



Roj: **STSJ PV 482/2024 - ECLI:ES:TSJPV:2024:482**

Id Cendoj: **48020340012024100339**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2024**

Nº de Recurso: **2305/2023**

Nº de Resolución: **71/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FLORENTINO EGUARAS MENDIRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Lan-Arloko Sala

C/ Barroeta Aldamar, 10 7ª Planta - Bilbao

94-4016656 - tsj.salasocial@justizia.eus

NIG: 4802044420230007541

0002305/2023 Sección: FT7 Recursos de Suplicación / Erregutze-errekurtsoak

Juzgado de lo Social Nº 10 de Bilbao 0000652/2023 - 0 Despidos / Ceses en general 0000652/2023 - 0

RECURSO N.º: Recursos de Suplicación, 0002305/2023

NIG PV 4802044420230007541

NIG CGPJ 4802044420230007541

SENTENCIA N.º: Número de resolución

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 16 de enero de 2024.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. D. Juan Carlos Iturri Garate, Presidente en funciones, D. Florentino Eguaras Mendiri y Dª Maite Alejandro Aranzamendi, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Juan María contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 10 de los de Bilbao de fecha 20 de septiembre de 2023, dictada en proceso sobre Despido, y entablado por Juan María frente a SERVEO SERVICIOS SA.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Florentino Eguaras Mendiri, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

" PRIMERO.- D. Juan María , con DNI nº NUM000 ha venido desarrollando trabajos como oficial de primera de mantenimiento para SERVEO desde el 04/06/2018 con un contrato a jornada completa, desarrollando sus funciones de mantenimiento en las instalaciones de la mercantil ITP en Zamudio.

Que el salario es de 2.359,91 euros con inclusión de la parte proporcional de pagas extras.

Que resulta de aplicación el Convenio Colectivo para la industria siderometalúrgica de Bizkaia, y el convenio siderometalúrgico estatal para el régimen sancionador.

SEGUNDO.- El 2 de junio de 2023 D. Juan María recibió carta de despido con el siguiente contenido " La Dirección de la Empresa SERVEO SERVICIOS, S.A.U se dirige a Ud. para notificarle que a la vista de los hechos y fundamentos que se detallarán más adelante, y de acuerdo con la normativa laboral vigente, ha decidido proceder a su despido disciplinario con fecha y efectos de hoy 2 de junio de 2.023.

HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA FALTA Y FECHA DE SU COMISION

Que Ud. presta sus servicios en esta empresa como Oficial de 1º , prestando servicios en el contrato de mantenimiento que esta empresa tiene con I T P en su centro de Zamudio.

Que el propio cliente I T P, ha puesto en nuestro conocimiento, los siguientes hechos constitutivos de un caso de robo de material, en los que Ud. ha si participe necesario.

En concreto nos trasladan que el pasado 26/05/2023 sobre la 1:40 am, un operario de la contrata Aeroreciclyng (empresa que gestiona las virutas y chatarra de I T P) ajeno por tanto a nuestra organización, es visto portando dos bolsas de basura, una negra y otra verde, con bastante peso, por la postura con las que porta la carga, y dejándolas en el cuarto de bombas del edificio C30.

Al generar sospechas tal comportamiento, y llamarle la atención ya que el referido cuarto no es lugar de almacenamiento de chatarra, el propio vigilante de seguridad de I T P decide acercarse al cuarto de bombas para comprobar cuál era la mercancía que portaba, y se encuentra que en la bolsa negra portaba virutas de titanio y en la bolsa verde una pieza de titanio, haciendo varias fotos de las evidencias.

Ante la sospecha de que algo ilícito estaba ocurriendo mantiene las cámaras de seguridad enfocando a la entrada del cuarto de bombas para ver cual era la finalidad de almacenar esa chatarra en dicho cuarto, no previsto para dicho fin.

El mismo día, pero sobre las 19:55, el vigilante observa por la cámara la llegada de una furgoneta rotulada de nuestra empresa Serveo, descendiendo Ud. del vehículo y portando una bolsa de basura negra vacía entra en el cuarto de bombas, donde previamente el empleado de la otra contrata había dejado las bolsas con chatarra, y tras unos minutos sale nuevamente con dos bolsas con peso y las carga en la furgoneta.

Posteriormente una vez cargadas, regresa con una escoba y recogedor, intuimos para limpiar los restos que han caído al hacer el traspaso de chatarra entre las bolsas y así no dejar rastro.

Con las bolsas cargadas sale con la furgoneta de la planta de I T P, dirigiéndose al aparcamiento exterior de vehículos particulares en el que permanece alrededor de 3 minutos, para posteriormente volver a entrar en la planta.

El vigilante decide entonces volver al cuarto de bombas y comprueba que las bolsas dejadas horas antes por el trabajador de Aeroreciclyng, ya no se encontraba ahí.

Que, del desarrollo de los hechos descritos, se desprende claramente, que Ud. y el otro trabajador, habrían sacado sin autorización material (chatarra) del cliente, que, dado su valor, habrían destinado a la venta, habiendo por tanto cometido un hurto / robo de material, para sacar un beneficio personal.

Que, tal conducta ha sido detectada por cliente, quien a su vez se reserva las acciones legales oportunas para resarcir el daño.

Que, en virtud de todo lo expuesto, se ha producido una pérdida de la confianza de sus superiores en el desempeño de sus funciones y tareas encomendadas, su empresa considera, que Ud. ha venido incumplimiento, de forma consciente y voluntaria, las obligaciones que le eran propias en virtud de la relación contractual que lo vincula a esta Entidad, conducta que se ve agravada por el abuso de confianza depositada por el cliente en nuestros operarios, que gozan de privilegio de entrar y salir de la planta sin ser registrados por seguridad, ya que en sado contrario es obligatorio en caso de sacar material propiedad del cliente, de ponerlo en conocimiento de seguridad.

Respecto de dichas conductas, la buena fe, por sí misma, es origen de obligaciones que van más allá de la letra de lo pactado por las partes del contrato. Es uno de los principios informadores del ordenamiento jurídico, el

que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, que se infringe cuando se realiza un acto equívoco o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien PUSO su confianza en ello. El respeto a la buena fe constituye exigencia básica y central para las partes del contrato, debiendo resaltarse, que su vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección.

FUNDAMENTACION JURIDICA

1º Que en virtud del Art. 58 del Estatuto de los trabajadores y de acuerdo con el Art. 62 del IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal, la empresa ostenta el poder disciplinario en el marco de las Relaciones Laborales.

2º Que los hechos anteriormente recogidos, a tenor de lo establecido en el Art. 65.c del i V Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal, constituyen una falta tipificada como MUY GRAVE por cuanto Ud. ha incurrido en fraude, deslealtad y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo.

3º Que los hechos recogidos con anterioridad se consideran como incumplimiento contractual de acuerdo con lo preceptuado en el Art. 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores "la transgresión de la buena Fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo".

4º Que asimismo han sido vulnerados los Art. 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores .

SANCION IMPUESTA

Por todo lo anterior y a la vista de los hechos y fundamentos antes establecidos la Dirección de la Empresa, ha tomado la decisión de imputarle una falta de carácter "MUY GRAVE", y aplicando lo establecido en el Art. 66.c del citado Convenio General del Sector , que fija la sanción para faltas muy graves "en suspensión de empleo y sueldo de 21 a 60 días o con el despido", y en virtud de los art. 54 y 55 del E. T, ha decidido sancionarle con el "DESPIDO DISCIPLINARIO", el cual tendrá fecha y efectos del día 2 de junio de 2.023.

Asimismo, mediante el presente escrito le indicamos que en los próximos días se procederá a ingresarle la liquidación saldo y finiquito que legalmente le corresponda." (documentos nº 1 y2 del ramo documental de la demandada).

TERCERO.- ITP inició procedimiento penal, y renunció a su continuación al recuperar el material sustraído (documento nº 4 del ramo documental de la parte actora). D. Juan María reconoció la sustracción y procedió a la restitución del material (documentos nº 3 y 4 del ramo documental de la parte demandada)

CUARTO.- Las cámaras de videovigilancia que detectaron el comportamiento de D. Juan María expresado en la carta de despido se encuentran visibles y anunciadas mediante carteles informativos (documento nº 6 del ramo documental de la parte demandada), al tiempo que una de las funciones de D. Juan María era el mantenimiento eléctrico de dichas cámaras.

QUINTO.- Se ha intentado conciliación previa sin efecto, celebrada el 12/07/2023, previa presentación de papeleta de conciliación presentada el 29/06/2023."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando la demanda formulada por D. Juan María frente a SERVEO SERVICIOS S.A.U, debo declarar y declaro procedente el despido operado por la demandada."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao dictó Sentencia el 20-9-2023, procedimiento 652/23, en la que desestimó la demanda interpuesta por el trabajador, relativa a despido, y ello por entender que los hechos imputados sobre la actuación realizada por el trabajador el 26-5-2023 constituían una falta muy grave sancionable con despido, en cuanto se había llevado a cabo una conducta de sustracción de material en la empresa contratante de los servicios de la entidad para la que presta su labor profesional el trabajador, y todo ello quedaba evidenciado a través de la observancia de las cámaras existentes en el lugar.

Al trabajador, en concreto, se le sanciona porque los hechos acreditados son que otro trabajador de otra empresa dejó, en un local de la empresa contratante, dos bolsas con chatarra y otro material, que posteriormente el trabajador retiró. Interpuesta denuncia por la contratante principal, entidad ITP, el

demandante reconoció la sustracción y restituyó el material, motivo que determinó la renuncia a la continuidad del proceso penal.

Indica el Hecho Probado cuarto de la instancia que las cámaras de video vigilancia detectaron el comportamiento del actor, existiendo carteles informativos de su existencia y siendo la labor del trabajador el mantenimiento eléctrico.

La Sentencia de instancia termina por concluir que el trabajador ha sido sancionado de manera idónea, sin que se haya vulnerado derecho fundamental alguno por la utilización de la vigilancia de las cámaras, y calificándose de procedente el despido por el reconocimiento que realizó el trabajador de los hechos, los que se consideran que revisten gravedad suficiente para constituir una transgresión de la buena fe contractual.

SEGUNDO.- Frente a la anterior Sentencia interpone recurso de suplicación la parte actora y en los dos primeros motivos, por la vía del apdo. b) del art. 193 LRJS, pretende modificar los Hechos Probados tercero y cuarto.

En la línea discursiva que indica la impugnación del recurso se van a desestimar ambas revisiones, y las causas son múltiples: en primer término, nos encontramos ante fotografías que no son valorables en el recurso en cuanto que no constituyen documento idóneo para una revisión de los hechos (STS 6-4-2022, Rec. 1370/20); segundo, la primera revisión resulta intrascendente y especulativa, pues la Sentencia recurrida describe lo sucedido en la vía penal pretendiéndose obtener una deducción respecto a los hechos acontecidos por la conducta empresarial; y, tercero, el Juzgado de instancia ha valorado la actividad del trabajador obteniendo una conclusión, y no se nos muestra error en ella, y éste es esencial para que prospere cualquier revisión (STS 23-12-2022, Rec. 59/21).

En definitiva, procede mantener el relato fáctico.

En los siguientes motivos, del tercero al sexto, se denuncia la materia jurídica por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS.

Descartamos el examen del último motivo porque se indica en la impugnación que es novatorio, y como la Sentencia de instancia nada ha tratado sobre el extremo que se insta, y no figurando el mismo en ella, vamos a atribuir ese carácter novatorio que imputa la empresa al alegato del recurrente al ser conocido que las cuestiones nuevas no pueden ser esgrimidas en la fase de recurso extraordinario, precisamente porque este carácter implica la consolidación y configuración del proceso en un única instancia (STS 9-6-2020, Rec. 753/19, respecto a la imposibilidad en el recurso extraordinario de alegar cuestiones nuevas).

El motivo tercero alega la insuficiencia de la carta, y esgrime la denuncia del art. 55 ET. Efectivamente, la carta de despido debe contener los elementos fundamentales para la defensa del trabajador ante el despido acontecido (STS 7-6- 2022, Rec. 1969/21). La descripción de los hechos para articular una defensa frente a los mismos implica el que en cada caso deba de valorarse si la carta contiene elementos suficientes para que exista una defensa por parte del trabajador respecto a las descripciones e imputaciones que lleva a cabo el empleador (STS 27-3-2013, Rec. 121/2012).

En nuestro caso, la conducta del trabajador queda perfectamente definida, y el mismo reconocimiento que realizó de los hechos simplifica la conducta y su valoración, así como los perfiles de la imputación que realiza la empresa. Cierto es que ésta no ha determinado la identidad de aquellos sujetos que, en su caso, pudieran servir de defensa de la postura del trabajador, pero, reiteramos, el propio reconocimiento que se lleva a cabo del entorno en que se lleva a cabo su conducta, y ella misma, evita cualquier posible indefensión, al ser conocidas las circunstancias concurrente por el demandante. En definitiva, se desestima el motivo tercero del recurso.

El motivo cuarto, respecto a la proporcionalidad, en aplicación de la teoría gradualista del despido, lo postergamos porque en el motivo quinto, también por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS, se denuncia la infracción de los arts. 20 ET y 18 CE, entendiéndose, y así se alega, que la prueba practicada a través del control por cámara de vigilancia es ilícita, produciéndose con ella una conculcación del derecho fundamental a la intimidad y con cita de diversa jurisprudencia hace referencia a los arts. 6 y 89 de la LO 3/18, de 5 de diciembre, sobre protección de datos personales y garantía de los derechos digitales sobre el tratamiento de datos de carácter personal: Al realizarse esta formulación procede su análisis prioritario al tratarse de un derecho constitucional y una posible consecuencia de despido nulo.

Es conocido que en el llamado capitalismo de la vigilancia se apoya en la utilización de medios de control del trabajo que son susceptibles de incidir en los derechos de imagen y en el tratamiento de datos de los trabajadores. La denominada supervigilancia empresarial se apoya en la diversidad de los medios técnicos que ofertan las nuevas tecnologías tanto de la información como de la comunicación. La etiquetada traslucidez del trabajador, o fantasía de la transparencia, implica que la actividad humana queda al descubierto en todas sus esferas, resultando cristalina frente a la opacidad y anonimato de quien observa. La delimitación de los

medios técnicos que inciden en la observancia de las personas, y la preservación de estas, se lleva a cabo a través de la modalidad de los denominados derechos fundamentales de cuarta generación, por medio de los cuales se pretende obtener y configurar una defensa estricta de los derechos fundamentales de la persona, cuidándole y protegiéndole a ésta de la incidencia de las redes comunicativas y de la digitalización invasora, de forma que a través de las nuevas tecnologías se revierta el proceso de indefensión y se dote al sujeto de un marco de seguridad, certeza y confianza fiable frente a la liquidez del entorno tecnológico. A ello es a lo que se tiende con las normativas actuales y las mismas son transversales respecto a los agentes aplicadores del derecho, de manera que estos deben configurar todas sus interpretaciones de conflictividad de los derechos fundamentales de integridad, imagen e intimidad por incidencia de las nuevas tecnologías en el contexto de una perspectiva cognoscitiva o única, que prime la preservación del sujeto y la primacía de los derechos de la cuarta generación referidos.

De aquí el que los derechos de intimidad y propia imagen deban ser contemplados desde las perspectivas actuales que conducen a reclamar la incidencia de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la imagen, intimidad personal y familiar. Estos derechos fundamentales, como todos ellos, son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, protegiendo a la persona de la captación, reproducción o publicación de momentos de su vida privada.

El reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos y a la libre circulación de los mismos implicó la publicación de la Ley Orgánica 3/18, y por la que se intenta restringir la inmisión de las tecnologías en los ámbitos personales de la persona, garantizándole la intimidad frente al intrusismo.

La posibilidad de utilizar en el entorno laboral medios de captación de imagen, como son los conocidos como video-vigilancias, ha configurado un cuerpo jurisprudencial que se apoya en la perspectiva del conocido Test Barbulescu, en el que para comprobar la licitud de una invasión de la esfera íntima del trabajador, justificando la intromisión del empresario en el ámbito de la persona trabajadora, se requiere la información previa de éste de las consecuencias de la utilización del medio utilizado, y la superación del umbral de inmisión mínima en la vida de la persona. La sentencia **López Ribalda** de 17 de octubre de 2019 del TEDH ha llevado consigo el que se exija que la operatividad del sistema de video-vigilancia lleve implícita una actuación pública, y que tenga el objetivo de control exclusivo del trabajo.

El referido artículo 89 de la Ley Orgánica citada implica el requerimiento a la empresa de que la utilización con fines profesionales de las captaciones de imagen de los trabajadores se haya llevado a cabo mediante un previo comunicado a éstos de esta circunstancia, de tal manera que, con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa todo trabajador tenga conocimiento de la existencia de la captación de imágenes con fines laborales. Se excluye por el artículo 89 de la Ley Orgánica 3/2018, el supuesto al que alude el artículo 22.4 de la misma Ley, y que es por referencia a la existencia de un ilícito de los trabajadores, en cuyo caso se considera cumplido el deber de informar cuando existiese al menos un dispositivo en lugar suficientemente visible identificando la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento 2016/679.

Por tanto, si el empresario ha incumplido el deber de dar a conocer las actuaciones de control mediante imágenes de los trabajadores, sin embargo, puede utilizarlas cuando nos encontremos ante ilícitos laborales y exista una publicitación del sistema de cámaras. En concreto se alude excepcionalmente a la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos, supuesto en el que 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

Si bien esto es cierto, y la ley autoriza el uso de las cámaras en estos supuestos excepcionales, en nuestro caso podemos acercarnos al supuesto señalando que la parte demandante realiza una actividad contraria al contrato de trabajo, y ello no se cuestiona. Sin embargo, debemos preguntarnos si la conducta empresarial conculca algún derecho fundamental en su actuación, y, sobre ello, entendemos que el prius inicial es que la preservación de los derechos fundamentales tiene una prevalencia frente a la excepción -que es su desconocimiento-, y esta prioridad no es de posible olvido o postergación en beneficio de la empresa cuando ha sido ella misma quien incumple su obligación de publicitar el medio de control de la vigilancia en la relación laboral -ad intra-. De la ilegalidad no nacen derechos.

Veamos. Si la Ley 3/2018 entró en vigor el 7 de diciembre de 2018, y desde entonces la empresa no ha llevado a cabo la regularización funcionalista -utilización- del sistema de control mediante el sistema de video-vigilancia de la situación de los trabajadores cumpliendo con ello la previsión legal de dar a conocer su uso en la actividad laboral, difícilmente puede aplicar la excepción de ilícito laboral del trabajador para acreditar su conducta, pues esta posibilidad queda enervada por dos criterios: el primero, por aplicación de la doctrina

de los actos propios, que implica el que si la empresa se acomoda a una actividad de inutilización de las cámaras para controlar a los trabajadores, no es posible apoyarse en una excepción a la misma, contrariando la vinculación que a sus manifestaciones tácitas y previas se ha realizado de prescindir para el control de la actividad laboral de la vigilancia por cámaras, las que únicamente tienen una finalidad de seguridad y en la esfera de la contratista principal. Recordemos que la teoría de los actos propios se aplica en el contrato de trabajo (STS 11 de marzo de 2013, recurso 70/2012), y que quién lleva a cabo una conducta indolente y de omisión frente a sus deberes legales, y más cuando los mismos atañen a la esfera y ámbito de los derechos fundamentales, no es posible, que a la vez retorne su propia declaración permanente y constante de no utilizar las cámaras en el ámbito laboral, para aquello en que pudiera beneficiarle, y con ello llevar a cabo ese uso. Así, pudiera alcanzarse el resultado de ser más beneficioso para la empresa el incumplir la normativa que obliga al empresario que quiere utilizar el control laboral de las cámaras de anunciarlo a los trabajadores, que llevar a cabo la comunicación pertinente a los afectados, y con este proceder irregular aprovechar el incumplimiento para acogerse a la excepción del uso incentivándose entonces por la práctica judicial una conducta irregular; y, en segundo término, indicar que esa misma utilización del sistema de video-vigilancia, no puede ser una situación de incertidumbre o indefinición para el trabajador. Si las cámaras se han utilizado exclusivamente con un fin de del entorno de la contratista principal, no es posible expandir su cometido a otras esferas diferentes, y por tanto se debe interpretar su finalidad respetando en su integridad la intimidad, imagen y circunstancias de la persona trabajadora. La empresa utiliza este medio, sin embargo, también para un fin de producción, aprovechando lo beneficioso y rechazando lo perjudicial. No le es indiferente al trabajador el conocer que su persona, imagen y corporeidad son utilizadas o, por el contrario, excluidas del sistema de cámaras, pues ello no sólo implica la certeza, seguridad y comodidad del sujeto, sino maneras de comportarse, expresarse o manifestarse que no son irrelevantes para la persona y el entorno de la misma en las relaciones laborales. Si la empresa, mantiene esa distancia con el trabajador, y excluye de las cámaras cualquier posible inmisión -al no comunicarle su uso-, no es factible que a la primera incidencia utilice dichas cámaras, pues ello quebranta la propia finalidad, uso y maniobrabilidad de un sistema de tanto riesgo como es la video-vigilancia, y más cuando ella incide en derechos previos al mismo contrato de trabajo como son los de la imagen y protección de datos o intimidad.

En definitiva, la previsión excepcional del uso por la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores, prevista en el art. 89 LO 3/18, es una norma transitoria en nuestro supuesto, si la empresa no ha utilizado la vía de legalización del sistema para el uso de la actividad de los trabajadores no es posible, transcurrido el tiempo de inicio de la vigencia de la ley, el que instrumentalice el control por cámaras sin cumplir la premisa mayor que le impone la ley.

De aquí el que sí que estimemos que ha existido en la conducta empresarial una actividad ilícita, y que por tanto esta lleva consigo el que, de conformidad al artículo 90.2 LRJS en relación al 11 de la LOPJ, consideremos que nos encontramos ante una prueba ilícita, y desde ello el que acudamos, a la teoría del fruto envenenado, la que nos conduce a entender que debemos analizar la prueba y su obtención, y retrotrayéndonos en el tiempo comprobemos el modo y la manera en el que la presunta prueba ilícita se ha obtenido, porque ha sido entonces cuando se ha desencadenado el quebrantamiento del derecho fundamental. La custodia del orden constitucional corresponde a todos quienes participamos en la interpretación y aplicación del derecho, y de aquí el que si la prueba en la que se apoya la extinción del contrato de trabajo es ilícita, las consecuencias sean también la ilegalidad de todo lo actuado, y si al comienzo se produce una quiebra de un derecho fundamental, ello nos conduce al art. 55 ET, que determina la nulidad del despido.

No existen datos de los cuales poder deducir el que la conducta sancionada queda acreditada por otro cauce diferente a la prueba practicada de videovigilancia; ya que el reconocimiento que se realiza de los hechos se lleva a cabo como consecuencia de una actuación de inmisión en el entorno íntimo del trabajador, que vicia esa declaración de reconocimiento; y, en todo caso, sí que creemos que una conducta transgresora de un derecho fundamental por parte de la empresa lleva consigo el que toda la cadena de actos, incluido ese reconocimiento y por supuesto el mismo despido, que son consecuencias de aquella actuación inicial conculcadora del derecho fundamental, sean afectados de nulidad -ex tunc-, y, por aplicación de la indicada teoría ya referida del fruto podrido, determinemos la consecuencia de la nulidad del despido, con sus consecuencias readmisorias y de salarios de tramitación.

La Sentencia de instancia incide para argumentar que la empresa no ha conculcado ningún derecho fundamental en que no era la titular de las cámaras, pues realizaba una actividad de subcontratación en la sede de la contratista principal, que es la instaladora de las cámaras y cuya finalidad es la seguridad. Tal circunstancia no enerva los derechos de los trabajadores y la obligación empresarial de mantener a sus empleados en perímetros de certeza y preservación de sus derechos, tanto ordinarios como fundamentales. La contratación de los servicios, mediante la externalización de funciones, obliga tanto a la empresa principal como a la subcontratada a preservar los derechos de los trabajadores que acceden al recinto, y es obligación

de ambas empresas el cumplir con los postulados del ejercicio de los derechos fundamentales, y en nuestro caso de ese derecho que propugna el recurrente en relación a la Ley Orgánica citada. De aquí el que no exista una exoneración de responsabilidad y de valoración de la prueba respecto a la empresa demandada.

Y, en referencia a lo anterior, ésta ha utilizado de manera única y exclusiva la prueba de video vigilancia para la constatación de la conducta del trabajador, y no existiendo otro elemento propulsor del procedimiento que dicha prueba, la que se ha instrumentalizado para configurar la carta de despido; tal proceder nos conduce, según hemos referido, a que desde el inicio el despido queda viciado, y afectado mediante esa teoría del fruto envenenado, que implica el que todos los actos posteriores a la conculcación del derecho fundamental queden impregnados por la conculcación del mismo, y de aquí el que ni tan siquiera el reconocimiento que lleva a cabo el trabajador sirva para que se produzca la resolución de su contrato de trabajo.

De todo lo anterior el que vayamos a estimar el motivo quinto, y existiendo una conculcación del derecho fundamental ponderamos el perjuicio, vista la antigüedad del trabajador en 3.000 euros por compensación del derecho fundamental y, precisando que, en su caso, el motivo cuarto del recurso que alegaba la infracción del art. 54 ET, hubiese sido desestimado, aunque, ciertamente, carecemos del importe del valor del material sobre el que versa la conducta del trabajador, elemento que implica el que, aludiéndose en la Sentencia recurrida a la gravedad de la conducta, y no existiendo un juicio paralelo en el recurso respecto a ello, la conclusión hubiese sido su rechazo.

En definitiva: se declara nulo el despido con las consecuencias que de ello se derivan, respecto a la indemnización y salarios de tramitación.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao de 20-9-2023, procedimiento 652/23, por don Ignacio Gabriel Gallego Zamora que actúa en nombre y representación de don Juan María, y con revocación de la misma se declara nulo el despido practicado con efectos del 2-6-2023, condenando a la empresa Serveo Servicios SAU a estar y pasar por la anterior declaración, y a que readmita al trabajador en iguales circunstancias a las que regían con anterioridad al despido, y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del mismo hasta la notificación de la presente Sentencia, a razón de 77,59 euros/día y 3.000 euros en concepto de indemnización por conculcación de derecho fundamental, sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir



el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del BANCO SANTANDER, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del BANCO SANTANDER, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699000066230523.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699000066230523.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.