

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, Sentencia 1146/2020 de 1 Jun. 2020, Rec. 4152/2018

Ponente: López Bermejo, Óscar.

Nº de Sentencia: 1146/2020

Nº de Recurso: 4152/2018

Jurisdicción: SOCIAL

Nº 9733, Sección Jurisprudencia, 11 de Noviembre de 2020

ECLI: *ES:TSJAND:2020:6877*

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El TSJ Andalucía desestima el recurso de suplicación interpuesto y reiterando lo fallado por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla, declara nulo el despido disciplinario.

Recurso nº 4152/2018-A-L Sent. Núm. 1146/2020

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMOS. SRES./ ILMA SRA.:

DON EMILIO PALOMO BALDA

DOÑA EVA M^a GÓMEZ SÁNCHEZ

DON OSCAR LÓPEZ BERMEJO

En Sevilla, a uno de junio de 2020.

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los/la Ilmos/a. Sres/ra. Magistrados/a citados/a al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 1146/2020

En el recurso de suplicación interpuesto por Securitas Seguridad España, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 9 de los de Sevilla, autos nº 674/2017 (LA LEY 246380/2017); ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don OSCAR LÓPEZ BERMEJO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- : Según consta en autos, se presentó demanda por D. Maximo contra Securitas Seguridad España, S.A., sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 03/09/2017 por el Juzgado de referencia, en la que se estimó la demanda.

SEGUNDO.- : En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" **PRIMERO.-** D. Maximo, mayor de edad y con DNI NUM000, viene prestando servicios retribuidos por cuenta y dependencia de la empresa SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA , S.A., desde el 1/01/06, con categoría profesional de vigilante de seguridad, percibiendo un salario diario a efectos de despido de 51,06 euros, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo estatal para las empresas de seguridad.

Se dan por reproducidas, las nóminas unidas al folio 56 a 64 de los autos.

SEGUNDO.- La parte demandante, desempeña su actividad profesional con centro de trabajo en el el Centro de control de FIBES, tratándose, dicho centro de control, de un despacho cerrado en el que tan sólo se encuentra la parte demandante durante la prestación de su servicio. La labor de la parte demandante consiste en el control de las imágenes que se reproducen en las distintas pantallas que se encuentran a su cargo en la recepción de avisos y llamadas telefónicas.

También en dicho centro de control, la parte demandante se cambia de ropa. La jornada de trabajo de la parte demandante se extendía desde las siete de la tarde hasta las siete de la mañana.

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

TERCERO.- Mediante escrito de fecha 25 de mayo de 2017, la empresa

demandada comunicó a la sección sindical CSIF, a la que se encuentra afiliada la parte demandante, los hechos relacionados con la parte demandante, acaecidos los días 23, 28 y 30 de marzo, 11, 7 Y 12 de abril, 6 y 12 de mayo de 2017, indicando que la parte demandante teniendo un servicio desde las 7 de la tarde hasta las 7 de la mañana, no realizar su servicio de forma convenida al no prestar atención al servicio, al descalzarse, al no cumplir con las normas básicas de uniformidad, por dedicarse a ver películas en un dispositivo móvil y por dormirse durante el horario de servicio, indicando en cada día las concretas horas en las que ocurren los hechos que se le imputan, indicando a dicha sección sindical que los hechos podían ser constitutivos de una falta laboral y ser objeto de sanción disciplinaria concediendo a la sección sindical el plazo de tres días para realizar escrito de descargo (folios 66 a 67 vuelto).

La sección sindical CSIF formuló escrito de alegaciones, sosteniendo la falsedad de los hechos e interesando que fuera cerrado el expediente sin sanción y en otro caso interesando aplicar, proporcionalmente, la sanción y que fuera impuesta en grado mínimo (folios 68 y 69).

TERCERO.- La empresa demandada, mediante escrito de fecha, 5 de junio de 2017, comunicó a la parte demandante su despido por causas disciplinarias, con fecha defectos de 5 de junio de 2017, por los hechos ocurridos los días los días 23, 28 y 30 de marzo, 11, 7 Y 12 de abril, 6 y 12 de mayo de 2017, indicando que la parte demandante teniendo un servicio desde las 7 de la tarde hasta las 7 de la mañana, no realizar su servicio de forma convenida al no prestar atención al servicio, al descalzarse, al no cumplir con las normas básicas de uniformidad, por dedicarse a ver películas en un dispositivo móvil y por dormirse durante el horario de servicio, indicando en cada día las concretas horas en las que ocurren los hechos que se le imputan, comunicando la parte demandante que tuvo conocimiento de los hechos el día 15 de mayo, que tales hechos eran constitutivos de faltas muy graves consistente en deslealtad, fraude y abuso de confianza prevista en el artículo 55.4 del convenio aplicable, abandono de puesto de responsabilidad una vez tomada posesión del mismo, previsto en el artículo 55.12 del convenio, disminución voluntaria y continuada del rendimiento previsto en el artículo 55.13 del convenio, así como desobediencia a las órdenes dadas, abuso de confianza y trasgresión de la buena fe contractual prevista en el artículo 54 ET,

procediendo a sancionar la parte demandante con el despido disciplinario.

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

Se da por reproducida la carta de despido unida a los folios 26 a 30 de los autos.

CUARTO.- La empresa demandada comunicó tanto a la sección sindical, a la que se encuentra afiliada la parte demandante, como al Comité de empresa, el mismo día 5 de junio de 2017, la carta de despido de la que se hizo entrega la parte demandante.

QUINTO.- La empresa demandada, en el centro de control donde prestaba su actividad profesional, la parte demandante instaló, en fecha no determinada, una cámara de grabación de la imagen, ocultando su ubicación y su existencia, procediendo a grabar a la parte demandante durante la prestación de su servicio, así como, procediendo a grabar los momentos en los que la parte demandante se quitaba la camisa correspondiente al uniforme para ponerse la ropa de calle (1_3_Camara16_FIBES 1_3_20170506055436_ 20170506062817_1168999, minuto 14:40", del document USB unido al ramo de prueba de la parte demandada).

En fecha 26 de febrero de 2015, la empresa demandada comunicó el Comité de empresa y a las secciones sindicales el contenido de los documentos unidos a los folios 144 a 149 de los autos, que se dan por reproducidos al objeto de integrar los hechos probados, en el que se indicaba que:

"Aún cuando en el desarrollo de nuestra actividad somos todos conocedores de que las cámaras que están instaladas en los edificios en los que trabajamos están conectadas a sistema de grabación de imágenes, es importante que exista una comunicación expresa por parte de la empresa sus trabajadores para que éstos sean conocedores de su existencia, de su real funcionamiento y del uso que, las imágenes captadas pueden tener.

A tal fin se pasará a la firma el documento colectivo que, en borrador les acompañamos, haciéndose entrega al trabajador que lo solicite y una copia del

texto que contiene. Como pueden observar, el texto sólo transmite una realidad de la que todos somos conscientes.

Quedamos, no obstante, a su entera disposición para cualquier aclaración que puedan precisar...".

SEXTO.- En la fecha del despido, la parte demandante contaba con 59 años de edad resultando que existían en dicha fecha otros trabajadores que contaban con mayor edad de la parte demandante también contratados como vigilantes de seguridad (escalafón unido al folio 72 a 77 vuelto).

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

SÉPTIMO.- La parte demandante no ostenta la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa ni delegado sindical.

OCTAVO- . En fecha 27/06/17 se presentó papeleta de conciliación, llevándose a cabo el acto el día 4/08/17 sin avenencia.

Se da por reproducida la papeleta de conciliación unida al folio 32 de los autos."

TERCERO.- : Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, que ha sido impugnado por la parte demandante.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.- En fecha 3 de septiembre de 2017 el Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla dictó sentencia estimatoria de la demanda formulada por la actora del proceso, y declara la nulidad de despido sobre la base de resultar vulnerado el derecho fundamental a la intimidad, desestimando la petición de nulidad radicada en la vulneración del derecho a la igualdad en su dimensión de discriminación por razón de edad.

El Magistrado de primer grado, a los efectos de lo que es objeto del recurso de suplicación, razona que se ha producido la vulneración del derecho fundamental a la intimidad del trabajador, pues la mercantil recurrente introduce en la vista como medio de prueba para acreditar los hechos que provocan el despido del trabajador, las imágenes grabadas cuyo origen proceden de una cámara de grabación de la imagen colocada o instalada de manera oculta en el centro de control, lugar donde el despedido prestaba sus servicios, de forma que esta prueba ha sido obtenida de forma ilícita, y es la causa de la vulneración del derecho fundamental a la intimidad. Al mismo tiempo, el Juzgador de instancia rechaza la existencia de discriminación por razón de edad, al haber otros trabajadores mayores que el actor y que siguen prestando servicios en la empresa demandada.

Por la mercantil recurrente, se presenta escrito de suplicación, y entiende que concurre una causa de nulidad al amparo de la letra a) del art. 193 LRJS (LA LEY 19110/2011), solicita tres revisiones de hechos probados del precepto 193 letra b) LRJS (LA LEY 19110/2011), y dos infracciones en virtud de la letra c) del mismo texto procesal laboral.

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

Se presenta escrito de impugnación.

Segundo.- En primer lugar, debemos resolver la petición realizada por la impugnante, al entender que concurre una causa de inadmisibilidad al amparo del artículo 200.1 in fine LRJS (LA LEY 19110/2011), al existir doctrina unificada en asuntos sustancialmente iguales en el sentido de la sentencia recurrida.

En este punto, aun coincidiendo con la parte impugnante en la existencia de los diversos procedimientos dictados tanto por el TEDH como por nuestros TC y TS, en torno a la figura de la videovigilancia, sus requisitos, control y efectos en caso de incumplimiento de los presupuestos en el ámbito del derecho a la intimidad, debemos bajar al terreno de la casuística individual para poder analizar en cada caso si estamos dentro del criterio unificado de la Sala IV del TS, de forma que para ello debemos entrar a resolver el recurso interpuesto, con sus propios elementos de hecho, y no pudiendo admitir esta causa de inadmisibilidad.

Tercero.- A continuación, en cuanto al motivo de nulidad del art. 193 letra a), solicita la suplicante que se deben reponer los autos al momento en el cual se haya cometido la infracción de normas sustantivas o garantías del procedimiento, en que se le ha producido indefensión.

Alega la mercantil recurrente, que se ha vulnerado el artículo 80.1 letra c) LRJS (LA LEY 19110/2011), por haberse alegado en el acto de la vista hechos que no se recogen en la demanda, y que son determinantes para el dictado de la sentencia, generando asimismo en esta resolución recurrida la figura de incongruencia "extra-petitum", por vulneración del artículo 218 LEC (LA LEY 58/2000), y artículo 24 CE. (LA LEY 2500/1978) En su escrito de suplicación la mercantil entiende que la alegación de vulneración del derecho fundamental a la intimidad fue sorpresivamente planteada por primera vez en el acto del juicio, de forma que, defiende la recurrente, se le ha privado de la necesaria garantía de defensa, por cuanto es difícil que pueda proponer y practicar prueba alguna tendente a desvirtuar un hecho alegado de contrario, que no fue planteado en el escrito de la demanda, ni fue objeto de litigio, causando un quebranto a la igualdad de oportunidad de las partes en el proceso.

En este punto, en cuanto a la nulidad instada por la suplicante, debemos recordar, como señalamos en otras sentencias de este TSJA con sede en Sevilla (sentencia nº 2638/2018, entre otras), que es criterio jurisprudencial reiterado que la nulidad de actuaciones en cuanto suponen una frustración, aunque sea provisional del proceso seguido en la instancia, con el consiguiente estado de insatisfacción para los justiciables por lo que se refiere a la obtención de una resolución fundada en derecho que dé

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

respuesta a las cuestiones debatidas en el litigio sin dilaciones indebidas, constituye un remedio procesal que ha de ser manejado con el mayor cuidado y ponderación, no llevándose más allá de los límites impuestos por el propio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que la Constitución Española, en su artículo 24.1 (LA LEY 2500/1978), proclama y garantiza.

Por tanto, la nulidad de actuaciones es una medida excepcional que ha de acordarse con criterio restrictivo procediendo solo cuando realmente se produce infracción de normas o garantías procesales, que causen indefensión para alguna de las partes litigantes y se haya formulado si el momento procesal lo permite la oportuna protesta.

En este sentido el Tribunal Supremo ha declarado, entre otras en la sentencia de 9 marzo 2015 (RJ 2015792) que: " *la nulidad de actuaciones constituye una medida excepcional que debe quedar reservada para casos extremos de una total indefensión, de modo que no basta que se produzca una vulneración de normas procesales sino que es preciso que ello haya determinado una indefensión material a la parte que la invoca, ya que la nulidad no deriva de cualquier infracción o vulneración de normas procesales sino de que esta vulneración le haya producido al interesado un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa. Como dice el Auto del TC 3/1996, de 15 de enero (LA LEY 1989/1996) (RTC 1996, 3 AUTO) "Para que las irregularidades procesales produzcan el radical efecto de nulidad de actuaciones es preciso que..... la indefensión que produzcan ha de ser material y efectiva y no simplemente posible", es decir, que el citado defecto haya causado un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 43/1989 (LA LEY 554/1989) (RTC 1989, 43)) pues el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos con cualquier infracción de normas procesales".*

Y yendo más allá, en cuanto a la alegación de variación sustancial, debemos señalar que la STS 354/2016 de 28 abril, (rcud 3229/2014 (LA LEY 79115/2016)) contiene la más reciente doctrina en la materia, y con arreglo a la que en estos casos el examen del recurso requiere partir del análisis de los requisitos exigidos por el artículo 80 LRJS (LA LEY 19110/2011) en cuanto al contenido de la demanda, cuyo apartado 1. c) especifica que habrá de contener necesariamente " *la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquéllos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas*", añadiendo el mentado precepto que " *en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o en la*

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

reclamación administrativa previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la sustanciación de aquéllas". Correlativamente, de manera específica y desarrollando esas previsiones generales, el artículo 85 LRJS (LA LEY 19110/2011) aborda la actuación procesal de demandante y demandado en el acto de juicio y especifica respecto al primero que " ratificará o ampliará su demanda aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial", constituyendo esta previsión la manifestación del principio de igualdad de armas que ha de regir en todo proceso laboral, integrado dentro del derecho a un proceso con todas las garantías aun cuando no se mencione expresamente en el texto constitucional, y vinculado al derecho a no sufrir indefensión (STC 226/2000 (LA LEY 11302/2000)) " Dichos mandatos normativos -se dice literalmente en la STS citada- son plenamente adecuados y responden a la doctrina constitucional que respecto a la alteración sustancial de los elementos del juicio (causa petendi y petitum) ha configurado el Tribunal Constitucional, y que comporta como consecuencia que el fallo jurisdiccional debe ajustarse a los términos en que las partes formulan sus pretensiones, adecuación que debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre (SSTC 88/1992 (LA LEY 55873-JF/0000)) siendo evidente que cuando el órgano jurisdiccional aprecie que es otra la norma aplicable u otras las consecuencias de la aplicación de la misma, ello no le permite en modo alguno modificar la causa petendi y, a través de ella, alterar de oficio, el contenido de la acción ejercitada (SSTC 144/1991 (LA LEY 55801-JF/0000))..."

Y unido a lo anterior, a tenor de la conexión que el recurrente hace entre la variación sustancial de la demanda con la incongruencia " *extra-petita*", es importante señalar sobre esta última cuestión, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que en su sentencia 41/2007, de 26 de febrero, dice: " *la incongruencia por exceso o extra petitum es aquella por la que "el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones. La incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos domini litis, conforman el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (petitum) y por los hechos o realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir (causa petendi)"*.

El Tribunal decide que el despido es nulo **el trabajador se cambiaba en esa habitación**, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

Expuestos los citados criterios jurisprudenciales, debemos destacar que lo ocurrido en el caso de autos en torno al derecho fundamental a la intimidad, es que en el momento de la proposición de prueba es cuando la recurrente, para acreditar la veracidad de los hechos recogidos en la carta de despido, pretende hacerse valer de las imágenes captadas por un sistema de grabación cuyo origen procede de una cámara oculta instalada en el centro de control donde presta los servicios el trabajador, y otros compañeros. Y es en este momento, cuando la parte actora tiene conocimiento de este medio de prueba, y no antes, de forma que alega en este acto procesal la inadmisibilidad de este medio de prueba por ser ilícita, conforme a lo dispuesto en los artículos 90.2 LRJS (LA LEY 19110/2011) y 11 LOPJ (LA LEY 1694/1985). Consecuencia de esta disputa nacida en este momento procesal, por el Magistrado de primer grado se acuerda tanto la práctica de este medio de prueba, como la diligencia final (folio 142), para que por la demandada/recurrente se aporte a los autos copia de la grabación unida a los autos mediante pendrive, y la comunicación que la empresa demandada hizo al comité de empresa relativa a la posibilidad hacer uso de las cámaras de vigilancia con el fin de controlar al personal, sin que por la recurrente se haya aportado tal comunicación a que fue requerida por el Juzgador de instancia, como así se valora y razonen el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida.

Lo expuesto es relevante, por cuanto el momento en el cual se pone de manifiesto, y se puede tomar conocimiento por parte del trabajador de la existencia de una prueba como ilícita, se produce cuando la empresa suplicante pone a la luz la existencia de la grabación, que era totalmente ignorada por la parte demandante, de forma que no se puede trasladar al trabajador la obligación de conocer un medio de prueba que era arcano por parte de la empresa demandada. Por ello, partiendo de este desconocimiento de la existencia de esta grabación, no es posible que la parte actora pueda recoger en su narración de hechos de la demanda cualquier referencia a este medio de prueba, sino que en cuanto se ha hecho valer por la demandada, es el momento procesal oportuno para alegar su ilicitud, haciendo las valoraciones oportunas en ese instante y en las posteriores conclusiones. Es más, el recurrente tiene posibilidad de plantear este medio de prueba, de hacer valoraciones al respecto, de aportar la documentación requerida por el Magistrado de instancia en su diligencia final, lo que pone de manifiesto una pulcritud en garantizar el derecho de defensa a las partes, en concreto, a la recurrente, sin que por ello se le haya causado indefensión. Así, lo que ha sucedido es el incumpliendo en la obtención de este medio de prueba de todas las garantías exigidas por la jurisprudencia expuesta en la sentencia recurrida, y a la que en otro fundamento de esta sentencia nos referiremos, lo que ha provocado la declaración de ilicitud de la grabación con fines de videovigilancia, y lo que provoca la

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

vulneración del derecho fundamental a la intimidad. De forma que, no se ha producido ninguna variación sustancial de la demanda, y en consecuencia, no es ninguna incongruencia "extra-petita" en la sentencia recurrida, que lo único que hace es resolver todas las cuestiones planteadas por las partes en el momento procesal oportuno.

Por todo lo expuesto, procede desestimar este motivo de nulidad.

Cuarto.- En cuanto a la revisión de hechos probados, debemos empezar por señalar que la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en su sentencia nº 676/2019 " *...el recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria y, a diferencia del recurso ordinario de apelación (en el que el Tribunal "ad quem" puede revisar "ex novo" los elementos fácticos y consideraciones jurídicas de la sentencia recurrida), dicho recurso -a modo de pequeña casación- no faculta al Tribunal sino para analizar los concretos motivos del recurso, que han de ser canalizados por la vía de los párrafos a), b) o c) del art. 193 de la LRJS (LA LEY 19110/2011) , según se articule una denuncia de normativa procesal, generadora de indefensión y que produce la consecuencia prevista en los números 1 y 2 del artículo 202 LRJS (LA LEY 19110/2011) , se denuncien yerros fácticos evidentes y trascendentes al fallo y/o, finalmente, se invoquen infracciones de normativa sustantiva o material, conllevando en estos dos supuestos, a diferencia del primero, las consecuencias contempladas en el número 3 del propio artículo 202 LRJS (LA LEY 19110/2011) .*

Así, dada esa extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación, asentada en constante jurisprudencia, aunque pudieran existir otras infracciones no denunciadas no pueden éstas ser consideradas por el Tribunal "ad quem", salvo en aquellos supuestos que, por su propia naturaleza, trascendieran al orden público procesal, dado el carácter de derecho necesario ("ius cogens") que conlleva su aplicabilidad incluso de oficio. Sin que quepa ignorar que corresponde exclusivamente a las partes la construcción e impugnación del recurso, pues una solución distinta equivaldría a atribuir al Tribunal "ad quem" la redacción "ex officio" del recurso o su impugnación, lo que pugna con el principio dispositivo o de justicia rogada y su consecuencia no podría ser otra que la lesión del principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) "

Además, debemos continuar recordando la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016, Recurso nº 3/2016, el recurso de suplicación solo puede limitarse a "*... a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados, cuando a la luz de ciertas pruebas...*" de carácter documental o pericial, se logre demostrar, lo que, sin duda, no es siempre fácil, esto es, que algún

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

extremo de la relación de hechos probados contenida en la sentencia, sea equivocado, pues no es dable pretender "... . Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, Rec. 166/2011 (LA LEY 83215/2012) , con cita de otras muchas)..."

La sentencia que acabamos de citar, recopila la doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta, en los siguientes términos:

"... En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009 (LA LEY 162092/2010)), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009 (LA LEY 195235/2010)), 5 de junio de 2011 (Rec. 158/2010 (LA LEY 98875/2011)), 23 septiembre 2014 (Rec. 66/2014 (LA LEY 152579/2014)) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS (LA LEY 19110/2011)) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas.

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

(...) Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/2012 (LA LEY 83644/2013)), 3 julio 2013 (rec. 88/2012 (LA LEY 120244/2013)), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013 (LA LEY 43185/2014)), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015 (LA LEY 28059/2016)) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).
2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.
3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.
4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental (o pericial) obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.
6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.
8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

(...) De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental o pericial, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento o dictamen de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998 (LA LEY 614/1999)). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento o del dictamen pericial entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.... "

Entrando a resolver las cuatro revisiones de hechos propuestas por la recurrente, seguiremos el orden de su escrito de suplicación, así:

1º En cuanto al hecho probado segundo de la sentencia, insta tres subrevisiones:

A) El suplicante pretende que se modifiquen el párrafo segundo para que se haga constar cuáles son las funciones en la vigilancia y protección del palacio de congresos de Sevilla, y ello en aplicación del artículo 71 de la Ley de Seguridad Privada. En este punto, no menciona ninguna prueba documental ni pericial tal como exige el artículo 193 letra b) (LA LEY 19110/2011) y 196 LRJS (LA LEY 19110/2011), para sustentar su revisión siendo suficiente esta razón para desestimarla. Pero además, no pone de manifiesto un error grave y grosero en la valoración de la prueba hace el Juzgador de primer grado, pues ya recoge las funciones y servicios del trabajador demandante.

B) Dentro de este hecho probado segundo, solicita una supresión del párrafo tercero, relativo a que el demandante se cambiaba de ropa en el centro de trabajo que fue objeto de grabación con la prueba indicada, al considerar que es irrelevante para el objeto de debate. Se debe desestimar esta petición, al no apreciar un error grave y grosero en la valoración que del conjunto de la prueba haya podido realizar el juzgador de primer grado, a lo que debemos sumar que sí es trascendente si en el centro de control era un lugar donde se cambiaban los trabajadores, y por lo tanto, debería estar ajeno a

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

cualquier tipo de intromisión al derecho a la intimidad por medio de un sistema de grabación, de ahí la trascendencia.

C) Finalmente dentro de este hecho probado segundo, solicita modificación del párrafo cuarto, con el fin de reflejar que el actor prestaba sus servicios en turno rotatorio, y se apoya en los folios 133 a 135, que son tres cuadrantes. En este punto, tampoco procede la modificación propuesta, dado que estos folios no tienen la cualidad de literosuficiencia para poder concluir que el actor estaba sometido a turno rotatorios, manteniéndose por tanto el hecho probado inalterado.

2º.- La segunda revisión de hechos declarados probados en la sentencia que solicita la parte recurrente, consiste en que al final del hecho probado tercero bis o hecho probado tercero "segundo" (se enumeran dos hechos probados distintos con el ordinal tercero), se haga constar que los hechos ahí descritos han quedado acreditados en virtud de la prueba documental y videográfica practicada en el acto del juicio.

En este sentido, no procede esta adición por cuanto los medios de prueba propuestos por la recurrente ni son hábiles al amparo del artículo 193 b) (LA LEY 19110/2011) y 196 LRJS (LA LEY 19110/2011), dado que no es una prueba documental sino que es un fotograma obtenido de una grabación, y porque la prueba videográfica ha sido declarada ilícita y así se mantiene en esta sentencia.

3º En tercer lugar, la suplicante solicita la modificación del hecho probado quinto, y para ello se basa en la prueba testifical que cita, no siendo éste un medio de prueba útil conforme hemos puesto en párrafos anteriores.

Quinto.- A continuación, al amparo del artículo 193 letra c) LRJS (LA LEY 19110/2011), la parte recurrente considera infringidos el artículo 20.3 ET, y los artículos 10 y 11 del Convenio Colectivo estatal para las empresas de seguridad (BOE de 18 septiembre 2015), dado que en estos preceptos se regula la facultad organizativa de la empresa, y entre ellas la posibilidad de adoptar la medida de vigilancia en control de los trabajadores para verificar el cumplimiento de sus deberes laborales. Razona la suplicante que esta facultad no es ilimitada, y que en el caso de autos la empresa recurrente ha cumplido todos los requisitos para considerar que su actuación es ajustada a la legalidad y no vulnera el derecho a la intimidad, entendiéndose que la sentencia de instancia infringe la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional número 186/2000 (LA LEY 9715/2000) y la sentencia de 3 de marzo de 2016 del mismo TC.

El Tribunal decide que el despido es nulo **el trabajador se cambiaba en esa habitación**, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

Para sostén de sus alegaciones, la recurrente recoge en su argumentario que por Juzgador de instancia se ha cometido un flagrante error en la apreciación de la prueba, en concreto, porque ha colocado a la empresa en la imposibilidad de practicar prueba sobre, según sus alegaciones, los hechos nuevos no reseñados en la demanda por la parte actora. En este punto, insiste la suplicante, que el Juez "a quo" parte de un supuesto erróneo al considerar la instalación de la cámara como oculta, sin que en ningún momento se acreditara en el acto del juicio esta circunstancia por ningún medio de prueba. De esta forma, este medio de prueba es lícito para acreditar la realidad de los hechos por los que fue sancionado el trabajador.

El presente tribunal no comparte los argumentos expuestos por la recurrente por la siguientes razones:

1º.- Porque como hemos resuelto en párrafos anteriores, no existe una variación sustancial de la demanda, ni error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de primer grado, de manera que toda la argumentación expuesta por el recurrente en torno a esta premisa decae, al ser desestimada la petición de nulidad en nuestra Sentencia.

2º.- No es cierto que no exista prueba valorada en la sentencia distancia, que permita al magistrado "a quo" atribuir la cualidad de ilícita a la forma de actuación de la empresa demandada al colocar una cámara oculta sin cumplir los requisitos legales y jurisprudenciales, pues en el fundamento jurídico primero de la resolución recurrida se expone con rotundidad que ni el trabajador ni los testigos que han depuesto en el acto de la vista, y que son trabajadores también de la empresa, tenían conocimiento de la colocación de esta cámara en el centro de control, a lo que añadir además que por la recurrente no se cumplimenta la diligencia final de aportar esa comunicación e información de la colocación de esta cámara a la parte demandante, al Comité de empresa y a las secciones sindicales.

3º.- En este punto, debemos destacar las exigencias marcadas por nuestro TC al respecto, cuando en su sentencia nº. 29/2013 de 11 febrero (LA LEY 11227/2013), que supuso un giro importante, posteriormente, matizado por la STC de 3 de marzo de 2016 (R. 7222/2013 (LA LEY 11275/2016)), se introduce el análisis del derecho a la protección de datos del art. 18 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) y estimarse que podía existir vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal cuando se tratan datos de imágenes captadas por las cámaras de video-vigilancia instaladas en el recinto universitario para una finalidad, la supervisión laboral, de la que no se informó al trabajador (STC 292/2000 (LA LEY 11336/2000)). Considera la sentencia que la utilización de las grabaciones con fines de supervisión laboral sin haber informado al trabajador de dicho tratamiento,

El Tribunal decide que el despido es nulo **el trabajador se cambiaba en esa habitación**, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

vulneró el derecho a la protección de datos de carácter personal del recurrente, pues es necesaria la 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. Debió informarse sobre las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a ser realizado, explicitando que podía utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. Añade la sentencia que no existe indicio de que la finalidad del tratamiento de los datos fuera el control de la prestación laboral, pues las cámaras de video-vigilancia instaladas respondían a una medida de seguridad y estaban ubicadas en los vestíbulos y zonas de paso público y no en las dependencias donde se desarrollaba la prestación laboral.

También debemos destacar la sentencia de la Sala IV del TS de 13 de mayo de 2014 (R. 1685/2013 (LA LEY 76886/2014)), donde se declara la nulidad del despido por la falta de notificación de la finalidad de controlar con las cámaras la actividad laboral.

Además, la sentencia recurrida no es contraria a los criterios fijados en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016 (LA LEY 11275/2016) (RA 7222/2013), pues ésta estima que no se ha violado el derecho a la protección de datos porque, dada la existencia de relación laboral entre las partes, no era preciso el consentimiento individual de los trabajadores, ni el colectivo, para la adopción de una medida de control de la actividad laboral y que la obligación de informar previamente del dispositivo instalado quedaba cumplida con la colocación del correspondiente distintivo avisando de su existencia, razón por la que acaba concluyendo que el proceder de la empresa supera el juicio de proporcionalidad.

Pero en el caso de autos, que vemos en esta fase de suplicación, no se dan las mismas circunstancias fácticas que en el supuesto resuelto por nuestro TC en su sentencia de 3 de marzo de 2016, al no haber instalado distintivo de aviso.

Lo anterior nos lleva a desestimar este motivo, pues ni se informa ni notifica a los sujetos exigidos a que se refieren las sentencias indicadas de la instalación de la cámara en el centro de control, menos que fuera con fines de control y sanción, y además, no consta la presencia de distintivos de advertencia de estar instalada la cámara en esa zona.

Sexto.- Finalmente, al amparo del art 193 letra c), la recurrente considera infringidos el arts 54.2 letra d) ET, y los preceptos 55 y 56 del Convenio de aplicación.

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

Pretende que se califique el despido como procedente, y se sustenta para ello en el éxito de la revisión propuesta sobre el hecho probado tercer "bis" o "segundo" de la sentencia, de forma que el fracaso de esta modificación, junto con el mantenimiento íntegro de los hechos probados de la sentencia, la convalidación de ser ajustada a derecho la declaración de ilicitud de la prueba de grabación en los términos expuestos por el Magistrado de instancia, que lleva a considerar el despido como nulo, impide a esta Tribunal resolver sobre esta infracción, pues estaríamos convalidando el "supuesto de la cuestión" planteado por la recurrente.

Procede desestimar este motivo.

Séptimo.- En consecuencia, no habiendo incurrido la sentencia de instancia en las infracciones denunciadas, se impone, con previa desestimación del recurso, la confirmación de dicha resolución, y procede la condena en costas a la parte recurrente (art. 235 LRJS (LA LEY 19110/2011)).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación la mercantil SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA S.A. contra la sentencia de 03.09.2017 (LA LEY 246380/2017) por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla en los autos nº 674/2017, confirmando lo resuelto en la misma.

En materia de costas, se impone a la recurrente en la cuantía de 600 euros, derivadas de la asistencia Letrada del demandante original.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS (LA LEY 19110/2011) .

El Tribunal decide que el despido es nulo el trabajador se cambiaba en esa habitación, así que la prueba es nula porque NO CUMPLE con el requisito de necesidad ya que afecta al derecho a la intimidad del trabajador por ese motivo.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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