

DESPIDOS BASADOS EN CÁMARA OCULTA

Francisco Ramón Lacomba Pérez
Abogado del Área de Conocimiento e Innovación
Cuatrecasas, Gonçalves Pereira



IUSLabor 3/2022, ISSN 1699-2938, p. 141-146

DOI. 10.31009/IUSLabor.2022.i03.06

Fecha envío: 14.10.2022 | Fecha aceptación: 27.10.2022 | Fecha publicación: 19.12.2022

Son aquí objeto de comentario y breve reflexión dos recientes Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en torno a la prueba de vídeo obtenida con cámara oculta para acreditar la infracción laboral cometida por la persona trabajadora, y sus consecuencias sobre la calificación del despido disciplinario.

La videovigilancia encubierta es un recurso de uso creciente por dos motivos principales: de un lado, porque cada vez más las empresas no tienen a la vista a sus trabajadores durante su prestación laboral, lo que viene alimentando cierta ansiedad empresarial por ejercer una mayor vigilancia o comprobación, tanto preventivamente como -sobre todo- de forma reactiva (que es el caso que aquí nos ocupa), ante cualquier hecho sospechoso; y, de otro lado, porque la innovación tecnológica de los dispositivos de videovigilancia ofrece cada vez mayores posibilidades, gracias a mejoras ópticas y de audio, inteligencia artificial, nuevas funciones y menores tamaños, que permiten, por ejemplo, visión de 360°, reconocimiento facial, audio bidireccional, visiones nocturna y térmica, detectores de presencia y movimiento, mejor ocultación, etc.

Pues bien, en este contexto, nos encontramos con estas dos Sentencias dictadas recientemente en torno a esta realidad, que queremos destacar, y que son la STS nº 692/2022, de 22 de julio (rec. nº 701/2021), del Pleno de la Sala, y la STS nº 696/2022, de 26 de julio (rec. nº 1675/2021).

La primera de las resoluciones aborda el supuesto de un empleador que grabó la infracción cometida por la trabajadora, empleada de hogar (intento de robo en el domicilio), mediante cámara oculta que enfocaba al armario de la habitación, aportando dicha grabación como prueba en el acto de juicio.

En el segundo pronunciamiento, la empresa instaló una cámara oculta al lado de la máquina de fichar la entrada y salida. Dicha cámara captó que un trabajador había registrado fraudulentamente el fichaje de dos compañeros e inutilizado (otro día posterior) mediante un adhesivo la referida cámara, que estaba camuflada. Estos hechos motivaron su despido disciplinario, aportándose el vídeo como prueba de la infracción cometida.

En ambos casos, con el objetivo obvio de sorprender al infractor, los empleadores no informaron previamente a la persona trabajadora de la existencia de la cámara, y es esta ocultación la que se topa con el art. 89.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que expresamente establece que *“los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores ... y, en su caso, a sus*

representantes, acerca de... la existencia de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores”.

¿Invalida como prueba, entonces, haber obtenido esta grabación clandestinamente, sin haber advertido antes a la persona trabajadora?

El Tribunal Supremo responde, en estos dos pronunciamientos, a esta duda con apoyo en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II), que no puede obviar porque es posterior a la Ley Orgánica 3/2018, aplica derecho español y admite la videovigilancia encubierta cuando esta medida esté justificada (i) por la sospecha legítima de graves irregularidades y perjuicios y (ii) porque ninguna otra medida permita alcanzar el objetivo legítimo, y ello debido a que, en opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede justificar la ausencia de información previa el hecho de una imperativa protección de intereses públicos o privados importantes.

Por tanto, según el Tribunal Supremo, las empresas podrán utilizar excepcionalmente cámaras ocultas de videovigilancia para sorprender “in fraganti” a la persona trabajadora, supuesta infractora, pero solo si la medida es proporcional, idónea y necesaria. Y la vara de medir del cumplimiento de estos requisitos será:

1. Que exista una sospecha fundada y esta no sea mínima, sino que sea seria y consistente, es decir, basada en una conducta previa de la persona trabajadora y perjudicial para el empleador. Es decir, sin sospecha fundada previa no cabe videovigilancia oculta de la persona trabajadora.
2. Que la cámara enfoque muy restrictivamente a un lugar concreto y por un tiempo muy limitado, determinado por las circunstancias del supuesto (no cabe una videovigilancia oculta permanente).
3. Que no exista otro medio alternativo y menos invasivo para poder acreditar la infracción.

Los casos analizados en las Sentencias del Tribunal Supremo que aquí comentamos van a correr suertes distintas precisamente porque difieren en uno de esos aspectos clave. Así, mientras en el caso de la empleada de hogar existían sospechas razonables previas (habían desaparecido 30.000 € de la caja fuerte que había dentro del armario de la habitación, que apareció abierto, y era aquella empleada la única que tenía acceso con llaves a la vivienda y se quedaba en muchas ocasiones sola para limpiar), en el caso de la cámara oculta instalada junto a la máquina de fichar, no existían sospechas

de incumplimiento, ni perjuicios notables, ni significativas irregularidades en la actuación de la plantilla, ni comisión flagrante de actos ilícitos o algún motivo especial que comprometiera la seguridad. Esta circunstancia diferenciadora va a llevar a que, en el primer despido, la prueba sí pueda ser tenida en cuenta, y conduzca aquí a confirmar la procedencia del despido, mientras que, en el segundo caso, la grabación no pueda utilizarse.

Pero, peor para la empresa que el despido disciplinario no prospere por quedar invalidado el único medio de prueba utilizado (la grabación oculta, en este caso, que permitía acreditar la única infracción, o la más grave, imputada) es que -como resultado de la videovigilancia encubierta y a pesar de la infracción- el despido se declare nulo y la empresa deba readmitir a la persona trabajadora y abonarle los salarios dejados de percibir desde su despido, e incluso indemnizarle por el daño moral causado por haberle grabado con una cámara oculta, vulnerando sus derechos fundamentales a la propia imagen, la intimidad y/o la protección de sus datos personales.

Y es que, por muy segura que esté la empresa de la gravedad de los hechos y de que puede sorprender al infractor “con las manos en la masa”, no debe olvidar que la persona trabajadora infractora también tiene derechos fundamentales, por lo que no se puede, sin un análisis previo de la situación, instalar cámaras ocultas y esperar a “cazarlo”. El límite de los derechos fundamentales de la persona trabajadora es una variable crítica que la empresa no puede pasar por alto, porque puede estar en juego mucho más que la viabilidad del despido.

En efecto, existen posturas judiciales que entienden que cuando se han vulnerado derechos fundamentales para probar los hechos justificativos del despido, no basta con que la prueba no se tenga en cuenta (y el despido acabe siendo improcedente por no haber probado la infracción), sino que la consecuencia debe ser que el propio despido también se considere nulo y se produzca obligatoriamente la readmisión de la persona trabajadora, volviendo a la situación anterior.

El Tribunal Supremo justo acaba de pronunciarse sobre este criterio judicial y no lo descarta. En efecto, es en la otra Sentencia objeto de este comentario, la STS nº 696/2022, de 26 de julio (rec. nº 1675/2021), donde da cabida a esta interpretación, que se conoce como doctrina de los frutos del árbol envenenado, y que había aplicado la STSJ de Cataluña aquí recurrida.

Esta doctrina parte de las SSTC 196/2004 y 29/2013, de 11 de febrero, según la cual, la reparación de la lesión conlleva la eliminación absoluta de efectos, lo que debe dar

lugar a la nulidad del despido y no a la improcedencia, que sería consecuencia de la falta de acreditación del incumplimiento contractual.

No es pacífica esta doctrina, y no es fácil aportar sentencia de contraste válida. En concreto, en este caso se invocó la STSJ Castilla-La Mancha 25/2018 de 12 de enero (rec. nº 1416/2017), que revocó la de instancia y declaró improcedente el despido.

La Sala estima, en este caso, que no concurre contradicción entre las sentencias y no se pronuncia sobre el caso concreto.

Pero, en su razonamiento, el Tribunal Supremo acaba admitiendo que cabe la calificación tanto de nulidad como de improcedencia del despido disciplinario basado en hechos cuya prueba se haya conseguido vulnerando derechos fundamentales. Se basa en la STC 61/2021 que, pronunciándose sobre este particular, dejó también abierta (y remitida a cada caso concreto) la solución sobre la calificación del despido en estos casos. En concreto, admite la Sala ambas calificaciones del despido como posibles por las razones siguientes:

- Por un lado, las SSTC que tradicionalmente se aportan como apoyo para declarar la nulidad del despido no resuelven, en realidad, el dilema planteado, porque ninguna de ellas se refiere a un supuesto de prueba ilícita, sino de extinción de la relación laboral por razones discriminatorias y/o lesivas de los derechos a la libertad sindical y de la libertad de expresión, que necesariamente llevan a la nulidad del despido.
- Por otro lado, la STC 61/2021 advierte también que la interpretación constitucional no es instrumento adecuado para descartar ninguna de las dos opciones interpretativas enfrentadas (a saber: que siempre será nulo el despido cuando se base en una prueba nula o que siempre será improcedente si se elimina la prueba nula y no existen otras válidas).
- Pero, finalmente, recuerda la Sala que también cabe la improcedencia porque no es irrazonable desligar la nulidad de la prueba de la calificación del despido: según el Tribunal Constitucional, un despido no es necesariamente nulo por el hecho de que venga basado en una fuente probatoria que haya comportado la vulneración de derechos fundamentales. Se trata, precisamente, de la opción asumida por la sentencia referencial invocada en este recurso (al igual que el objeto del amparo constitucional en el asunto de la STC 61/2021).

En suma, acaba concluyendo el Tribunal Supremo que, en cada caso concreto donde surja este debate, *“podríamos unificar doctrina sosteniendo que la consecuencia de que la fuente probatoria esté contaminada debe ser la expulsión del procedimiento de las grabaciones obtenidas (y declararlo improcedente); por el contrario, podemos considerar, como hace la sentencia recurrida, que el despido está inevitablemente contaminado en todo caso (y declararlo nulo); pero también, claro está, cabe que nos inclinemos por una posición intermedia o, simplemente, distinta”*.

Por tanto, con este nuevo pronunciamiento, seguimos en la más absoluta inseguridad jurídica en relación con los efectos que puede tener sobre la calificación del despido que la prueba de la infracción cometida (única o principal) se haya obtenido vulnerando derechos fundamentales de la persona trabajadora. Crece por ello la importancia de que las empresas cuenten con un asesoramiento experto en este tipo de decisiones extintivas, a fin de ajustarse a los requisitos de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la cámara oculta. No se olvide que la empresa se juega la viabilidad del despido de un empleado en el que ha perdido la confianza, de manera que, si finalmente no puede desvincularlo (porque se declara nulo el despido) o tiene que hacerlo asumiendo unos costes indemnizatorios evitables (porque se ha declarado improcedente), ello producirá una gran frustración en los responsables de la empresa y probablemente será fuente de nuevos conflictos o de mayores costes indemnizatorios en el contexto de eventuales negociaciones posteriores.