

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 3 DE BILBAO
Sentencia 128/2019, de 4 de abril de 2019

SUMARIO:

Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Derecho a la protección de datos. Despido. Prueba videográfica. Farmacia. Conocimiento por una cláusula del contrato de la existencia de cámaras en diferentes dependencias, incluso en aquellas en que no se atendía al público. Hallazgo casual de desfases en stock de los cuales deduce la empresa que una de las trabajadoras lleva a cabo sustracciones de efectivo, identificando, presuntamente, a la culpable en base a que las operaciones se hacían casi en la totalidad de las ocasiones con el número a ella asignada para operar internamente.

Prueba válida. Para determinar la efectiva validez de las pruebas obtenidas por video vigilancia, ante la posición confrontada de la jurisprudencia a considerar, derivada del Tribunal Constitucional (SSTC 29/2013 y 39/2016) y del TEDH (López Ribalda y Barbulescu), cobra carácter esencial el análisis de la proporcionalidad de la actuación empresarial para decidir sobre la alegada infracción del derecho a la intimidad personal. En el supuesto analizado, si bien es cierto que el empleador no estableció de forma clara y meridiana que las cámaras eran para el control de la actividad laboral con una información adicional al respecto, en el contrato se informó de su existencia y de la propia colocación de las mismas en instancias en las que no existe acceso al público (siendo departamentos de trabajo de las empleadas de la farmacia), y una trabajadora con 10 años de prestación de servicios en el centro bien pudo deducir que las mismas tenían por objeto el referido control de la actividad laboral. La única forma en la que la empresa podía comprobar la autoría de las referidas actuaciones presuntamente irregulares era por las cámaras, al no tener limitado el uso personal del número de empleado cada una de las personas que prestaba servicios en la farmacia, por lo que el control de la actividad y la injerencia realizada con esas grabaciones era absolutamente necesaria y se encuentra dentro de los límites constitucionales. Superado el juicio de constitucionalidad, sin embargo, no logra la empresa cohonestar las irregularidades constatadas informáticamente con las imágenes aportadas, al no coincidir las horas reflejadas en uno y otro medio de prueba. Asimismo, el informe pericial que se presenta no establece el puesto de trabajo en el que se han realizado las operaciones irregulares, pudiendo varios empleados estar operando a la vez en diferentes puestos. Por tanto, no se acredita la autoría de la trabajadora de forma efectiva y suficiente. **Despido improcedente.**

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 18.1 y .4.

Reglamento (UE) 2016/679 (Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales), art. 12.

Ley Orgánica 3/2018 (Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), arts. 22.4 y 89.
RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 20.3 y 56.

PONENTE:

Doña Beatriz García Celaá.

En BILBAO (BIZKAIA), a 4 de abril de 2019.

Vistos por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social nº 3 D/Dª. BEATRIZ GARCÍA CELAÁ los presentes autos número 314/2018, seguidos a instancia de M... asistida por el letrado Juan Carlos Bernal Archilla contra A... y J... asistidos por el letrado Joseba Estrade Arluzea sobre DESPIDO.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 26 de marzo de 2018 tuvo entrada demanda formulada por M...contra A... y J... y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes asistiendo todas, y abierto el acto de juicio por S. S. las comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos practicándose seguidamente las pruebas que fueron admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y finalmente manifestaron por su orden sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

I. HECHOS PROBADOS

Primero.

D. M... prestaba servicios como auxiliar para J... en la Farmacia de su titularidad , desde el 8.9.08, con salario bruto mensual de 1.640 euros. A la relación le es de aplicación el Convenio colectivo de Farmacias de Bizkaia 2015-2017. En la firma del contrato la trabajadora como clausula adicional acepta "la existencia de cámaras de video vigilancia en las dependencias de la Farmacia". La trabajadora era conocedora de la situación de las cámaras sobre los puestos de trabajo en los que prestaban servicios.

Segundo.

El 6.8.18 se le notifica apertura de expediente sancionador con concreción de hechos y documentación anexada para su comprobación; que es contestada por ella señalando que los hechos no son ciertos y están parcialmente prescritos.

El 13.2.18 recibe carta de despido del siguiente tenor literal:

Sra. D^a M...

Por la presente la Dirección de la empresa, le notifica, su decisión de dar por resuelto el contrato de trabajo que le une a esta empresa, en base a la aplicación del art. 49.K) del Estatuto de los Trabajadores, por despido procedente, y en cumplimiento del art. 55, 1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores.

Desde el día 4 de enero hasta el día 23 de enero 2018, usted ha procedido a sustraer la cantidad de 2.230.66€, mediante la contabilización en caja por usted de devolución de importes de medicamentos a clientes, y el stock lo ha corregido manualmente, en el registro de fallos de stock, a fin de evitar llamar la atención del resto de compañeros.

Asimismo, tras registrar la venta negativa del medicamento, usted ha pasado en todas las operaciones una venta de un producto de parafarmacia de poco importe, esparadrapo, tirita o caramelo para que en pantalla no figurase la venta negativa que suele aparecer en la parte superior de la pantalla de dispensación.

Estas últimas actuaciones se ven las grabaciones, bien sacando género de la nevera y después de hacer la operación su reintroducción o copiando los códigos a mano de papeles que extrae de los bolsillos de su bata o códigos del albarán que llega del almacén.

En la documentación anexa se demuestra que esta actuación se efectúa al menos con los siguientes medicamentos:

TRULICITY 1,5 MG CN 704632 (150,95€), los días 12,15 y 17 de Enero, ese mismo día se efectúa la corrección del stock. Total. 452,85 €.

INTRON A CN 849827 (153,41 €) los días 3,5 y 9 de Enero. El stock se corrige el mismo día. Total 460,23€.

APIDRA CN 6567073 (46,97 €) los días 18 y 22 de Enero. Stocks corregidos. Total 93,94€

TOUJEO CN 706414 (51,92 €) el día 4 de Enero Stock corregido el mismo día. Total 51,94 €.

TRULICITY 0,75 CN 704633 (150,95 €) los días 4 y 23 de Enero. Total 301,90 €.

VICTOZA CN 662979 (138,16 e) el día 8 de Enero. Total 138,16 C. GARDASIL CN 658978 (155,91 €) los días 5 y 11 de Enero. Total 311,82 C. HUMALOG CN 704228 (93,95 e) los días 8 y 18 de Enero. Total 187,40 E. RHOPHYLAC CN 660081 (61,19 e) los días 10 y 15 de Enero. Total 122,38 C.

TRESIBA CN 6697408 (110,06) el día 10 de Enero. Total 110,06 C.

Los hechos, se consideran como un fraude o abuso de confianza de las gestiones encomendadas y un hurto a la empresa durante acto de servicio, son constitutivos de UNA FALTA MUY GRAVE a tenor del art. 32. C 2 del Convenio Colectivo de Farmacia, y, por tanto, de acuerdo con el 33.3 del mismo cuerpo legal es acreedora de DESPIDO.

Esta rescisión tiene efectos desde el día 13 de febrero de 2018.

Se ha procedido a tramitar el expediente sancionador previo. En aplicación del art. 34 del Convenio Colectivo.

Tercero.

En la farmacia prestaban servicios diferentes compañeras de trabajo y a su vez la esposa del empresario que era una empleada del establecimiento. Cuando la misma se encuentra preparando los pedidos se observa una incidencia en el stock de uno de los productos de nevera , el trulicity, cuyo importe es de 150,95 euros, porque no coincide el registro con el stock real y se lo comenta a la Sra Sofia, compañera de trabajo

Ello implica que, la Sra Sofia proceda a verificar informáticamente que es lo que ha ocurrido en el programa para que se produzca el desfase y descubre que de este producto de nevera vendido en una ocasión constan hasta cinco devoluciones en metálico, esa operación supone el incremento del stock por el producto que se devuelve y que, acto seguido, informáticamente se procede a restar un producto del stock del mismo para que no se descuadre éste y no aparezca un producto de más. A continuación se teclea una nueva operación con una venta de parafarmacia de escaso valor. En esta indagación aparece el empleado nº5 , la hoy demandante, como quien realiza estas operaciones informáticamente.

A raíz de este descubrimiento través del sistema informático verifican las “devoluciones de producto”, difíciles en una farmacia y descubren devoluciones de productos de nevera de un importe importante unitario.

La trabajadora y otra compañera la Sra Andrea, ante el descubrimiento proceden a verificar las cámaras de seguridad y descubren que uno de los días en los que se hace informáticamente esta operación, en el puesto de trabajo en el que se desarrolla , puesto de trabajo junto a la nevera, se observa a la demandante cogiendo la caja del producto, escaneándola y volviendo a guardarla en la nevera.

Cuarto.

Los productos de nevera no pueden ser devueltos porque no se garantiza “cadena de frio” pudiendo generar daño a la salud, teniendo los empleados prohibida su devolución.

Estos productos son de alto valor económico y no se suelen pagar en metálico, dado que es el sistema publico de salud el que a través de las recetas correspondientes, abona gran parte del valor, abonando los pacientes escasas cuantías.

El puesto de trabajo que existe junto a la nevera no tiene puesto de atención al publico. La trabajadora era quien normalmente y en horas próximas al cierre procedía a recoger la recaudación en la caja, bajaba las escaleras (donde no hay cámaras) y en un mostrador que en parte queda fuera del alcance de las cámaras procedía a realizar el recuento de caja para posteriormente junto a sus compañeras verificar si el mismo estaba correcto.

En los recuentos no aparecía sobrante de caja por las referidas devoluciones, cuadrando las cajas registradoras con las operaciones informáticas de "devolución" efectivamente realizadas.

Cuando un empleado realiza una operación en pantalla queda registrada la última operación realizada y la forma de ocultarla es procediendo a la ejecución de una nueva operación.

La demandante es la empleada nº5, los empleados utilizan su número de forma habitual, sin perjuicio de que en ocasiones, por descuido, se teclee otro número, o cuando por alguna circunstancia no pueda utilizarse éste se use el de un compañero, o decidan utilizar el de otra empleada, lo que no era objeto de comprobación o de seguimiento.

Quinto.

En el sistema informático se pueden apreciar, por las correspondientes capturas de pantalla, las diferentes operaciones verificadas por las compañeras de la demandante que se han descrito en el hecho probado tercero: El escaneado de un producto, su teclado como devuelto, la modificación del stock y la venta inmediata de un producto de parafarmacia de escaso valor y la fecha en los cuales se lleva a cabo.

(Se incorpora el informe pericial que consta en autos).

En el informe pericial consta que el 5 de enero de 2018 se hace la misma operativa con el medicamento INTRON ACN879877 pero aparece como identificativo informático el empleado nº8 .

Sexto.

En las grabaciones de las cámaras que se han presentado no se corresponde el horario con el de los apuntes informáticos, tampoco se aporta la grabación del mes completo, limitándose al visionado de concretos minutos . Las grabaciones muestran a la demandante y a otras empleadas, en un departamento interno junto a la nevera y fuera del mismo atendiendo al público. La demandante a veces saca productos de la nevera los escanea y luego los vuelve a introducir. Otras veces simplemente se encuentra en el ordenador con papeles en la mano, realizando tareas en el terminal. No consta la grabación del video del cinco de enero de 2018.

Las cámaras de videovigilancia conservan las operaciones de grabación durante 30 días. En enero de 2018 el horario de la demandante fue de 9.a 13.30 y de 16 a 19.30 en los días laborables. El 13.1.18 prestó servicios de 11 a 14.30 y de 17 a 20 horas.

Septimo.

Intentado el acto de conciliación finalizó sin avenencia. La demandante no ha sido representante legal de los trabajadores, no existe representante legal en la empresa.

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Hechos probados.

El relato de hechos probados deriva de la prueba practicada en el acto de juicio oral, consistente en la prueba documental presentada por las partes, la pericial informática y la testifical realizada de las compañeras de trabajo que han relatado la forma en la que descubrieron las devoluciones supuestamente irregulares de los productos farmacéuticos de nevera. Así como el visionado por esta magistrada de los videos aportados

Segundo. Improcedencia en la tramitación del expediente

El artículo 58 del ET establece que los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

El procedimiento por sanción, regulado en el artículo 114 y siguientes de la LRJS exige que el procedimiento se base exclusivamente en los hechos y causa de sanción señalada en la carta de sanción. Hechos e infracción que el empleador ha de demostrar.

En el presente procedimiento la primera alegación de la parte actora es que el expediente de sanción no se llevo a cabo con la objetividad precisa porque el instructor es el empresario sin que el mismo tenga

imparcialidad den los hechos , no se nombra secretario y no se comunican estos nombramientos a la interesada, señalando que la documentación que se adjunta es en un USB que no puedo descargarse.

El Convenio de farmacias de Bizkaia 2015-2017 regula en su artículo 34 la forma de apertura del expediente sancionador y señala:

Artículo 34.-Expediente disciplinario sancionador.

1. Para la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves será precisa la instrucción de expediente sancionador.

2. Todas las actuaciones se practicarán por escrito, comunicándose previamente al personal y dándose cuenta de la resolución a los representantes legales del personal del centro de trabajo, si los hubiere.

3. El empresario realizará cuantas actuaciones estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción. A la vista de las actuaciones pasará en su caso pliego de cargos al empleado expedientado.

4. El expedientado tendrá cinco días para contestar a los cargos y presentar las pruebas que estime convenientes.

5. Recibida la contestación al pliego de cargos, el empresario en el plazo de cinco días impondrá en su caso la sanción que estime correcta, que deberá notificarse al interesado por escrito.

6. En el caso de suspensión de empleo y sueldo o despido del personal, y antes de que éstas se produzcan de forma efectiva, deberá ser informado si lo hay el representante legal del personal, en cuyo caso el/la inculpado/a podrá solicitar su presencia y asistencia.

7. De tratarse de un representante del personal, deberán ser oídos, aparte del interesado, los restantes representantes si los hubiere.

En el presente caso la demandante no es representante legal de los trabajadores, no existiendo la citada representación en la empresa, por lo que el empleador ha cumplido con los requisitos exigidos convencionalmente para la imposición de la infracción muy grave que se le imputa, dado que ha seguido pormenorizadamente todos y cada uno de los pasos fijados en el artículo 34 del convenio de aplicación. Por lo que irregularidad alguna se observa en el expediente.

Tercero.- Validez de la video grabación

La parte demandante señala que no puede usarse como prueba la grabación de las cámaras atendiendo a la doctrina emanada de la STJUE de 9.1.18, caso López Ribalda, dado que el empresario no identificó el uso de las cámaras de videovigilancia, y que en ellas no se aprecia a la empleada apoderándose de dinero alguno, pudiendo ser otro empleado el que haya usado su número de empleado

Se opone la empresa señalando que las cámaras y su utilización fue aceptada por la trabajadora en el contrato de trabajo y ésta conocía de forma expresa su ubicación, que la prueba fundamental de cargo son los registros informáticos donde se constatan las operaciones realizadas y que la apropiación del dinero no se constata porque no se apropiaba de él en el mismo momento, podía hacerlo de forma fraccionada en cualquier cobro o al retirar las cajas registradoras en los lugares a los que se las llevaba y que no eran accesibles a las cámaras instaladas.

En el presente caso se ha de partir, primeramente, de las circunstancias en las que se procede a la investigación de los hechos:

Atendiendo a la carta de apertura del expediente sancionador la empresa fija la investigación en razón a un requerimiento de Hacienda Foral de 23.1.18 en razón a pérdidas por deterioro de 14.610,70 euros en 2016 por

diferencias entre la recaudación de caja contabilizada y la real, señalando que no se dieran explicaciones objetivas y manifestando a continuación que se ha procedido a comprobar en el mes de enero conductas de sustracción de la demandante por importe total de 2.230,66 euros , derivado de las devoluciones ficticias practicadas contablemente.

Nada se acredita respecto al citado requerimiento que ya no se hace constar en la carta de despido en la que directamente se le atribuyen a la demandante las conductas imputadas, siendo la carta de despido la que debe de regir como elemento determinante del mismo.

Las testificales de dos compañeras de trabajo han narrado que la forma en la que se estaban produciendo esas diferencias entre la caja real y la facturada informáticamente se descubren casualmente cuando se produce una disfunción entre el stock real y presunto, lo que hace que una de las empleadas verifique las diferencias de stock y descubra que se producen devoluciones de productos, cuya devolución está prohibida, que las devoluciones no atienden al número de ventas del producto y que además estos productos no se suelen abonar en metálico por los pacientes, razón por la que se inicia la investigación correspondiente.

Por lo tanto nos encontramos ante un hallazgo casual, de una alteración informática sospechosa, en la que una empleada de la farmacia simula la devolución de productos de nevera que generalmente se dispensan con receta ,(de prohibida devolución, de importes económicos importantes y generalmente no de abono en metálico integro por el paciente) , que modifica posteriormente su stock para corregir el desfase, que teclea la venta inmediata de productos de parafarmacia de escasa cuantía para no dejar visible la última operación, no apareciendo en caja en el recuento el importe de ese producto, simuladamente devuelto, lo que ocurriría en caso de ser un mero error informático , cuadrando la caja final, lo que evidencia apropiación del dinero que consta como devuelto, pero que no pudo devolverse un producto que no se vendió tantas veces y cuya devolución está prohibida.

Registros informáticos que, en todos los casos, salvo en uno de ellos, el de 5 de enero de 2018 , coincide con el número de empleado de la hoy demandante, el número 5.

Del informe pericial que se aporta se evidencia esta realidad informática a través de los pantallazos del ordenador y del programa de la farmacia correspondientes a enero de 2018, pantallazos que la empresa Tedifarma SLU encargada del servidor del programa informático de la mercantil , certifica que no se han modificado

Ahora bien, dado que los empleados de la empresa pueden usar los números correspondientes a sus compañeros al efecto de ejecutar las operaciones, dado que no existe una clave personal e intransferible al efecto, permitiendo la mercantil que se usen números de otros trabajadores, aunque según la testifical de las dos compañeras, lo habitual es que cada una utilice su propio número, la empresa necesita acreditar quien es la trabajadora que ha llevado a cabo esas operaciones informáticas observadas y descubiertas por otra de las trabajadoras.

Para poder acreditar esa autoría la empresa sólo tiene un método válido y le es necesario acudir a la grabación de las cámaras de videovigilancia existentes en la mercantil, cámaras que la demandante conoce, tanto respecto a su existencia como respecto a su ubicación desde el momento de la contratación, apareciendo en la cláusula adicional del contrato firmado en 2008 la expresión "acepta la existencia de cámaras de video vigilancia en las dependencias de laFarmacia".

La cuestión a dilucidar es si esa aceptación o esa comunicación informada habilita al uso de las cámaras a los efectos sancionadores que aquí se describen con el fin de acreditar la autoría de los hechos imputados o si el empresario debió de dar una información más detallada sobre la finalidad o el uso que iba a darse a las citadas cámaras de video vigilancia y si, no haciendolo, se afectó a la intimidad de la trabajadora de forma injustificada.

Entre los derechos fundamentales y de las libertades públicas contenidos en la sección 1ª del capítulo 2º del Título I de la Constitución española (CE (RCL 1978, 2836)) se encuentra la garantía constitucional del " derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen " (art. 18.1 CE), así como el denominado " derecho a la protección de datos de carácter personal " derivado de la garantía consistente en que " La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos " (art. 18.4 CE). Por su parte, la garantía jurisdiccional de tales derechos, exigida por el art. 53.2 CE (" Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado

en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional ... "), se ha de dispensar, en asuntos como el actual en el que se trata de determinar si existe una vulneración empresarial de los derechos fundamentales del art. 18.4 CE provocada por la utilización de las grabaciones de imagen obtenidas a través de cámaras de video-vigilancia para sancionar a una trabajadora por el alegado incumplimiento de sus obligaciones laborales, a través del procedimiento social y, caso de denegarse indebidamente, mediante la correspondiente acción de amparo constitucional (arg. ex SSTC 47/1985 de 27 de marzo (RTC 1985, 47) , 250/2007 de 17 de diciembre (RTC 2007, 250) , 29/2013 de 11 de febrero (RTC 2013, 29) ; arts. 2.f , 177 a 184 LRJS (RCL 2011, 1845)).

Como normativa aplicable nos encontramos la siguiente:

El art. 5 de la LO 15/1999 (RCL 1999, 3058) de Protección de Datos de Carácter Personal que establece que los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de estos y de los destinatarios de la información.
- Del carácter obligatorio o facultativo de su respuestas a las preguntas que les sean planteadas.
- De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante (...)

Por su parte, el art. 6 de la misma LO 15/1999 (RCL 1999, 3058) , regula el consentimiento del afectado en los siguientes términos:

1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.
2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.
3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.
4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable de fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.

También la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre (RCL 2006, 2206) , de la AEPD, en su art. 3, cuando establece que los responsables que cuenten con sistemas de video vigilancia deberán cumplir con el deber de información previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. A tal fin deberán:

- Colocar, en las zonas visibles, al menos un distintivo informativo (...)
- Tener a disposición de los/las interesados/as impresos en los que se detalle la información prevista en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (...).

La Sentencia del TSJ de Asturias 103/2019 de 22.1.2019 pone de manifiesto las diferencias jurisprudenciales existentes en esta materia al señalar:

"El derecho a la protección de datos personales es un derecho de las personas físicas (art. 1 LOPD) y el deber de información ha de cumplirse de modo que cada uno de los afectados sea informado en el modo exigido normativamente (expreso, preciso e inequívoco según la LOPD; en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, a tenor del Reglamento (UE) 2016/679).

La colocación de distintivos indicando zona videovigilada "tanto en las entradas del centro de trabajo como en el interior", no parece ajustarse a los determinantes del deber informativo que exige la LOPD. No lo es en la sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 29) (en un caso de cámaras visibles y permanentes con colocación de esos distintivos), según la que el afectado o los afectados por la captación han de conocer el contenido de las imágenes captadas y el propósito perseguido por la implantación de sistemas de videovigilancia.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional lo considera suficiente en la sentencia 39/2016, de 3 de marzo (en un caso de colocación de cámara oculta y de distintivos) pues entiende que la obligación de información previa se satisface, a los efectos analizados, con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006 de 8 de noviembre (RCL 2006, 2206y RCL 2007, 15) , de la Agencia Española de Protección de Datos: "El trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control" y "Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato".

Este criterio, seguido por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la sentencia 118/2018, de 8 de febrero , difiere sustancialmente del adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda y otros contra España) donde en un supuesto de colocación de cámaras visibles y oculta, tras examinar la normativa y jurisprudencia española, así como la normativa de la Unión Europea, la internacional y la jurisprudencia del propio Tribunal, declara la violación del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), que establece el respeto a la vida privada. A pesar de haberse colocado en el establecimiento ese tipo de distintivos, considera que la empresa desatendió "la obligación mencionada anteriormente de informar previamente a los interesados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos de carácter personal" y "los tribunales internos no ponderaron un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada al amparo del artículo 8 del Convenio y el interés del empresario en la protección de sus derechos propietarios".

Según la referida sentencia, ante tan diferentes posiciones y no existiendo criterio único al existir circunstancias diferenciadas, cobra mayor importancia el análisis de la proporcionalidad de la actuación empresarial, que además resulta esencial para decidir sobre la alegada infracción del derecho a la intimidad personal salvaguardado en el art. 18.1 CE , conforme establece la reseñada sentencia 39/2016 del Tribunal Constitucional.

Atendiendo a estas consideraciones hay que señalar que la Sentencia de 9 enero 2018 (TEDH 2018, 1) , Caso López Ribalda y otros, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos , dictada en un caso distinto al presente, ya que en el mismo se habían instalado cámaras ocultas sin advertencia de ningún tipo, personal o general a los trabajadores, y con el fin de descubrir a los mismos, al revés de lo que ocurre en el presente caso, en que las grabaciones fueron comunicadas, la trabajadora conocía la existencia de las cámaras y no se buscó con ellas descubrir a la demandante si no cotejar las irregularidades descubiertas y la autoría de las mismas, de ahí que no sea aplicable la misma tesis y doctrina que el TEDH establece en el razonamiento 69 que señala "69. En consecuencia, el Tribunal no puede compartir la opinión de los tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empresario con el objetivo legítimo de proteger el interés del empresario en la protección de sus derechos propietarios. El Tribunal observa que la videovigilancia llevada a cabo por el empresario, que se prolongó durante un largo periodo de tiempo, no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal y, en particular, con la obligación mencionada anteriormente de informar previamente a los interesados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos de carácter personal. El Tribunal observa que los derechos del empresario podrían haber sido protegidos, por lo menos hasta cierto grado, por otros medios, en especial, informando previamente a las demandantes, incluso de una manera general, sobre la instalación de un sistema de videovigilancia y dotándolos de la información establecida en la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal".

Respecto a la información a notificar, y en conyura de lo fijada en la referida STEDH , la tesis de la suficiencia de la advertencia general es la que ha adoptado la reciente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (RCL 2018, 1629) , sobre Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, según cuyo art. 89.1 sobre el Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, "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 (RCL 2015, 1654) 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".

Por su parte el citado art. 22.4 dispone "el deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 (LCEur 2016, 605) se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información".

Por todo lo señalado es necesario atender en cada caso concreto a las circunstancias concurrentes para poder valorar sila intromisión estaba justificada y era legítima o no ; y analizando el presente supuesto es evidente que la demandante al celebrar su contrato conoció la existencia de las cámaras de vigilancia con las que ha compartido su actividad laboral desde hace 10 años, siendo plenamente consciente de su localización y de la grabación de las imágenes , si bien también es cierto que no consta que a la misma se le haya realizado una información adicional a la de 2008 respecto a los fines de estas cámaras de vigilancia.

La demandante reconoce que conocía donde se hallaban las cámaras y al menos la que se haya en el departamento de la nevera, lugar no accesible al público, es evidente que tenía por objeto el control de la actividad laboral a los efectos que correspondan, dado que al no ser un departamento accesible a los clientes difícilmente la cámara puede tener otra pretensión que el referido control.

Por ello siguiendo la STSJ de Asturias de 22.1.19 citada , existiendo un conocimiento previo de la trabajadora de la instalación del sistema de vigilancia y pudiendo deducir su finalidad habida cuenta de su colocación habrán de ponderarse los elementos necesarios para el juicio de proporcionalidad y necesidad que establece el TC.

En el presente caso la empresa procede a comprobar las imágenes del mes de enero de 2018 ante la sospecha evidente de que se estaban cometiendo irregularidades en la devolución de productos, por un hallazgo causal, y dado que la identificación de la trabajadora se hacía informáticamente con un número, el 5, que era el propio de la demandante, pero que podía ser utilizado por otros trabajadores, procede a visualizar las imágenes para verificar la autoría de los hechos. La injerencia es conocida y aceptada, limitada en el tiempo a los días concretos en los que se constatan las irregularidades informáticas

La sentencia del TS 119/18 y respecto a la Sentencia del TJUE de 5.9.17 en el caso Barbulescu I señala que hitos han de ser analizados al efecto de entender que nos encontramos ante una intromisión ilegítima o no en la intimidad personal y señala:

"El núcleo de la cuestión a debate por la Gran Sala era determinar los términos en que pueden entenderse coonestados, de un lado el derecho del trabajador al que se le respete su vida privada y correspondencia, y de otro el de la empresa a comprobar que la actividad profesional de sus empleados es ejercida con corrección y se adecua a sus directrices. Y sobre ello el Tribunal Europeo hace una serie de afirmaciones llegando a la conclusión de que ..." La lectura de los prolijos razonamientos utilizados por el TEDH en el asunto «Barbulescu», pone de manifiesto -entendemos- que el norte de su resolución estriba en la ponderación de los intereses en juego, al objeto de alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia, y los intereses de la empresa empleadora (así, en los apartados 29, 30, 57, 99, 131 y 144). Y al efecto -resumimos- son decisivos factores a tener en cuenta: a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización; c) la inexistencia o existencia de

medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino dado por la empresa al resultado del control; e) la previsión de garantías para el trabajador."

Concluyendo lo ya establecido; en el supuesto analizado si bien es cierto que el empleador no estableció de forma clara y meridiana que las cámaras eran para el control de la actividad laboral con una información adicional al respecto, en el contrato se informó de su existencia y de la propia colocación de las mismas en instancias en las que no existe acceso al público (siendo departamentos de trabajo de las empleadas de la farmacia), y una trabajadora con 10 años de prestación de servicios en el centro, bien pudo deducir que las mismas tenían por objeto el referido control de la actividad laboral. Respecto a su uso proporcionado la empresa no procede a la visualización de las cámaras habitualmente, si no que es precisamente en orden al hallazgo causal de irregularidades en el sistema informático y para validar la autoría cuando procede a visualizar las grabaciones, siendo esta actividad limitada a los días en los que se produjo la irregularidad en el sistema informático de la empresa, al existir devoluciones sospechosas, y por ello limitado en el tiempo y en el espacio y de carácter proporcional. La única forma en la que la empresa podía comprobar la autoría de las referidas actuaciones presuntamente irregulares era por las cámaras, al no tener limitado el uso personal del número de empleado cada una de las personas que prestaba servicios en la farmacia, por lo que el control de la actividad y la injerencia realizada con esas grabaciones era absolutamente necesaria y se encuentra dentro de los límites constitucionales no suponiendo una injerencia ilegítima en la intimidad del trabajador que determine la nulidad de la prueba de grabación.

Injerencia que de haberla supuesto determinaría la nulidad de la prueba de grabación y no la nulidad del resto de pruebas derivadas del sistema informático que, siendo un hallazgo causal, no se encuentran envenenadas por esa nulidad de la video grabación, así se establece en la STS 119/18 de 8 de febrero que señala que el hallazgo casual implica que la posible nulidad de una prueba por afectación de la esfera constitucional de los derechos del trabajador no implique la del resto de pruebas que han sido objeto del hallazgo causal, así lo ha entendido el TS en sentencia 119/18 de 8 de febrero que recuerda otras anteriores al establecer: Que el hallazgo «casual» de la referida prueba documental excluye la aplicación de la doctrina anglosajona del «fruto del árbol emponzoñado», en cuya virtud al juez se le veda valorar no sólo las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sino también las que deriven de aquéllas (sobre ello, SSTC 98/2000, de 10/Abril (RTC 2000, 98); 186/2000, de 10/Julio (RTC 2000, 186); 29/2013, de 11/Febrero (RTC 2013, 29); y 39/2016, de 3/Marzo (RTC 2016, 39). Y SSTS 05/12/03 (RJ 2004, 313) -rec. 52/03 -; 07/07/16 -rcud 3233/14 (RJ 2016, 4434) -; SG 31/01/17 (RJ 2017, 1429) -rcud 3331/15 -; y 20/06/17 (RJ 2017, 3195) -rcud 1654/15 -).

Superado el juicio de constitucionalidad toca ahora analizar la prueba video gráfica aportada; y al respecto ha de hacerse la siguiente consideración:

En primer lugar se trata de una aportación sesgada de intervalos de los días en los que se producen las irregularidades, done ni tan siquiera coincide el horario fijado en el sistema informático con la video grabación, y si bien se dice por la empresa, que ello deriva de la no adecuación de las cámaras a los diferentes horarios de invierno-verano, lo cierto es que el empleador señala que el desfase es de 53 minutos, sin justificar o certificarse el mismo de ninguna forma, no respondiendo esta diferencia al desfase horario de 60 minutos propio de la diferencia entre horario verano-invierno, exigiendo a esta Magistrada que haga un "acto de fe" respecto a que a la hora fijada en las cámaras ha de restársele 53 minutos, debiendo hacer manualmente la operación, para que se llegue a la hora del sistema informático en que ha ocurrido la "devolución", sin que esta divergencia se justifique o certifique fehacientemente de forma alguna.

En segundo lugar en la grabación tan solo se ve a la trabajadora realizando diferentes labores en puestos de trabajo diferentes, en ocasiones coge productos de la nevera y los deja, desconociendo esta magistrada si esos son los productos que, se supone, fueron objeto de devolución, otras veces maneja papeles diferentes sin coger producto alguno, en una ocasión se trata de un ordenador diferente a los anteriores que se encuentra de cara al público, en las grabaciones también aparecen otros empleados operando con los terminales al mismo tiempo. La parte demandada no ha requerido su visualización en el acto de juicio para poder someter el video a contradicción y despejar las dudas existentes, para que por medio de la demandante, demandados o testigos se hubiera aclarado los medicamentos que supuestamente se sacaban de la nevera y se volvían a introducir y para que la demandante hubiera podido explicar o las testificales narrar esa actividad, no habiendo sido solicitada la prueba de visualización de los videos.

En tercer lugar no se aportan la totalidad de las grabaciones de las 4 cámaras del establecimiento para poder cotejar su contenido en las franjas horarias que se señalan en el informe pericial, porque a la vez que la demandante estaba en uno de los puestos de trabajo puede ocurrir que otra empleada estuviese en otro puesto haciendo otro tipo de actividades similares con los terminales, o las supuestas devoluciones privando a este tribunal de poder cotejar por cada empleado su actividad, sin que en el informe pericial que se presenta se establezca el puesto de trabajo en el que se han realizado las operaciones irregulares, pudiendo varios empleados estar operando a la vez en diferentes puestos, sin que se haya realizado un informe pericial al efecto de acreditar desde que ordenador se hacían las operaciones y que operaciones se hacía en otros ordenadores y las cámaras que grababan un puesto u otro.

Llama la atención el hecho de que en el informe informático se señala que el 5 de enero el supuesto empleado que realiza ese tipo de operaciones es el número 8 y precisamente esa grabación de ese día donde se produce una incidencia similar a la imputada no se aporta al visionado del disco para acreditar que la demandante tecleó otro número de empleado diferente y realizó esa operación de devolución nuevamente, o que fué otra la empleada actora de esa práctica el 5.1.18.

Por lo señalado, el mero visionado de los videos aportados, en el que ni tan siquiera se establece de forma explicativa el momento exacto en el que ocurren los supuestos hechos que se imputan, no acreditan la autoría que se pretende, no siendo visionado en el acto de juicio y habiendo privado a esta Magistrada de conocer efectivamente las operaciones que se entienden responden a esa apropiación que se le atribuye, o cuales eran las actividades de otros puestos de trabajo en ese momento, o el contenido integro de las grabaciones, parte de las cuales se señala que se han perdido, no realizándose en todos los casos la operación en el mismo puesto, como se evidencia por la grabación de 10.1.18.

Por lo señalado los videos presentados y su mera visualización, que no se ha contrastado con testifical o pericial alguna en el acto de juicio, no acreditan la autoría de la demandante de forma efectiva y suficiente.

Llegados a este punto y dado que el número 5 podía ser utilizado por otras empleadas de la farmacia al realizar las correspondientes anotaciones de caja, se ha evidenciado la existencia de una irregularidad en la gestión del producto y la existencia de devoluciones ficticias desarrollada informáticamente bajo el número 5 de empleado, pero no la autoría en los términos exigibles a los efectos de serle imputada la conducta que se le señala en la carta de despido, y el despido ha de ser declarado improcedente, que no nulo, porque esta Magistrada entiende que no se han vulnerado derechos fundamentales de la demandante y que lo único que ha faltado por acreditar de forma suficiente es quien es la trabajadora que lleva a cabo la conducta imputada, no siendo las pruebas informáticas suficientes para determinar la procedencia del despido practicado.

Por lo señalado procede ser declarada la improcedencia del despido con las consecuencias fijadas en el artículo 56 del ET.

En el presente caso la indemnización que corresponde asciende a 19.316,05 euros

Pudiendo la empresa optar por la indemnización o por la readmisión con abono de salarios de tramitación desde el despido hasta la efectiva readmisión a razón de 53,91 euros diarios, en caso de no hacer opción expresa la empresa, en el juzgado, en el plazo de cinco días desde que se le notifique la sentencia se entiende que opta por la readmisión.

Cuarto.- Recursos.

Frente a esta resolución cabe recurso de suplicación conforme a lo dispuesto en el artículo 191 de la LRJS

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

ESTIMAR en su petición subsidiaria la demanda interpuesta por D. MARIA ANGELES ROSENDO ROMERO frente a JAVIER OJANGUREN MADARIETA, declarando IMPROCEDENTE EL DESPIDO producido el 13.2.18

CONDENAR a JAVIER OJANGUREN MADARIETA a optar, en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia, ante este Juzgado, entre readmitir a la trabajadora en su relación laboral con abono de salarios de tramitación desde el despido hasta la efectiva readmisión a razón de 53,91 euros diarios o indemnizarle en la cantidad de 19.316,05 euros. En caso de no ejercitarse la opción por la indemnización en el plazo señalado se entenderá que opta por la readmisión.

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, debiendo ser anunciado tal propósito mediante comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, debiendo designar letrado/a o graduado/a social para su formalización.

Para recurrir la demandada deberá ingresar en la cuenta nº 0049-3569-92-0005001274, expediente judicial nº 4719-0000-65-0314-18 del Banco Santander, con el código 65, la cantidad líquida importe de la condena, sin cuyo requisito no podrá tenerse por anunciado el recurso. Dicha consignación puede sustituirse por aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en la forma dispuesta en el artículo 230 de la LJS.

Asimismo, el que sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación deberá ingresar en la misma cuenta corriente, con el código 69, la cantidad de 300 euros en concepto de depósito para recurso de suplicación, debiendo presentar el correspondiente resguardo en la Oficina judicial de este Juzgado al tiempo de anunciar el recurso.

Están exentos de constituir el depósito y la consignación indicada las personas y entidades comprendidas en el apartado 4 del artículo 229 de la LJS.

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

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.