,2 y 105,2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, artículos 4,2,e), 20,3 y 55,5 del Estatuto de los Trabajadores, artículos 18,1 y 4, 53,2 y 24,2 CE, artículos 7,2 y 9,2 LO 1/1982, artículos 5 y 6

LO 15/19991 de Protección de Datos de Carácter Personal . Lo que resulta impugnado de contrario por la representación letrada de la empleadora demandada.

SEGUNDO

En el motivo del recurso dedicado a solicitar la nulidad de la Sentencia de instancia, lo que se plantea es que la misma incurre, en opinión del recurrente, en incongruencia, en cuanto que considera que no se ha dado respuesta en la misma a la petición subsidiaria contenida en la demanda, de declaración de improcedencia del despido, si no se estimaba la nulidad del mismo solicitada en primer lugar, y además, por no haber dado tampoco respuesta a la solicitud de indemnización contenida también en el Suplico de la misma.

Entre otras varias, se ha señalado por esta Sala en las Sentencias de 30-11-09, dictada en el Rollo 534/09, o en la de 30-12-13, dictada en el Rollo 1099/13, que la solicitud de nulidad de una Sentencia realizada en un motivo de Suplicación cobijado en el artículo 193,a) de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 10-10-11 (que mantiene la misma regulación sobre el tema que el anterior artículo 191,a) de la Ley de Procedimiento Laboral de 7-4-95), requiere, conforme a la que es la interpretación jurisprudencial pacífica del indicado precepto, como mínimo, la presencia de cuatro exigencias ineludibles, que deben de concurrir para que pueda ser estimada, y que a saber, son las siguientes:

- 1) En primer lugar, la de realizar la parte recurrente la indicación, precisa y expresa, de que precepto procesal ordinario (de la LEC o de la LOPJ), o específicamente social (de la LRJS), es el que se considera infringido por parte de la resolución judicial de la que se pretende su anulación -que puede ser también alegación de infracción del artículo 24 CE -, y razonando adecuadamente sobre ello.
- 2) Se debe de detallar, de modo claro, cual haya sido la indefensión que dicha infracción procesal le ha podido causar a quien realiza la solicitud de nulidad, pues no toda vulneración procesal lleva anudada, de modo fatal y automático, la consecuencia de la nulidad de la resolución judicial que haya incurrido en la misma (STSJ de Castilla-La Mancha de 25-11-08, entre otras), pues es necesario que tenga una suficiente entidad y gravedad (STC nº 124/94), razonando suficientemente sobre la existencia de esa presunta indefensión (STSJ Castilla-La Mancha de 15- 12-09).
- 3) Asimismo, es también preciso que no exista otro remedio que sea procesalmente menos traumático que la nulidad, en aras del principio de conservación de los actos procesales, coherente con la celeridad resolutoria, que es también valor de preeminencia constitucional (artículo 24,1 del texto constitucional), y desarrollo ordinario (artículo 74,1 Ley Procesal Laboral, actual artículo 74,1 LRJS), siempre que ello no comporte indefensión a ninguna parte, igualmente proscrita constitucionalmente (de nuevo, artículo 24,1 CE).4) Finalmente, añadido a lo anterior, es también exigencia ineludible que debe de haberse realizado la pertinente denuncia de la infracción, desde el mismo momento en que la misma se produce o desde que se haya tenido conocimiento de ello, y en su caso, con constancia de tal denuncia en el acta del juicio, pues en otro caso, se estaría convalidando con la actitud omisiva, permisiva o indolente, esa infracción, que no puede luego ser denunciada con posterioridad, una vez que el resultado judicial le ha sido adverso (SSTSJ Castilla-La Mancha de 29-XII-09, Rollo 1151/09, de 22-3-11, Rollo 201/11, de 19-9-12, Rollo 797/12, o de 15-1-13, Rollo 908/12).

Pues bien, atendiendo a dicha doctrina, que deriva de jurisprudencia unificada, y atendiendo a las concretas circunstancias del caso, si bien el recurrente menciona de modo claro y preciso

el precepto procesal que, en su opinión, considera infringido, y lo hace nada más tener conocimiento de ello, es decir, en el recurso formulado contra la misma, sin embargo:

1. No puede considerarse que no se haya dado respuesta implícita, si bien ciertamente sea parca, a la solicitud alternativa de declaración de improcedencia del despido, por poderse considerar que deriva implícitamente del razonamiento dedicado a desechar la nulidad del mismo;
2. En todo caso, no se concreta la indefensión, toda vez que contra la decisión judicial cabe interponer y formalizar recurso, sin que tal omisión, si hubiera existido, le cause indefensión a su derecho de cuestionar la decisión sancionadora, que puede discutir en esta sede de Suplicación; c) Finalmente, en cuanto a la omisión de respuesta a la solicitud de indemnización adicional, es claro que ello va adherido al supuesto de considerar que haya existido vulneración de un derecho fundamental, no admitido en el caso, por lo que la Sentencia no resulta con el silencio a esa cuestión incongruente.

Procede por lo tanto desestimar este primer motivo, en cuanto que no se cumplen todas las exigencias que permitirían adoptar esa extrema decisión, que siempre afecta también a otro componente básico de la efectividad de la tutela judicial, como es la de la celeridad resolutoria (artículo 24,1 CE, artículo 74,1 LRJS).

TERCERO

En el siguiente motivo del recurso, dedicado a intentar la modificación del relato de hechos probados, lo que se propone por el recurrente es la adición de tres determinadas precisiones al ordinal tercero de instancia, consistentes en lo siguiente:

En primer lugar, el siguiente párrafo: "El dispositivo GPS estuvo instalado desde el día 29 de octubre de 2012 hasta el 13 de diciembre de 2012", lo que basa en el contenido de los folios 147 a 179 de las actuaciones.

En segundo lugar, la adición en el mismo hecho probado de este otro texto: "La empresa no informó al trabajador formalmente, mediante una condición particular, de la instalación del GPS, sino que se hizo a través de una condición general de un contrato de compromiso de confidencialidad. El trabajador no dio consentimiento inequívoco para la captación de datos de carácter personal", basando tal precisión en el folio 83 de los autos.

Y en tercer lugar, la adición del siguiente texto: "La empresa era conocedora de que el trabajador utilizaba de modo privado el terminal móvil, lo que consentía y no prohibió nunca. No advirtió al trabajador para que apagase el teléfono en horario extralaboral", sin que indique soporte probatorio expreso para ello.

En relación con la primera propuesta, se observa como en los folios que indica como apoyo de la misma, informe realizado por la empresa "Tecnoavanza", del resultado del dispositivo instalado, a instancia de la empresa demandada "Santiago y Tevar S.L.", en el móvil entregado por la misma al trabajador recurrente (hecho probado tercero), se entrega informe de seguimiento de posiciones del trabajador, con mapa de localizaciones, que comienzan el 30-10-12 (no el 29-10-12, como se señala en la propuesta), y que se extiende, cuando menos, hasta efectivamente el 13-12-12. Aunque ciertamente, como se indica por la empresa impugnante, no sea una cuestión de especial trascendencia de cara a la resolución del litigio, si que ayuda, sin embargo, a una mejor comprensión del contexto fáctico del mismo, y en ese sentido, en cuanto que tiene un soporte probatorio formalmente adecuado y suficiente, en los términos de

exigencia del artículo 193,b) LRJS, no cuestionado de contrario, procedería su admisión, toda vez que ello permite un contexto fáctico más completo, si bien sea de modo parcial, en cuanto que el inicio acreditado derivado de tales informes comenzaría el 30-10-12, y no el 29-10-12, admitiéndose así solo de ese modo parcial tal adición.

En relación con la segunda propuesta, efectivamente, del documento a que se remite, aportado por la empleadora demandada, llamado "Compromiso de confidencialidad", en cumplimiento de la LO 15, de 13-12-99, si bien consta la firma del trabajador entre otras, en la página 119 de un documento que, según figura al pie del mismo, consta de 147 páginas, no consta recogido en el mismo de modo expreso, ni la información formal al trabajador de cual iba a ser el control que se iba -o se podía- realizar del uso del teléfono con GPS, ni consta la expresa aceptación formal del mismo, que permita considerar de modo claro y patente que se ha cumplido con el deber de información al trabajador, tanto de la existencia del dispositivo, como de su concreto alcance y utilización, estando entonces sí ante una vigilancia conocida, informada y aceptada.

Entiende así esta Sala que, efectivamente, tal y como se propone en la segunda adición fáctica al hecho probado tercero, no consta que la empresa informara de modo expreso y claro de la instalación del GPS en el teléfono móvil, ni desde luego, tampoco consta la existencia inequívoca de la aceptación de ello por parte del trabajador. Por lo que, sin entrar ahora, en si era ello obligado, lo cierto es que ni existió una condición particular al efecto, ni tampoco consta que existió tal consentimiento, por lo que, siendo eso lo pretendido en el motivo, y cumpliendo con las exigencias que derivan del artículo 193,b) LRJS, de apoyo probatorio adecuado y suficiente, y de tener cierta incidencia resolutoria, procede admitir también esta segunda precisión.

Distinto resultado obtiene sin embargo la tercera precisión, en cuanto que, al margen de la veracidad o no del texto que propone, lo cierto es que el recurrente omite toda mención concreta de apoyo probatorio a la misma, incumpliendo así esa carga procesal (artículo 194 LRJS), por lo que tendría que ser esta Sala la que indagara cual podría ser ese soporte, lo que obviamente excede de sus funciones de enjuiciamiento, y generaría además clara indefensión a la otra parte, contraria al artículo 24,1 del texto constitucional.

Procede por lo tanto modificar el relato fáctico de instancia, con la adición de las dos primera propuestas de revisión, en los términos que se han señalado.

CUARTO

Procede ahora entrar a analizar los motivos del recurso dedicados al examen del derecho que ha sido aplicado. En ese sentido, cabría diferencia entre si con la decisión extintiva se encubre, o se pretende, en realidad, la vulneración de un derecho fundamental del trabajador objeto del despido (ejemplo, discriminación por afiliación sindical, o por razón de sexo, o por estado civil, etc.), o si lo que ocurre es que la Sentencia en su argumentación o conformación de su decisión, se ha incurrido en esa vulneración. Pues, en el caso de estimarse una u otra situación vulneradora, la consecuencia podría llegar a ser distinta, para el caso, se debe insistir, de considerar que efectivamente se ha vulnerado un derecho fundamental del trabajador, en uno u otro momento indicados.

En el presente caso lo que se plantea por el recurrente es que, los medios de prueba que han sido utilizados por la empleadora para acreditar la imputación realizada en la carta de despido, en la que se le achaca determinados incumplimientos de sus obligaciones

contractuales, que considera la empresa inmersas dentro del tipo sancionador del artículo 54,2,d) ET, han vulnerado su derecho fundamental a la intimidad constitucionalmente protegido. En definitiva, si la utilización de un GPS en el móvil entregado por la empresa, sin que conste información suficiente al respecto ni autorización para su utilización, supone o no una intromisión en la intimidad del trabajador, y por ende, si pueden ser utilizados los resultados obtenidos por tal procedimiento como medio de prueba para acreditar la imputación sancionadora realizada (de interés al respecto la STC nº 29/2013).

Debemos partir de que, en principio, el trabajador no pierde sus derechos constitucionales y ciudadanos por el hecho de su vinculación contractual con una empresa, si bien puedan los mismos ser modulados, en atención a los propios contenidos exigibles en la relación laboral. Pero, en lo que hace al tema objeto de discusión, el trabajador conserva su derecho a la intimidad personal (artículo 18,1 CE, artículo 4,2,e) ET), lo que puede ser acompasado con el derecho del empresario a adoptar las medidas que estima más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, pero ello, con respeto a su dignidad (artículo 20,3 ET), y por supuesto, a sus derechos fundamentales, que no pierde por adquirir la condición de trabajador.

En ese sentido, señala el artículo 7,2 de la Ley Orgánica 1, de 5-5-82, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que se considera como intromisiones ilegítimas en la vida privada de una persona, la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción. No obstante, se señala en el artículo 2,1 de dicha Ley que no se considerará existente tal intromisión "cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso".

Procede así valorar si ha existido o no una adecuada utilización por parte de la empresa de una técnica de seguimiento del trabajador, desde la perspectiva constitucional, que haya sido respetuosa con su derecho a la intimidad, y en ese sentido, en función de ello, si deberá ser o no admitida su utilización como medio de prueba legítimo. Al respecto, es de extremo interés lo que se señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 29/2013, de 11-2-13, en cuyo fundamento jurídico 7º, cuarto párrafo, señala que "... no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, y que tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial. En efecto, se confundiría la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20,3 LET en relación con el art. 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD)", añadiendo en el siguiente párrafo que "En conclusión, no debe olvidarse que hemos establecido de forma invariable y constante que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 7, o 308/2000, de 18 de septiembre, FJ 4)", de tal modo que por ello, el interés privado del empresario no podrá justificar "que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica", de tal modo que sorbe ese derecho de información, "No hay en el ámbito laboral, por expresarlo en otros términos, una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental", por lo que, en resumen (Fj 8, segundo párrafo), será necesaria una

"información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuanto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo".

Trasladando dicha doctrina constitucional al caso que ahora se enjuicia, resulta claro que no existió la adecuada información, en los términos de claridad y suficiencia que son exigibles a los efectos de evitar actuaciones sorpresivas, y que en todo caso, no consta la existencia de la expresa autorización del trabajador, que no puede ser objeto de seguimiento durante todos los días de su vida laboral, y tanto durante la jornada como fuera de ella (al no tener prohibida la utilización del teléfono móvil fuera del tiempo de actividad laboral). Intromisión claramente contraria al artículo 18,1 del texto constitucional, y a los demás preceptos orgánicos y sustantivos que han sido mencionados. Quiere ello decir que, no pudiéndose utilizar el resultado obtenido a través de ese instrumento de seguimiento como medio de prueba contra el trabajador, en cuanto ilegítimamente obtenido, debe considerarse como no aportado a los autos su resultado, por lo que podemos concluir lo siguiente:

1. Que ese es el medio de prueba que fue exclusivamente utilizado por la empleadora para acreditar la imputación sancionadora contenida en la carta de despido.
2. Que, aunque existen sin duda otros medios de prueba posibles, no fueron utilizados por la empresa, que aún habría sido discutible si también esos otros medios estarían "contaminados" por la propia utilización, sin la suficiente legitimidad constitucional, de los datos del GPS introducidos en el teléfono móvil del trabajador, en la medida que derivaran de ello.
3. Que, derivado de lo anterior, entiende esta Sala que la consecuencia no es tanto la de nulidad del despido, por no considerarse la decisión extintiva, en sí misma considerada, como vulneradora de derechos fundamentales, sino serlo el medio de prueba utilizado, y aceptado por la juzgadora de instancia, que lo consideró indispensable e idóneo. Por lo que no tomando en cuenta tal medio de prueba contaminado, tal y como se señala con carácter general en el artículo 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que, obtenida la prueba de modo ilegítimo, decae su efectividad ante la preeminencia del interés constitucional protegido (entre otras, STC 114/1984), debe considerarse como no acreditada la imputación realizada, y en su consecuencia, de conformidad con el artículo 55,4 del Estatuto de los Trabajadores, debe de ser declarado improcedente, con las consecuencias legales. Entiende así esta Sala que, ni cabe admitir la petición, que se debe considerar reiterada, de indemnización, en cuanto que el efecto perverso de la inadecuada utilización del medio de prueba ha sido eliminado, y no consta acreditado otro daño, ni ofrecido tampoco parámetro alguno que pudiera justificar la indemnización solicitada, ni debe tampoco considerarse nulo el despido, pues lo que no ha sido admitido es el medio de prueba contaminado de donde derivaba la conclusión judicial de instancia, pero no se ha concluido que la decisión extintiva, en sí misma considerada, pretendiera la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador, que llevara aparejada la calificación de nulidad del mismo (artículo 55.5 ET). Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso formalizado, en los términos indicados, y ello, dada la fecha del despido (20-12-12), cuando ya estaba en vigor el RDL 3/12, y luego la Ley 3/2012, en los términos de la nueva regulación. Y que por lo tanto, la consecuencia sea la de, conceder a la empleadora demandada la opción entre, readmitir al trabajador, en su antiguo puesto

de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si el mismo fuera anterior a la Sentencia (con las limitaciones temporales contenidas en el artículo 57 ET en relación con el artículo 117 LRJS), o al abono de la indemnización legal correspondiente, a calcular en dos tramos cuantitativos y temporales, de 45 días de salario por año de servicio, hasta el 12-2-12, con prorrateo mensual de los períodos de tiempo inferiores al año, y de 33 días de salario a partir de dicha fecha, con el mismo prorrateo y con el límite que en el presente caso no concurre, del equivalente a 720 días de salario (salvo que sea superior la cantidad correspondiente al primer tramo de antigüedad, hasta 12-2-12, en cuyo caso se tendrá ese tope, con máximo de cualquier modo del equivalente a 42 mensualidades de salario) y que se cuantificará en la parte dispositiva de esta resolución judicial, conforme a la Disposición Transitoria Quinta de la mencionada norma de urgencia, teniendo en cuenta el salario (1.341,02 euros/mes con prorrateo incluida de pagas extraordinarias) y antigüedad (desde 11-6-02) acreditados, no debatidos (hecho probado primero). Con el entendimiento de que, en caso de no realizar manifestación expresa de opción, en los términos y plazo legal (artículo 56,3 ET, artículo 110,3 LRJS), se entenderá que procede la readmisión.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y especial aplicación.

FALLAMOS

Que, con estimación parcial del recurso formalizado por parte de la representación letrada del trabajador

D. Carlos Alberto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Albacete de fecha 16-5-13, dictada en los autos 167/13, recaída resolviendo de modo desestimatorio la Demanda sobre Despido interpuesta por el recurrente contra la empresa "SANTIAGO Y TÉVAR S.A.", y en cuyas actuaciones ha sido parte el MINISTERIO FISCAL, procede acordar la revocación de la misma y que, con **estimación parcial** de la demanda presentada, **se declare la improcedencia del despido**, condenando a la empleadora demandada "SANTIAGO Y TÉVAR S.A." a que, a su opción, proceda o a readmitir al trabajador, en su antiguo puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente (en cuantía de 44,08 euros/día), o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si el mismo fuera anterior a la Sentencia, con las limitaciones temporales legales, o proceda al abono de la indemnización legal correspondiente, que se señala en la cantidad de 21.338,45 (VEINTIUN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO CON CUARENTA Y CINCO) euros.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los DIEZ DIAS siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social . La consignación del importe de la condena, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número ES55 0049 3569 9200 0500 1274 que esta

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) 0044 0000 66 1162 13, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de SEISCIENTOS EUROS (600,00 #), conforme al artículo 229 de citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

Para la interposición del recurso de casación se deberá justificar que se ha efectuado el ingreso de la TASA a que hace referencia la ley 10/2012 de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, acompañando el justificante del pago de la misma, debidamente validado. Con el apercibimiento de que de no acompañarse el mismo no se dará curso al escrito hasta que tal omisión se haya subsanado, así como que no se suspenderán los plazos procesales por este motivo. Quedan exentos los trabajadores, Sindicatos y beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social.

Expídanse las certificaciones oportunas para su unión a los autos y al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias.

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

PUBLICACIÓN

Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, en fecha diecisiete de junio de dos mil catorce. Doy fe.