



Roj: **SJSO 1683/2023 - ECLI:ES:JSO:2023:1683**

Id Cendoj: **13034440012023100032**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Ciudad Real**

Sección: **1**

Fecha: **02/05/2023**

Nº de Recurso: **733/2022**

Nº de Resolución: **130/2023**

Procedimiento: **Despidos y ceses en general**

Ponente: **JESUS RODRIGUEZ HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO SOCIAL N. 1

CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00130/2023

Nº AUTOS: DESPIDO 733/2022

En Ciudad Real a dos de mayo de dos mil veintitrés.

Don Jesús Rodríguez Hernández Magistrado-Juez sustituto del Juzgado de lo Social número uno de Ciudad Real, tras haber visto los presentes autos sobre DESPIDO entre partes, de una y como demandante Doña Frida, que comparece asistida por el letrado señor Fernández Morales y de otra como demandada la empresa **MERCADONA**, S.A., que comparece asistida por el letrado señor Boví Luque.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 130/2023

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha veintisiete de septiembre de dos mil veintidós, se presentó demanda por la actor en la que interesaba la calificación del despido de que había sido objeto con fecha de efectos de once de agosto de dos mil veintitrés como improcedente.

Con fecha dieciocho de abril de dos mil veintitrés se presentaba escrito ampliatorio de la demanda solicitando se declarase la nulidad del despido al haberse vulnerado, según se manifestaba en dicho escrito, los Derechos Fundamentales de la actora, concretamente el Derecho a la Indemnidad y a la Intimidad y Protección de Datos.

El referido escrito fue admitido por providencia de día veinte de abril, confiriéndose traslado a la parte demandada al día siguiente.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se citó a las partes para la celebración de los actos de conciliación y juicio lo que se ha verificado el pasado día veintiséis con el resultado que consta en la grabación.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante viene prestando servicios para la demandada con una antigüedad reconocida de diez de octubre de dos mil once, en el centro de trabajo radicado en la Calle Inmaculada Concepción número 8 de Ciudad Real, mediante un contrato indefinido y a tiempo parcial de 26,50 horas de prestación de servicios semanal ostentando la categoría profesional de Gerente A, conforme al convenio de empresa, y percibiendo un salario día de 48,72 euros con prorrata de pagas.

(No controvertido)



SEGUNDO.- El Departamento de "Cobrar y Banco" de la empresa demandada venía detectando desde mayo de dos mil veintidós un número muy elevado de anulaciones realizadas por el operario NUM000 correspondiente con la señora Frida y que habían ascendido a 95 desde el mes de mayo, número de anulaciones que duplicaban las de la segundo vendedor con mayor número de anulaciones en el mismo periodo (46), y que resultaban superiores en 9 veces las de la mayor parte de los vendedores.

Consecuencia de ello el referido departamento reportó al Coordinador de la Tienda la incidencia y se le vino solicitando que verificara con el ECU (inventario de la tienda) los productos anulados a fin de comprobar si los mismos habían sido efectivamente devueltos al stock de la tienda, esto es si la anulación era cierta, o si por el contrario, dichos productos había salido de la tienda y faltaban del inventario, en cuyo caso, la anulación sería irreal y se habría realizado con el fin de quedarse la cajera con el dinero del importe del producto.

Cuando esto sucede, es decir, hay una anulación de un producto y dicho producto no aparece posteriormente en el inventario, no hay otra alternativa razonable posible a la de que la persona de la caja se haya quedado con el importe del producto. Dado que el cliente se lo ha llevado, y lo ha pagado, pero al haber sido retrotraído del ticket, la caja cuadra con el importe de menos de ese producto. La anulación se vincula indubitadamente con el código de cajero de quien ha realizado dicha anulación y con el producto concreto e individualizado.

El coordinador comprobó que faltaban productos anulados a lo largo del mes de mayo, los días 5, 12, 17, 23, 31, del mes de junio los días 23, 25 y 28.

(Documentos 2 y 3 parte demandada y testifical señores Rogelio y Salvador)

TERCERO.- Tras comunicarlo al Comité Intercentros, la empresa procedió a instalar cuatro cámaras que enfocaban desde diferentes ángulos la caja número 13 a la que fue destinada por el coordinador de la tienda la hoy demandante. La operación se encargó a la empresa de seguridad SOTHIS que se encargó de la custodia de las imágenes obtenidas y puesta a disposición posterior de la empresa demandada.

En el establecimiento existen carteles indicativos de la presencia de cámaras, con el aviso obligatorio a consignar según las Instrucciones Generales de la Agencia Española de Protección de Datos.

(Documentos 4, 6 y 7 parte demandada)

CUARTO.- Vistas las grabaciones de los días 19, 21 y 28 de julio la empresa procedió a despedir a la hoy demandante por los motivos que constan en la carta que obrante al acontecimiento 4 del expediente digital se da íntegramente por reproducida sin perjuicio de extractar a continuación las partes más relevantes de la misma:

"Finalmente se han podido comprobar los siguientes hechos:

1. *El día 19 de julio de 2022:*

Vd. A las 14 hora, 25 minutos, 47 segundos, comienza a facturar una compra.

A las 14 horas, 26 minutos, 52 segundos, la clienta paga su compra y se marcha sin recibir ticket.

A las 14 horas, 27 minutos, 48 segundos, Vd. Aparca el ticket número NUM001 .

A las 14 horas, 28 minutos, 02 segundos, Vd. desparca el ticket número NUM001 .

A las 14 horas, 28 minutos, 06 segundos, Vd. Realiza una anulación fraudulenta de un producto por importe de 5,90 euros.

A las 14 horas, 28 minutos, 11 segundos, Vd. Teclea manualmente el importe de la compra.

A las 14 horas, 28 minuto Vd saca el ticket número NUM001 .

A las 14 horas, 29 minutos, 06 segundos, una clienta le entrega dinero para poder pagar la compra.

A las 14 horas, 29 minutos, 20 segundos, Vd arruga un billete de 5 euros y lo oculta en su mano izquierda.

A las 14 horas, 29 minutos, 24 segundos, Vd se cambia el billete de la mano izquierda a la mano derecha.

A las 14 horas, 29 minutos, 26 segundos, se guarda el dinero en el bolsillo del pantalón de su uniforme de trabajo.

2. *El día 21 de julio de 2022:*

Vd. a las 9:00 horas, 32 minutos, 13 segundos, coge un ticket de compra que tiene junto a la dispensadora de tickets.

A las 9:00 horas, 32 minutos, 14 segundos Vd pasa el ticket por el escáner de la caja registradora.



A las 9:00 horas, 32 minutos, 25 segundos Vd realiza una devolución fraudulenta de un producto por importe de 4,46 euros.

A las 9:00 horas, 32 minutos, 29 segundos Vd saca el ticket número NUM001 y lo tira a la basura, concretamente a la papelería que se encuentra debajo de la caja registradora dónde realiza sus funciones laborales.

A las 09 horas, 32 minutos, 38 segundos, Vd coge un billete de 5 euros.

A las 09 horas, 32 minutos, 39 segundos, Vd dobla el billete.

A las 09 horas, 32 minutos, 40 segundos, Vd oculta el billete en su mano derecha.

A las 09 horas, 32 minutos, 42 segundos, Vd se guarda el dinero en el bolsillo del pantalón de su uniforme de trabajo.

A las 09 horas, 32 minutos, 44 segundos, se le ven las manos totalmente abiertas y sin nada en su interior, la derecha en la pantalla del ordenador, y la izquierda encima de la cinta de la caja registradora.

3.- El día 28 de julio de 2022:

A las 19 horas, 25 minutos, 31 segundos, Vd factura una compra a una cliente.

A las 19 horas, 26 minutos, 22 segundos, la cliente paga la compra y se marcha del establecimiento sin recibir el ticket de compra.

A las 19 horas, 26 minutos, 47 segundos, Vd aparca el ticket número NUM002 .

A las 19 horas, 32 minutos, 50 segundos, Vd desapareca el ticket número NUM002 .

A las 19 horas, 33 minutos, 38 segundos, Vd saca el ticket fraudulento número NUM002 .

A las 19 horas, 35 minutos, 59 segundos, un cliente le entrega dinero para pagar su compra.

A las 19 horas, 36 minutos, 15 segundos, Vd devuelve con normalidad el cambio al cliente y le entrega ticket, pero deja abierto el cajón de la caja registradora.

A las 19 horas, 36 minutos, 17 segundos, Vd coge un billete de 10 euros con su mano derecha.

A las 19 horas, 36 minutos, 18 segundos, Vd dobla el billete de 10 euros con las dos manos.

A las 19 horas, 36 minutos, 19 segundos, Vd esconde el billete en su mano derecha.

A las 19 horas, 36 minutos, 21 segundos, se guarda el billete en el bolsillo derecho del pantalón de su uniforme de trabajo."

La grabación visualizada en el acto del juicio obra al acontecimiento 89 del expediente digital.

QUINTO.- En la empresa está terminantemente prohibido que las personas trabajadoras que están en tienda manipulen dinero en efectivo propio, y que se guarden ningún tipo de dinero en efectivo, ni propio, ni procedente de la caja en el uniforme.

(Testificales señor Luis Alberto y señora Agustina)

SEXTO.- La actora no ostenta cargo sindical.

(No controvertido)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo la empresa se ha opuesto al escrito de ampliación de la demanda que el actor realizó en fecha dieciocho de abril pasado. La demandada entiende que hay una variación sustancial de la demanda.

Se ha rechazado esta excepción con base en la doctrina unificada del Tribunal Supremo de la que resulta exponente la STS 11-06-2020 (rec. 27/2019), en que se decía lo siguiente:

"Quinto. Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la variación sustancial de la demanda que se realiza con anterioridad al juicio y ha entendido que no es identificable con la regulada en el artículo 85.1 de la LRJS . La sentencia contiene el siguiente razonamiento: "Ni es dable causar indefensión a la parte demandada desconociendo el carácter de variación sustancial de los nuevos contenidos del petitum ni lo es causar indefensión a la parte actora identificando la variación sustancial producida con la que tiene lugar en el acto del juicio vedándole toda posible eficacia cuando el acontecer histórico procesal acredita una presentación del escrito de ampliación de 29-01-2016 antes de la celebración del juicio oral que tuvo lugar el 2-03-2016



permitiendo al órgano de instancia dar traslado a la parte demandada al igual que se había hecho con la demanda original y la documentación que la pudiera acompañar sin reservar su noticia para el momento del juicio oral.

El principio de tutela judicial efectiva identificado como derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución Española debe conducir la resolución del litigio a la estimación del recurso pues efectivamente nos hallamos ante una variación sustancial si bien con una distinta consecuencia, la de que la nulidad de las actuaciones las retrotraiga al momento de presentación del escrito de ampliación a fin de que por el Juzgado de lo social se acuerde su traslado y la celebración de nuevo juicio".

Sexto: Ante la falta de regulación expresa de la cuestión examinada, a tenor de lo establecido en la DF cuarta de la LRJS y artículo 4 LEC, hemos de acudir a la regulación contenida en esta última norma. El artículo 401.2 de la LEC permite ampliar la demanda antes de la contestación para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados, por lo tanto, resulta ajustado a derecho ampliar la demanda, tanto por acumulación de acciones como por ampliación de los demandados."

Lo que acontece en este caso es que la parte actora presentó un escrito de ampliación el que, con alegación de la vulneración de Derechos Fundamentales, pretendía la calificación del despido como nulo.

Es cierto que esta actuación procesal de la actora se hace con muy poco tiempo de antelación al juicio, pero, también lo es, que al juzgado dio traslado de dicha ampliación a la empresa demandada que conoció con cinco días de antelación al juicio el pedimento de la actora y el fundamento del mismo, con lo que ninguna real y concreta indefensión se le ha causado.

Como consideración adicional es de significar que la empresa ocultó en la carta de despido que las imágenes hubieran sido obtenidas mediante la colocación ad hoc de unas cámaras que enfocaban directamente a la Caja número 13 en que prestaba servicios la demandante con lo que, la propia empresa, fue quien motivó, omitiendo este dato en la carta de despido, que la actora no pudiera argumentar la falta de validez de esta prueba en la demanda.

La demandante, aún desconociendo este dato, que ha surgido a la vista del alegato inicial de la empresa demandada, alegó la vulneración de su derecho a la intimidad, al entender que se había producido un quebranto en su Derecho a la Protección de Datos, y se produjo la debida contradicción en este sentido con plena igualdad de armas procesales.

En consecuencia, ningún óbice procesal existe para que se haya dado validez a la ampliación objetiva y argumental promovida por la demandante por escrito de 18 de abril de 2023.

SEGUNDO.- La prueba practicada ha sido valorada en conciencia por este juzgador conforme al artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, habiéndose deducido los hechos declarados probados de la prueba documental obrante en autos, aportada por las partes y de la testifical practicada.

No son discutidos antigüedad, categoría y salario, habiendo quedado acreditados los hechos en que se basa en despido y que se contienen en la carta a la vista de las grabaciones aportadas y de la prueba de reproducción de la imagen.

En relación con esta prueba y más concretamente con su validez, se centra uno de los motivos de impugnación del despido que se han expuesto en el escrito ampliatorio en que se postula la nulidad por quebranto de la indemnidad del demandante y de su derecho a la intimidad.

El artículo 18 de la Constitución, entre otras cosas, garantiza el derecho a la propia imagen y en su apartado cuarto exige limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos.

El Tribunal Constitucional despejó cualquier duda al respecto en su Sentencia 94/1998, de 4 de mayo señalando que la protección de datos debe considerarse un Derecho Fundamental, por el que se garantice a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera que sean, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta forma, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención.

Por su parte, la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, lo considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.



Idéntico rango de derecho fundamental alcanza a nivel comunitario, donde se recoge en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Actualmente el tratamiento de datos personales, entre los que se encuentra lógicamente la imagen, se regula en el Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y a nivel nacional en LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Frente al derecho ciudadano a la protección de sus datos personales, se alza el derecho a la tutela judicial efectiva, que supone la facultad de las partes procesales de usar cuantas pruebas considere necesarias en apoyo de sus intereses, más concretamente, y en el ámbito laboral, como nos recuerda la STS 817/2021 de 21 de julio, sobre el empresario recae la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo en aplicación estricta del artículo 105.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, esto es a la empresa también debe garantizársele su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Lógicamente este derecho no resulta ilimitado en tanto cualquier prueba obtenida con vulneración de los Derechos Fundamentales resulta nula y sin efecto alguno (artículo 11.1 LOPJ).

Por tanto, el uso de una prueba de captación de imagen que no se ajuste a la normativa de protección de datos no debería, en principio, surtir efecto alguno.

Las matizaciones legales y jurisprudenciales de esta máxima son objeto de análisis en las próximas líneas:

El artículo 89 de la Ley Orgánica 3/2018, dice lo siguiente:

"1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley."

La Ley deja claro que el destino de las imágenes obtenidas ha de servir a efectos del control propio del poder de dirección consagrado en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, lo que implica su prohibición de uso a cualquier otro efecto, y el segundo límite, que es el que ahora nos importa, es que el empresario está obligado a informar previamente de forma expresa clara y concisa sobre esta medida.

Luego, en principio, la ley exige que la videovigilancia deba ser informada.

Más que un matiz, encontramos una aclaración en el siguiente párrafo, y es que para los casos de acto ilícito flagrante basta el dispositivo regulado en el 22.4 de la Ley, que, colocado en lugar visible, informa de la existencia de cámaras grabando con la identidad del responsable del tratamiento y la información de poder ejercitar los derechos inherentes a la protección de datos.

Hasta aquí, la cuestión no se presenta como demasiado problemática.

En suma, la grabación ha de ser informada, se veda por completo que se instalen estos dispositivos de videovigilancia en lugares de intimidad más reforzada que el puesto de trabajo y la instalación no se puede deber a otro motivo que el control de la actividad laboral ni emplearse para otros usos.

Un matiz importante es considerar que lo dicho son obligaciones de la empresa a nivel general y su contravención puede dar lugar a ilícitos sancionables por la Administración en materia de protección de datos, e incluso a una indemnización por vulneración del Derecho Fundamental a la intimidad, pero, en lo referido a la



prueba en un procedimiento de despido las cosas tienen un matiz diferente que pasamos a ver a continuación, y que es el contenido del párrafo segundo del ordinal primero de este artículo:

"En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica."

Resulta evidente que un despido disciplinario sólo se puede justificar en la realización de un acto ilícito por parte del trabajador despedido, por lo que este párrafo está expresamente predeterminado a la cuestión que nos ocupa de forma que se puede pensar que un empresario que no informó expresamente a sus trabajadores de que estaban siendo grabados puede fundamentar un despido si éstos cometen un acto ilícito siempre y cuando exista el clásico cartel estándar que anuncia, en general, de la presencia de cámaras y que tiene regulación reglamentaria en la Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos.

La casuística puede ser muy variada, pensemos por ejemplo en un empleado de una oficina al que, de ordinario, no se graba en su puesto de trabajo, pero que comete el ilícito en los almacenes de la empresa que vienen protegidos contra el robo por cámaras de seguridad. Dichas cámaras no se han instalado para vigilar a los trabajadores sino a terceros que puedan cometer un robo, y en consecuencia no se ha informado a los trabajadores de su existencia, pero captan el ilícito, la prueba es plenamente válida siempre y cuando exista el cartel que, genéricamente, informa de la presencia de cámaras en la zona.

El tenor literal de la Ley no permitiría otra vigilancia que no fuera la informada en los términos que se han expuesto, sin embargo, la jurisprudencia europea, encontró la excepción a esta norma general y lo hizo la Gran Sala del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en Sentencia de 17-10-2019 (LÓPEZ RIBALDA II).

La referida sentencia examina la compatibilidad con el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (ROMA 1950), con esta denominada Vigilancia Encubierta.

Ya entonces, la normativa española exigía la previa advertencia o información al trabajador sobre la existencia de videovigilancia a pesar de lo cual el Tribunal ponderó que ante la existencia de una sospecha legítima de graves irregularidades la protección de intereses públicos y privados podría justificar la ausencia de una información previa y en consecuencia la instalación de cámaras de videovigilancia encubierta.

Al tribunal le resulta inaceptable que dicha vigilancia encubierta se lleve a cabo ante una mínima sospecha de robos u otras irregularidades, siendo exigible, en consecuencia, realizar una ponderación sobre la intensidad de la sospecha, una ponderación de los intereses en juego y, finalmente, lo que no es menos importante, si había otros medios idóneos para acreditar los hechos, que no resultaran invasivos del Derecho a la Intimidad del trabajador.

En consecuencia, y para la jurisprudencia comunitaria es admisible que el empresario no advierta al trabajador de la existencia ni del emplazamiento de cámaras de videovigilancia, resultando que esa falta de información no acarrea, necesariamente, la nulidad de la prueba en que se sustenta el incumplimiento laboral y su autoría y en consecuencia la acreditación de los hechos que llevan a confirmar la sanción empresarial.

La ponderación de intereses la señala el Tribunal Supremo en STS 21-07-2021 (rcud. 4877/2018), reiterada por STS de 25-01-2022 (rcud. 4468/2018), afirmando que comoquiera que el empresario es titular del derecho a la tutela judicial efectiva debe tolerarse el uso de la grabación encubierta como medio de prueba, sin perjuicio de la posibilidad del actor de hacer valer sus derechos en la vía administrativa o por la vía indemnizatoria del Derecho a la propia imagen.

Resulta de capital importancia la STS 22-07-2022 (rcud 701/2021) del Pleno que aplica la referida López Ribalda II, y nos dice lo siguiente:

"En primer lugar, la vigilancia encubierta tenía una justificación seria, habida cuenta del alcance de lo denunciado como cantidad sustraída en el domicilio familiar en el que prestaba servicios la empleada (30.000 euros y otras monedas y billetes antiguos sustraídos de una cámara fuerte, así como joyas). Debe tenerse en cuenta, además, que la cámara únicamente enfocaba al armario en el que estaba instalada la caja fuerte, sin que lo hiciera sobre ningún otro punto de la habitación ni del hogar familiar. Y debe señalarse, especialmente, la gran vulnerabilidad de la empleadora, al padecer la situación que se ha descrito en el apartado 2 del fundamento de derecho primero.

La videovigilancia era, así, una medida justificada e idónea para el fin perseguido.

En segundo lugar, el posible incumplimiento de la legislación de protección de datos tiene otras consecuencias y otras posibles protecciones, ya señaladas, que no se agotan en el debate sobre la validez de la prueba de videovigilancia en un proceso por despido.



Y, en tercer lugar y, sobre todo, la imposibilidad de que se considere en el proceso de despido la prueba de videovigilancia, que es a la conclusión a la que llega la sentencia recurrida, deja inerme a la empleadora, especialmente vulnerable como ya hemos dicho, para poder acreditar el grave incumplimiento acaecido y su autoría. No es fácil imaginar con qué otra prueba podrían acreditarse dichos incumplimiento y autoría, que la empleadora está obligada a probar en el juicio por despido (artículo 105.1 LRJS). Y como para la sentencia recurrida la prueba de la videovigilancia no puede ser tomada en consideración, la consecuencia que de ello extrae el TSJ es que no existe acreditación suficiente de la auditoría, acreditación que precisamente se había producido para la sentencia de instancia por el visionado de aquella prueba. Ello hace ver que, en el presente caso, la prueba de videovigilancia no solo era idónea, sino que era necesaria ("debido a la inexistencia de otro tipo de medios menos intrusivos para conseguir la citada finalidad", STS 1003/2021, 13 de octubre de 2021, rcud 3715/2018) y proporcionada al fin perseguido, por lo que satisfacía las exigencias de proporcionalidad que imponen la jurisprudencia del TEDH y de nuestro Tribunal Constitucional."

Nótese la aplicación recta que hace el Tribunal Supremo de la referida Doctrina comunitaria, primero análisis de ponderación e idoneidad de la medida, se tiene en cuenta que se han sustraído 30.000 euros, lo que es suficientemente grave como para justificar la medida, que la cámara únicamente enfocaba al lugar de los hechos, lo que sugiere que la medida no es en exceso invasiva de la intimidad del trabajador despedido dado que la grabación se reduce a un lugar muy concreto y finalmente, además, que la víctima era una persona muy vulnerable.

Tras el análisis de idoneidad, el Tribunal menciona, en tan solo dos líneas, la posibilidad que asiste al trabajador de hacer valer su Derecho Fundamental por otros medios distintos a la impugnación procesal de la validez de la prueba.

Y finalmente, lo que, en sede de instrucción penal, se conoce como "excepcionalidad y necesidad de la medida" esto es que no existan otros medios menos gravosos o intrusivos para acreditar los hechos.

Tras el análisis de todas estas circunstancias concurrentes, el Tribunal Supremo consideró que la prueba de videovigilancia encubierta debía considerarse válida.

Finalmente termina distinguiendo, nuevamente, entre los dos tipos de videovigilancia, por una parte la que se instala de forma permanente en cuyo caso es ineludible la obligación de información a que se alude en el artículo 89.1 de la Ley Orgánica 3/2018, y aquella otra que se instala ad hoc ante la existencia de fundadas sospechas de la comisión de un ilícito grave, y cuya comisión sería imposible descubrir si se informase previamente al presunto culpable, como es el caso analizado por el Tribunal. Todo ello de conformidad con la Doctrina López Ribalda II, y con mención de la STC 39/2016.

En este caso, hay que analizar la concurrencia de los exigidos requisitos a fin de determinar si la prueba puede o no aceptarse:

1. Existencia de sospechas fundadas: la empresa, de forma seria y precisa, a través de un departamento concreto y ajeno a la tienda, analizó la posibilidad de que la hoy demandante estuviera sustrayendo dinero de las cajas de manera ilícita y lo hace tras contrastar los datos de anulaciones de productos asociados a su número de vendedora, con los inventarios de la tienda a la vista de los cuales comprueba que faltan dichos productos anulados. Tras ello concluye que la existencia de descuadres frecuentes que se han ido produciendo a lo largo de los meses de mayo y junio de dos mil veintidós puede deberse, fuera de toda duda razonable, a una sustracción habitual de dinero de la caja por parte de dicha vendedora tras la realización de una operación de anulación fraudulenta tendente a evitar que se apreciara un descuadre de la caja.

2. Idoneidad y proporcionalidad de la medida: es de resaltar que las cámaras de han colocado en un lugar público como es la caja de la tienda que está habitualmente a la vista del público en general, por lo que la medida no puede sino calificarse de muy poco invasiva. Además, y respecto de la proporcionalidad hay que significar que el objeto de esta medida no es otro que descubrir la sustracción habitual de pequeñas cantidades de dinero de la Caja por parte de la trabajadora. No es relevante en este caso que las sustracciones resulten de pequeña cuantía en tanto lo verdaderamente grave es que dicha sustracción se produzca por el quebranto a la confianza empresarial y la buena fe contractual que ello produce.

3. Excepcionalidad y necesidad de la medida: Nótese como la grabación se ciñe a los momentos en que la demandante está desarrollando sus funciones de cajera y en consecuencia potencialmente puede cometer la conducta ilícita, por lo que la vigilancia no se extralimita de su genuino objetivo de descubrir esta conducta. Es además necesaria, en tanto, no existe otra medida menos invasiva para corroborar la conducta defraudatoria de la demandante.

En suma, la prueba de videovigilancia resulta válida al cumplirse plenamente los requisitos jurisprudencialmente exigibles para dicha validez.



TERCERO.- Rechazando los argumentos de nulidad de la parte actora por lo dicho en el punto anterior respecto del Derecho a la Intimidación, y porque no hay un solo indicio de quebranto del Derecho al Indemnidad de la actora, hemos de entrar en el fondo del asunto.

Lo que se ha acreditado, colmando con ello las exigencias del artículo 108.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, son las imputaciones de la carta de despido y que suponen la existencia de diversas sustracciones de dinero de la caja por parte de la demandante, sirviéndose del artificio de anular compras de productos que efectivamente se pagan y se llevan los clientes pero que no figuran como transados en las operaciones de caja, evitando, con esta artimaña, el descuadre de la caja.

Se aprecia claramente como la demandante realiza las operaciones de caja, y finalmente sustrae los billetes de cinco o diez euros, equivalentes a las operaciones anuladas, y se los guarda en el bolsillo del uniforme, conducta, la de manejar dinero en efectivo absolutamente rechazada por el resto de las cajeras, como avala el testimonio de la propia representante de los trabajadores (testigo Doña Agustina) con la elocuente afirmación de que "jamás" se debe guardar dinero en efectivo en el uniforme de trabajo.

El artículo 33 C4 del Convenio Colectivo califica como muy grave, y por tanto sancionable con el despido:

"El robo, hurto o malversación cometidos tanto a la empresa como a los compañeros/as de trabajo o a cualquier persona dentro o fuera de la Empresa, sea cual fuere el importe..."

En consecuencia, la tipicidad de la conducta está fuera de toda duda, como también lo está la gravedad de la misma, al respecto la jurisprudencia unánime y pacífica ha dicho (por todas en STS de 19-07-10 que resume la existente en la materia) que:

"A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual;

B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe;

C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados;

D) Igualmente carece de trascendencia y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo.

E) Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas;

F) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la "gravedad" con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias



concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado."

Y este caso lo que consta es una clara quiebra de la buena fe y razonable pérdida de la confianza empresarial en el trabajador, por lo que no cabe graduación alguna de la falta cometida que, consecuentemente a ello viene tipificada como muy grave en la norma colectiva.

Se debe, en consecuencia, convalidar la decisión empresarial declarando la procedencia del despido.

CUARTO.- Contra la presente Sentencia cabe recurso de suplicación al tratarse de procedimiento por despido.

En atención a lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, y en virtud de los poderes que me han sido conferidos por la Constitución Española,

FALLO

DESESTIMANDO la demanda de despido interpuesta por Doña Frida , declaro el despido impugnado como PROCEDENTE, absolviendo a la empresa demandada de todos los pedimentos deducidos en su contra.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito presentado en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en SANTANDER a nombre de esta Oficina Judicial con el núm. 1381 0000 65 073322, debiendo indicar en el campo concepto "recurso" seguido del código "34 Social Suplicación", acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como; en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, deberá consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario a primer requerimiento indefinido por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Oficina Judicial con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.