

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA***Sentencia 3773/2018, de 18 de diciembre de 2018**Sala de lo Social**Rec. n.º 3206/2018***SUMARIO:**

Suspensión de empleo y sueldo por la comisión de una falta laboral muy grave (realizar una pintada en el vestuario de hombres aludiendo a una compañera de trabajo mediante una ofensa encubierta). Realización por la empresa de prueba caligráfica con aportación al perito de documentos del trabajador en el que constaban datos personales del mismo. Vulneración del derecho a la intimidad. Inexistencia. La aportación al perito calígrafo de documentos del trabajador que obraban en poder de la empresa para realizar el cotejo de letras, aun cuando alguno de ellos contuviera datos personales que afectaran a su intimidad, constituye una medida idónea para lograr el fin propuesto por la compañía: determinar la autoría de las pintadas que habían ofendido la dignidad de una trabajadora antes de decidir el ejercicio de la potestad sancionadora. También se muestra dicha medida necesaria, pues debía practicarse dicha prueba con carácter previo a la incoación de expediente sancionador y, realmente, no había otra medida para la consecución del mismo propósito con igual eficacia pero más moderada. Por último, se cumple el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues con el informe pericial caligráfico emitido, la empresa utilizó documentos que habían sido previamente facilitados por el trabajador, de los que solo uno de ellos contenía datos que podían afectar a la intimidad del mismo. Además, la difusión de tales datos fue mínima, ya que solo se facilitaron al perito y para un fin concreto y con el resultado de tal informe la empresa podía decidir hacer uso de su potestad disciplinaria de manera fundada y podía luego defender en juicio de manera razonable la procedencia de la sanción impuesta. En consecuencia, la empresa demandada no vulneró los derechos fundamentales del actor al recabar una pericial caligráfica facilitando para ello una serie de documentos con textos manuscritos que el trabajador había entregado a la propia empresa en el marco del contrato de trabajo y para el cumplimiento y ordenación de las obligaciones de las partes. De hecho, con esos mismos objetivos es por lo que la demandada acordó la pericial caligráfica, no habiendo utilizado tales datos para otra finalidad y tampoco desde luego el perito tercero al que se le facilitaron los mismos.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 18.

Ley Orgánica 15/1999 (Protección de datos de carácter personal), arts. 6, 11 y 27.

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 20.3.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 90.

PONENTE:*Doña María Isabel Saiz Areses.*

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/Dª. Teresa Pilar Blanco Pertegaz

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. María Isabel Saiz Areses

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Manuel Alegre Nueno

En València, a dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 003206/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2018, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 9 DE VALENCIA , en los autos 000235/2017, seguidos sobre SANCION, a instancia de Miguel Ángel asistido por el letrado D. Ricardo Arevalo Dominguez, contra OUTSOURCING FOR AUTOMOTIVE INDUSTRY 2004 SL representada por la letrada Dª. Amparo Bru Mundi, habiendo sido llamado el Ministerio Fiscal y en los que es recurrente Miguel Ángel , ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Dª. María Isabel Saiz Areses.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por D. Miguel Ángel contra la empresa OUTSOURCING FOR AUTOMOTIVE INDUSTRY 2007.S.L se confirma la sanción por FALTA MUY GRAVE impuesta al actor por escrito de fecha 8-2-17 absolviendo a la demandada de la pretensión en su contra deducida.

Segundo.

Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: PRIMERO.-Elactor , D. Miguel Ángel , con DNI NUM000 viene prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa OUTSOURCING FOR AUTOMOTIVE INDUSTRY 2007,.S.L, con CIF B-97.738.140, dedicada a actividad de fabricación, comercialización y distribución de piezas o elementos plásticos, metálicos y textiles para el automóvil , desde el día 22-8-2005, mediante contrato de trabajo indefinido a tiempo completo(39 horas semanales), categoría profesional de conductor de furgón y vehículo ligero y percibiendo un salario bruto mensual de 1.763,44euros, incluida la prorrata de pagas extras. Resulta de aplicación a las partes el Convenio Colectivo de Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Valencia. (Hecho conforme) SEGUNDO.- Que el actor es miembro del Comité de Empresa por el sindicato CGT .(Hecho conforme) TERCERO.- Que en fecha 2-2-17 la demandada comunicó al actor la apertura de expediente contradictorio y Pliego de Cargos, que se da por reproducido, por la supuesta comisión de una falta muy grave por realizar una pintada en los vestuarios de hombres , concretamente en el interior de la tercera puerta de los baños. En fecha 6-2-17 el Comité de Empresa presentó escrito de alegaciones , que se da por reproducido, manifestando básicamente que no se le había dado traslado de las pruebas que tenía la empresa para realizar tal imputación , lo que le generaba indefensión. (Hecho conforme , y Docs 1 y 2 de la parte actora acompañados a la demanda) CUARTO.-Que en fecha 8-2-17 la empresa demandada comunicó al actor carta de sanción del siguiente tenor literal: "Muy Sr Nuestro : Por medio de la presente ponemos en su conocimiento la decisión empresarial e sancionarle con una suspensión de empleo y sueldo de 30 días, por la comisión de una falta laboral muy grave , de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.2.b),c) y d) del Estatuto de los Trabajadores y 68,3 , 4 y 5 del Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera, de la provincia de Valencia que resulta de aplicación .En este sentido, el pasado día 02 de Febrero de 2017 , Usted recibió comunicación de la decisión adoptada OUTSOURCING FOR AUTOMOTIVE INDUSTRY 2007,S.L(en adelante , la Compañía o "OUTSOURCING") de proceder a la apertura de expediente disciplinario, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 73 del Convenio Colectivo de aplicación, a fin de esclarecer los hechos que se le exponían en el pliego de cargos. De acuerdo con la citada comunicación , Usted tenía la potestad de presentar, desde el momento de la entrega de la comunicación de apertura de expediente disciplinario, cuantas alegaciones estimara oportunas en defensa de sus intereses, proponiendo la diligencias de prueba que mejor estimara que pudiesen convenir a su defensa, no obstante, a fecha de hoy no hemos recibido escrito alguno por su parte. Sin embargo, el día 6 de febrero de 2017, la instructora asignada al acaso , Dña. Violeta , ha recibido escrito con alegaciones efectuadas por el Comité de Empresa al respecto. Tras el estudio de dichas alegaciones, le comunicamos que los hechos que se le imputan no han quedado desvirtuados por las alegaciones efectuadas, toda vez que ni tan siquiera se niega su autoría, sino que se limita a señalar que le genera indefensión , por ello la Compañía ha tomado la decisión de proceder a sancionarlo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 70.d) del Convenio Colectivo de aplicación. En concreto, los hechos que han motivado el

expediente y con ello la sanción impuesta son los que a continuación se detallan: 1.Hechos El pasado 09 de diciembre de 2016 apareció una pintada en el vestuario de los hombres de la Compañía, más concretamente en el interior de la tercera puerta de los baños. En concreto, en la citada pintada, cuyo tamaño ocupaba la mitad superior de la puerta, podía leerse "Tam mama" rodeado por un corazón y éste a su vez atravesado por una flecha. A raíz de lo ocurrido, ese mismo día, la trabajadora Marí Trini presentó escrito ante la Dirección de Recursos Humanos de la Compañía mediante la cual ponía en conocimiento de la empresa sobre lo ocurrido, además de señalar que la pintada iba dirigida hacia su persona, con el único objeto de "desacreditar a la compareciente y ofender su honor y dignidad" . En dicho escrito, únicamente se nos informaba sobre la existencia de la pintada. No identificándose al autor de la misma. No obstante , como consecuencia de la profunda investigación llevada a cabo por la Compañía, con fecha 02 de Enero de 2017 hemos tenido conocimiento fehaciente de que usted ha sido el autor de la mentada pintada. Insistimos en que estos hechos no han sido desvirtuados por el escrito de alegaciones presentado por el Comité de Empresa, toda vez que ni ta siquiera se niegan los mismos. Tal y como le manifestamos en el pliego de cargos que le fue entregado "Tam mam" no se refiere precisamente a ala condición de madre de la trabajadora, sino todo lo contrario, pretende es un insulto/ofensa encubierta, pues así ha sido interpretado por todos aquellos que pudieron observar la pintada. Por este motivo, ese mismo día nos vimos en la obligación de ponernos en contacto con la empresa DISKWORK S.L encargada de la limpieza de nuestras instalaciones, al objeto de que procediera con carácter inmediato a la limpieza de la puerta. Este servicio adicional, ha conllevado un coste para la empresa de 363€00 euros, ya que la limpieza de la puerta requirió de unos productos de limpieza especiales, no encontrándose esta situación prevista en el contrato de prestación de servicios con la empresa DISKWORK S.L y en consecuencia fue objeto de facturación aparte. Asimismo, según hemos podido saber, como consecuencia del correo electrónico remitido por la sección sindical de CGT a la Dirección de Recursos Humanos de la Compañía en fecha 10 de diciembre de 2016, a raíz de lo ocurrido, el marido d ella trabajadora increpó a D. Esteban , Delegado de Personal por lo ocurrido, toda vez que la trabajadora se encontraba muy afectada, ya que se consideraba ninguneada, ofendida y perseguida. Para evitar que tales hechos pudieran repetirse, en fecha 18 de enero de 2017 le comunicamos al presidente del Comité de Empresa que procederíamos a controlar el acceso de esta persona a las instalaciones de la compañía, prohibiéndole su acceso a las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, los hechos que se le imputan no son aislados, sino todo lo contrario, pues no es más que una nueva manifestación de la persecución que la trabajadora está sufriendo por parte suya y de su sindicato, desde que la trabajadora fue nombrada Delegada Sindical por CCOO el 18 de noviembre de 2016. En efecto, según hemos podido saber, ya desde entonces su sindicato se negó durante varios días a aceptar la comunicación emitida por la propia trabajadora sobre este particular, advirtiéndole que no reconocían su condición. Asimismo, en los últimos días, en concreto el 27 de enero de 2017, su Sindicato está difundiendo unos panfletos tratando de desprestigiar a la trabajadora, señalando que pertenece a un sindicato amigo al que nadie le ha votado, que la compañía la cuida tanto a ella como a su familiares , y que los planteamientos que realiza son ridículos . Asimismo se refieren a esta persona como marioneta de la empresa y chivata y sinvergüenza vividora, por pertenecer a un sindicato al que ustedes se refieren como "que viven de la teta del estado". Estas circunstancias no hacen sino poner de manifiesto el carácter doloso de la pintada, y es que aún cuando no habría podido tolerarse incluso de tratarse de un piropo, toda vez que supone un desperfecto en el mobiliario /instalaciones de la Compañía, mucho menos puede permitirse cuando de la misma se deduce un carácter malintencionado con el único fin de perseguir, ofender y desprestigiar a una compañera de trabajo. En efecto, estos hechos no solo suponen una ofensa para una compañera de trabajo , sino que además , evidencian una falta de civismo y responsabilidad en relación con los elementos e infraestructuras de la empresa, que en definitiva están a disposición de todos los trabajadores que conforman la plantilla, para su correcto uso. Como usted comprenderá, la Compañía no puede permitir que se utilicen sus instalaciones de forma incívica, causando desperfectos en las mismas, ni mucho menos que dicho comportamiento lo sea en perjuicio de otros compañeros. 2.Tipificación y efectos Los hechos anteriormente descritos constituyen una "indisciplina o desobediencia en el trabajo", así como "ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o personas que convivan con ellos" y "transgresión de la buena fe contractual" de conformidad con lo dispuesto en el art. 68.3 , 4 y 5 del Convenio Colectivo de Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Valencia, en relación con los artículos 54.2 b),c) y d) del Estatuto de los Trabajadores . Según el artículo 70.d) del Convenio Colectivo de aplicación, estas faltas muy graves pueden ser sancionadas con la suspensión de empeno y sueldo de 16 a 45 días, así como con el despido. En este sentido, y aun cuando usted podía ser sancionado incluso con el despido , con la esperanza de que situaciones como la descrita no vuelvan a repetirse

por su parte, la empresa ha decidido sancionarle con la SUSPENSIÓN DE EMPLEO Y SUELO DE 30 DÍAS. Toda vez que usted se encuentra actualmente en situación de incapacidad temporal en la medida en que la Compañía desconoce cual va a ser la duración de la misma, el cumplimiento de la sanción que ahora se le impone se hará efectiva desde el mismo día en que se le confiera a usted el alta médica, y durante los 29 días siguientes, hasta completar un total de 30 días de suspensión de empleo y sueldo." (Hecho conforme (y se transcribe el Doc 3 de la parte actora acompañado a la demanda)) CUARTO.- Ha quedado acreditado que el actor fue la persona que realizó la pintada que apareció el día el día 9-12-16 por la mañana en el interior de la tercera puerta de los baños en el vestuario de los hombres . Dicha pintada fue descubierta a primera hora por el trabajador D, Gumersindo quién avisó de su existencia a un Delegado Sindical de CGT y como éste no hizo nada al respecto, se lo contó al hermano de Dña. Marí Trini yendo ambos a hablar con Marí Trini y enseñarle la pintada al entender que se refería a ella. Entonces Marí Trini acudió a RRHH y presentó un escrito contando lo sucedido, alegando que la referida pintada no tenía otra finalidad que desacreditarla y ofender su honor y dignidad, solicitando de la empresa que investigara los hechos , localizando al autor y aplicando el régimen disciplinario. Tras ello Jon , Responsable de Lógica (sección a la que pertenece el actor) fue a ver la pintada con el Delegado de Prevención , preguntando ambos a los grupos de trabajo sobre la pintada. También fueron a ver la pintada Dña. Violeta , Responsable de RRHH, junto con dos Técnicos de Prevención , quienes fotografiaron la pintada y luego mandaron limpiarla. Dicha pintada " Canela MAMA" ha sido interpretada por todos aquellos que pudieron observarla como un insulto/ofensa o desprecio encubierto hacia la trabajadora Dña. Marí Trini , a quién algunos compañeros le llaman " Canela ." Como nadie confesó la autoría , pero de las entrevistas realizadas se concluyó que la pintada debió hacerse en el turno de noche anterior o en el de la mañana del día 9 , ya que la tarde anterior no estaba y apareció a primera hora del día 9, la empresa procedió a realizar una primera comparativa de la escritura de los trabajadores de dichos turnos e identificando a tres de ellos cuya escritura era similar a primera vista con la de la pintada, se proporcionó al perito calígrafo D. Valeriano muestras de escrituras de los tres trabajadores , a fin de que pudiera determinar la autoría de la pintada, concluyendo sin género de dudas,(en su informe que se da por reproducido) que el demandante había sido el autor de la pintada. La limpieza de la pintada ha conllevado un coste para la empresa de 363€00 euros. (Valoración conjunta de la prueba testifical (Dña. Marí Trini , D. Jon y Dña. Violeta), y pericial calígrafa de D. Valeriano , practicadas a instancia de la parte demandada, en relación con los docs 9 a 14 de la parte demandada) QUINTO.- Dña. Marí Trini , fue nombrada Delegada Sindical por CCOO en el centro de trabajo de la demandada donde presta servicios el actor el día 22-11-2016, sin formar parte del Comité de Empresa. En el mismo mes de su nombramiento como Delegada Sindical Dña. Marí Trini presentó escrito en la empresa informando de la denegación por parte del Comité de Empresa de los reiterados intentos de comunicación por diversas vías de su nombramiento ; así como que expresamente el Comité de Empresa le había indicado su no reconocimiento de su Condición de Delegada Sindical por CCOO. Que convocados por la empresa el Comité de Empresa y Dña. Marí Trini como Delegada Sindical nombrada por CCOO , el Comité se ha negado a sentarse con dicha trabajadora , alegando que las cuestiones que se pueden tratar en un Comité de Empresa afectan a sus miembros y no a Delegados Sindical de CCOO, que ni tan siquiera puede ser Delegada LOLS por no superar la empresa los 251 trabajadores. El sindicato CGT en un "artículo de opinión " o "panfleto" divulgativo , de fecha 27-1-17 ha puesto en evidencia al sindicato CCOO, al que llama "amigo" de la empresa , denunciando que el mismo no forma parte del Comité de Empresa y que son "Marionetas de la empresa" , "sindicatos que viven de la teta del Estado, chupando de las subvenciones públicas, sin vergüenzas.... El sindicato CGT tiene una revista en la que realizan caricaturas de empleados de la empresa , apareciendo en una una chica a la que algunos trabajadores reconocen como Dña. Marí Trini . (Valoración conjunta de la prueba testifical Dña. Marí Trini , D. Jon y Dña. Violeta y Docs 5 de la parte actora y Docs 15 a 19 de la demandada) SEXTO.- En fecha 16-7-15 el sindicato CGT presentó demanda frente a la empresa demandada, en nombre de determinados trabajadores en reclamación de cantidad. - Que el sindicato CGT en fecha 11-10-16 presentó demanda de conflicto colectivo frente a la empresa demandada solicitando el derecho a percibir el complemento de asistencia cuando realicen visitas al médico por indisposición imprevista, en determinadas condiciones, que fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº16 de Valencia de fecha 6-4-17 , confirmada por sentencia del TSJ de la Comunidad valenciana de fecha 24-10-17 . - En fecha 11-11-16 la sección sindical de CGT , en nombre de todos los trabajadores de la empresa, interpuso en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social una denuncia frente a la demandada porque aplicando un ERTE con nº NUM001 , se estaban realizando horas extras o alargamiento de jornada por algunos trabajadores afectados. Por el mismo motivo, y denunciando otros defectos formales del ERTE y de sus comunicaciones individuales, D. Rodolfo , en su condición de Presidente del Comité de Empresa, presentó

demanda de conflicto colectivo contra la empresa demandada impugnando una modificación sustancial de las condiciones de trabajo colectiva efectuada por ésta, que fue desestimada por sentencia del juzgado de lo Social n14 de Valencia de fecha 20-2-17, revocada por sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 19-9-17. Se encuentra en trámite la admisión del recurso de casación contra la misma.- La sección sindical de CGT ha ejercido una actividad sindical activa en el año 2016 y principios de 2017. (Docs 1 a 6 del ramo de prueba de la parte actora y Docs 22 a 24 de la demandada) SÉPTIMO.- El actor en fecha 30-1-17 solicitó una reducción de jornada por guarda legal que no disfrutó por inicio de IT con anterioridad a la fecha de inicio solicitada. En fecha 25-10-17 se le reconoció por la empresa la reducción solicitada en los términos interesados. A fecha 8-2-17 el número de trabajadores con reducción de jornada era de 11 hombres, dos de ellos miembros del Comité de Empresa y 11 mujeres; y en fecha 19-6-18, eran 15 hombres, de los que 3 son miembros del Comité de Empresa y 11 mujeres. (Doc 20 y 21 de la parte demandada) OCTAVO.- El actor ha cumplido la sanción en los meses de septiembre y octubre de 2017 tras el alta de su situación de IT iniciada el 3-2-17. (Doc 7 y 8 de la parte demandada) NOVENO.- En fecha 24-02-17 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC; celebrándose el acto conciliatorio el día 20-3-17 sin avenencia. En fecha 23-3-17 se presentó la demanda rectora de autos ante el Decanato de los Juzgados de esta ciudad.

Tercero.

Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante Miguel Ángel siendo impugnada por la representación procesal de OUTSOURCING FOR AUTOMOTIVE INDUSTRY 2004 SL. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

D. Miguel Ángel interpone su día demanda contra la empresa OUTSOURCING FOR AUTOMOTIVE INDUSTRY 2004 SL en ejercicio de acción de Impugnación de Sanción, solicitando que se declare que la referida sanción es injustificada revocando la misma y devolviendo al trabajador la suma de 1.763,44 euros, reactivando su alta en la Seguridad Social y procediendo a realizar la correspondiente cotización.

La sentencia de instancia desestima la demanda y confirma la sanción impuesta, y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora interponiendo recurso de suplicación y solicitando se anule y revoque la recurrida y en su lugar se dicte otra, se declare la nulidad de la prueba caligráfica y no se admita la misma, debiendo extraerse del debate, así como la reposición de los autos al momento de dictar Sentencia para que por la Magistrada de Instancia con plena libertad de criterio, se manifieste en cuanto a la pretensión de declarar injustificada e improcedente la sanción impuesta, revocando la misma y devolviéndose al trabajador la cantidad de 1.763,44 euros, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración. La parte demandada impugnó el recurso.

Segundo.

Para ello la parte actora formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS proponiendo la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente tenor literal: " Es incontrovertido que ni la dirección de la empresa ni el perito calígrafo recabaron autorización expresa del trabajador para la práctica de la pericial caligráfica." Se apoya para ello la recurrente en la prueba testifical practicada que es inhábil a efectos revisorios y en el informe pericial aportado por la empresa y en los documentos que el mismo cita que ha tenido en cuenta para realizar la prueba, señalando que en dicho informe no consta que se autorizara por el actor que se usaran tales documentos. Sin embargo no podemos acceder a tal adición que como decimos se funda además en un medio de prueba que no está previsto en el artículo 193 b) de la LRJS pues con solo el informe pericial no puede desprenderse de forma clara y patente si se recabó o no autorización del actor para utilizar tales documentos pues nada refiere el informe al respecto y habría que apoyarse en la prueba testifical para llegar a tal conclusión, pues de la fundamentación de la Sentencia se desprende que tal autorización por parte del actor no habría existido pues en otro caso no tendría que analizar el Juzgador si se ha vulnerado un derecho fundamental

del trabajador al utilizar el perito calígrafo documentos del actor que contienen datos personales e íntimos del actor sin su consentimiento, que es lo que hace la Magistrada de Instancia en el fundamento de derecho quinto. Precisamente en tal fundamento de derecho quinto consta cuáles fueron los documentos aportados al perito para realizar el informe y a la vista de los mismos y estimando que al menos el documento 2 sí contiene datos que afectan a la intimidad del actor, analiza si la utilización de tales documentos por la empresa, vulnera los derechos fundamentales del trabajador, para lo que debe partirse como premisa inicial de que el mismo no otorgó su consentimiento. Carece por ello de trascendencia en todo caso la revisión interesada pues ya se desprende de la sentencia de instancia que no hubo tal consentimiento del actor, y no podemos acceder a la revisión interesada.

Tercero.

El segundo motivo de recurso se formula al amparo del apartado a) del artículo 193 LRJS al objeto de reponer los autos al momento de cometerse la infracción del artículo 90 de la LRJS , artículo 11-1 de la LOPJ en relación con el artículo 4-2 e) LRJS , artículos 18-1 CE y los artículos 6 , 11 y 27 de la Ley Orgánica de Protección de datos . Lo que se argumenta por el recurrente es que la prueba pericial caligráfica aportada por la empresa debe declararse nula al vulnerar el derecho a la intimidad del actor y la normativa en materia de protección de datos y solicita por ello que se anule la sentencia de instancia y que la Magistrada de Instancia con plena libertad de criterio y considerando nula la pericial caligráfica se manifieste en cuanto a la pretensión de la demanda.

Para resolver la cuestión planteada y partiendo del hecho que no se discute por la parte recurrente la afirmación de la Sentencia recurrida de que sólo uno de los documentos entregado al perito contiene datos que pudieran afectar a la intimidad del actor, así el documento 2 citado en el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia, debe citarse la doctrina del Tribunal Constitucional que se recoge en la sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, S 3-3- 2016, nº 39/2016 , BOE 85/2016, de 8 de abril de 2016, rec. 7222/2013: "5. Como señala la STC 186/2000, de 10 de julio , FJ 6, "el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo. Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993, de 18 de octubre , FJ 4). Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, de 11 de abril , FJ 7 ; 6/1995, de 10 de enero, FJ 3 , y 136/1996, de 23 de julio , FJ 7). Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre , 108/1989, de 8 de junio , 171/1989, de 19 de octubre , 123/1992, de 28 de septiembre , 134/1994, de 9 de mayo , y 173/1994, de 7 de junio), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, de 8 de abril , FJ 22). Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional" (STC 6/1998, de 13 de enero), pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador y, muy especialmente, del derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 CE , teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad". En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (SSTC 66/1995, de 8 de mayo , FJ 5 ;

55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero , FJ 8."

Partiendo de dicha doctrina que es la que viene a tener en cuenta la Magistrada de Instancia, debemos analizar los argumentos de la parte recurrente para considerar que la prueba pericial caligráfica debe declararse nula. Así en cuanto al artículo 90 LRJS tras citar los apartados 2, 4, 5, 6 y 7 de dicho precepto, se argumenta que la Sentencia de instancia reconoce que al menos un documento de los utilizados en la pericial caligráfica contiene datos que afectan a la intimidad del actor y que sin embargo no se cumple con lo establecido en el apartado 4 del artículo 90 LRJS que señala que cuando sea necesario acudir a un documento que pueda afectar a la intimidad personal el Juez podrá autorizar dicha actuación mediante Auto. El apartado 4 del citado artículo 90 LRJS señala que "Cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el Juez o Tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación mediante Auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos en su caso." De este modo como indica la parte demandada al impugnar el recurso, dicho apartado se refiere a la práctica de medidas precisas para la práctica de algún medio de prueba a desarrollar en el acto de juicio, en cuyo caso si la parte precisa para ello el acceso a tales archivos o documentos que pueden afectar a la intimidad personal, debe requerir la autorización del Juez. Sin embargo en este caso lo que indica la parte recurrente es que los documentos utilizados por el perito calígrafo y que fueron facilitados por la empresa afectan a la intimidad personal del actor. Tales documentos estaban en poder de la empresa y no era preciso por ello solicitar autorización para poder tener acceso a los mismos, por lo que en este caso lo único que puede valorarse que es precisamente lo que hace la Sentencia de instancia y sobre lo que no se pronuncia el escrito de recurso, es valorar si la obtención de dicho medio de prueba vulnera los derechos fundamentales del trabajador, concluyendo tras analizar los requisitos señalados por el Tribunal Constitucional en estos casos que la medida adoptada por la empresa era legítima y proporcionada y que no puede declararse nula. Por otro lado el argumento de la parte recurrente referido a la necesidad de la empresa de solicitar la autorización judicial para poder facilitar al perito calígrafo documentos personales del trabajador, carece de toda lógica y vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva de la empresa pues obligaría a la empresa a sancionar al trabajador con arreglo a meras sospechas que luego podrían no ser corroboradas por la referida prueba pericial. De este modo, es claro que la empresa necesitaba antes de iniciar un proceso sancionador, aclarar y confirmar la autoría de la pintada realizada en los vestuarios y que no resulta de aplicación el apartado 4 del artículo 90 LRJS que es el que la parte recurrente considera vulnerado, pues además dado que la pintada sea realizó no en un papel o manuscrito sino en una puerta de los baños de los vestuarios, debía la empresa ser diligente en averiguar la autoría para proceder a la mayor brevedad a borrar dicha pintada y que la misma dejara de estar visible en tales vestuarios .

Cita a continuación la parte recurrente el artículo 11-1 LOPJ que establece la misma previsión que el artículo 90-2 LRJS y los artículos 6 , 11 y 27 de la Ley Orgánica de protección de datos , sobre el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos de carácter personal y sobre la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero. En el presente caso, como señala la Sentencia de instancia y tal extremo no ha sido combatido por la parte recurrente, sólo el documento 2 facilitado al perito calígrafo para realizar el cotejo de letras, contenía datos personales que podían afectar a la intimidad del actor pues en dicho documento constaba su fecha de nacimiento, dirección, teléfono, estudios, estado civil y número de hijos. Pese a que como señalamos dicho documento sí contiene datos personales que pueden afectar a la intimidad del trabajador, la actuación empresarial no se puede considerar contraria a Derecho. En primer lugar, existían fines constitucionalmente legítimos, para que la empresa facilitara tales documentos al perito calígrafo y poder verificar la autoría de la pintada. Se había realizado una pintada que según argumenta la Sentencia de instancia a la vista de la testifical practicada, y tampoco se combate tal pronunciamiento por la parte recurrente, además de suponer un acto vandálico que ha ocasionado gastos a la empresa al proceder a su limpieza, se había realizado con el propósito de ofender e injuriar a una trabajadora de la empresa, en concreto Marí Trini , indicando que a todos los trabajadores a los que se preguntó por la pintada, interpretaban la misma en tal sentido de ofensa e injuria a la citada trabajadora. La empresa venía obligada a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y a velar por el respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad comprendida la protección frente al acoso, conforme al artículo 5 ET y para ello debía averiguar la autoría de la pintada para adoptar las medidas oportunas frente al responsable

de las mismas, sobre todo teniendo en cuenta que conforme al relato fáctico, la trabajadora citada acudió a Recursos humanos a denunciar tales hechos y solicitando a la empresa que investigara los hechos y que además había antecedentes de problemas sindicales que afectaban directamente a la trabajadora que era del Sindicato CCOO, que fue nombrada delegado sindical del mismo y que el comité de empresa al que pertenece el actor por el Sindicato CGT, no le había reconocido tal condición de delegada sindical. Por otro lado debe advertirse que la carga procesal de acreditar la realidad de los hechos en los que se basa la sanción impuesta al trabajador corresponde, en todo caso, al empleador que ha sancionado, conforme al artículo 114 LRJS de manera que entraría en juego también el derecho fundamental de la empresa a la tutela judicial efectiva pues no sería razonable como ya hemos señalado que la misma tuviera que proceder a sancionar al trabajador únicamente en base a sospechas que luego tendría que acreditar en el acto de juicio. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional citada, la actuación de la empresa respeta también el principio de legalidad, pues la emisión de informes periciales está permitida legalmente (artículo 93 LRJS), incluso de periciales caligráficas, y debía la empresa velar , como hemos indicado por el respeto a la dignidad de los trabajadores de la empresa, correspondiendo además a la misma el ejercicio de las potestades sancionadoras frente a los trabajadores. A la vista de ello estimamos como así lo indica la Sentencia recurrida, que la aportación al perito calígrafo de documentos del trabajador que obraban en poder de la empresa, aun cuando alguno de ellos contuviera datos personales que afectaran a la intimidad del mismo, se trató de una medida idónea para lograr el fin propuesto por la empresa, así determinar la autoría de las pintadas que había ofendido la dignidad de una trabajadora, antes de decidir el ejercicio de la potestad sancionadora, con lo que se cumpliría el juicio de idoneidad. También se muestra dicha medida necesaria, pues debía practicarse dicha prueba con carácter previo a la incoación de expediente sancionador, y realmente no había otra medida para la consecución del mismo propósito con igual eficacia pero más moderada. Por último, se cumple el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues con el informe pericial caligráfico emitido la empresa utilizó documentos que habían sido previamente facilitados por el trabajador a la empresa de los que sólo uno de ellos contenía datos que podían afectar a la intimidad del mismo, la difusión de tales datos fue mínima porque sólo se facilitaron al perito y para un fin concreto y con el resultado de tal informe la empresa podía decidir hacer uso de su potestad disciplinaria de manera fundada y podía luego defender en juicio de manera razonable la procedencia de la sanción impuesta. En consecuencia estimamos como así lo indica la Sentencia de instancia que la empresa demandada no vulneró los derechos fundamentales de la actora al recabar una pericial caligráfica facilitando para ello una serie de documentos con textos manuscritos que el actor había entregado a la propia empresa en el marco del contrato de trabajo y para el cumplimiento y ordenación de las obligaciones de las partes y de hecho con esos mismos objetivos es por lo que la demandada acordó la pericial caligráfica, no habiendo utilizado tales datos para otra finalidad y tampoco desde luego el perito tercero al que se le facilitaron los mismos. El propio artículo 6-2 de la Ley Orgánica de Protección de datos señala que no será preciso el consentimiento del afectado cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación laboral y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento, cumplimiento de las obligaciones de la empresa en el marco de una relación laboral que era lo que la misma pretendía con la averiguación del responsable de las pintadas realizadas que ofendieron el honor y dignidad de una trabajadora. Entendemos por ello acertado el razonamiento de la sentencia de instancia concluyendo que la empresa demandada no vulneró los derechos fundamentales del actor al recabar una pericial caligráfica facilitando para ello documentos con textos manuscritos por el actor que tenía en su poder, debemos desestimar este motivo de recurso y como no se formula algún otro motivo de recurso combatiendo del fondo del asunto partiendo de la legalidad de la referida prueba pericial y tratando así de revocar el pronunciamiento desestimatorio de la demanda realizado en la Sentencia de instancia, ello conlleva que debemos desestimar el recurso formulado en su integridad confirmando la Sentencia de instancia.

Todo ello sin costas dada la condición del recurrente de beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Miguel Ángel contra la sentencia de fecha treinta de Julio del Dos Mil Dieciocho dictada por el Juzgado de lo Social Número 9 de Valencia , en autos número 235/2017 seguidos a instancias del recurrente contra la empresa OUTSOURCING FOR AUTOMOTIVE INDUSTRY 2004 SL sobre SANCIÓN, debemos de confirmar íntegramente dicha Sentencia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiendo que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600€ en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander, cuenta 4545 0000 35 3206 18. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave 66 en lugar de la clave 35 . Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase 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.

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

PUBLICACIÓN .- En València, a dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho.

En el día señalado ha sido leída la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.