

Máster de Acceso a la Abogacía
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2017/2018

**LAS SUSTRACCIONES EN EL
TRABAJO. BUSQUEDA DE
CATEGORÍAS DIFERENCIALES CON
EFICACIA PRÁCTICA.**

(SUBTRACTIONS AT WORK. SEARCHING FOR A
PRACTICAL CATEGORIES)

Realizado por el alumno D. Sergio Carballo Rodríguez.

Tutorizado por el Profesor Dr. D. Juan José Fernández Domínguez.

INDICE

RESUMEN	1
OBJETIVOS	3
METODOLOGÍA	5
I. INTRODUCCIÓN	7
II. LAS SUSTRACCIONES EN EL TRABAJO. BUSQUEDA DE UN ELENCO DE CATEGORÍAS CON EFICACIA PRÁCTICA	8
1. La teoría gradualista	8
2. Las relaciones Ley-convenio-contrato en ordenación a infracciones y sanciones vinculadas a la sustracción	11
III. LA PRUEBA DE LA SUSTRACCIÓN Y LOS MEDIOS A DISPOSICIÓN DEL EMPRESARIO	24
1. Procedimiento de registro de taquillas y efectos personales a fin de comprobar el hurto.	24
2. Detectives privados. Características, límites y tratamiento de lo investigado en juicio.	27
3. La implantación de mecanismos de videovigilancia como método de control empresarial.	30
4. La prueba “indirecta” a partir de diligencias penales abiertas al trabajador.	32
IV. INTIMIDAD Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA COMO FACTOR DE RELIEVE EN LA PRUEBA. LA ÚLTIMA TÉSIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	34
CONCLUSIONES	39
BIBLIOGRAFÍA	42
ANEXO JURISPRUDENCIAL	44

RESUMEN

Ante la falta de concreción de la causa de despido contemplada en el art. 54.2.d) ET, resultan muy dispares las resoluciones que los Tribunales adoptan respecto a un tema tan habitual como los robos, hurtos y sustracciones en general realizados por los propios trabajadores.

Al no existir ninguna pauta a seguir por los órganos judiciales, este estudio pretende ahondar en el tema, para así poder establecer los cimientos de cuanto cabría ser el camino por el cual pudieran guiar sus resoluciones los Tribunales.

Para ello, parece necesario profundizar en tres aspectos básicos del Derecho del Trabajo que, puestos en relación con tal materia, devienen fundamentales: el margen de complitud que pueden proporcionar los convenios colectivos a la ley y la relación entre el contrato y la ley en caso de no existir convenio siempre a la luz de cuanto aprecian distintas sentencias; las vías puestas a disposición del empresario para controlar las conductas de sus empleados; por último, los límites derivados de los derechos fundamentales del trabajador, encaminados, en lo fundamental, a garantizar la intimidad y la autodeterminación informativa.

PALABRAS CLAVE: Transgresión de buena fe contractual; Sustracción; Relaciones ley-convenio-contrato; Control empresarial; Derechos fundamentales del trabajador.

ABSTRACT

In the absence of concreteness of the cause of dismissal referred into art. 54.2.d) ET, the resolutions adopted by the Courts regarding a topic as common as robberies, thefts and abductions made by the workers themselves are very different.

In the absence of any guidelines to be followed by the courts, this study seeks to delve into the issue, in order to establish the foundations of what could be the way by which the Courts could guide their resolutions.

To do this, it is necessary to delve into three basic aspects of Labor Law that, placed in relation to such matter, become fundamental: the margin of compliance that collective agreements can provide to the law and the relationship between the contract and the law in the absence of an agreement always in light of how much they appreciate different sentences , the means available to the employer to control the behavior of employees; finally, the limits derived from the fundamental rights of the worker, aimed at guaranteeing the privacy and the informative self-determination.

KEY WORDS: Good faith violation; Subtraction; Collective bargaining; Relationships law- agreement-contract; Business control

OBJETIVOS

Al abordar un tema de estudio tan ampliamente debatido por los Tribunales como la buena fe contractual, fue posible comprobar que no existe ningún ensayo que aborde monográficamente el análisis de los robos, hurtos y sustracciones en general cometidos por el trabajador.

Surgió así, de manera natural, la idea de afrontar la cuestión con la finalidad de crear algún método de agrupación de las conductas más habituales y las distintas soluciones que los Tribunales han proporcionado al enjuiciarlas.

Tres han sido las metas a las que se ha orientado el estudio, siempre con un norte fijo: acercar la norma (cuando exista) a la realidad:

-- De un lado, comprobar las relaciones Ley-convenio-contrato aplicadas al tema objeto de estudio, a fin de comprobar si obra en esta relación triangular algún margen para la exclusión, una eventual subsidiariedad de norma de rango superior, la complementariedad en favor de la inferior o una abierta complementariedad. A tal fin responde la opción por parte del examen del art.54.2 d) ET, completar su tenor con lo establecido en convenios colectivos y, finalmente, valorar el criterio judicial en las situaciones más frecuentes en presencia.

El contenido requería un estudio eminentemente práctico, analizando en primer lugar lo dispuesto en la Ley [concretamente en el art. 54.2 d) ET], en los convenios colectivos y, finalmente, reunir una serie de pronunciamientos judiciales para observar sus pautas más frecuentes de solución.

-- De otro, aproximarse a los métodos más habituales utilizados para la detección de cuantas conductas entrañan mala fe y abuso de confianza vinculadas genéricamente a las sustracciones, centrando la atención en las cuatro fundamentales, en las cuales, además, cabe apreciar de manera más clara el difícil equilibrio entre la protección del acervo empresarial, por un lado, y los derechos fundamentales de los trabajadores, por el otro.

Registro de taquillas y efectos personales, implantación de cámaras de videovigilancia (haciendo una breve referencia a los límites en el uso de la tecnología proporcionada por el empresario a los trabajadores), y contratación de detectives privados y conocimiento a través de diligencias policiales constituyen la fuente primaria

para una reflexión que, bajo el principio de proporcionalidad, pudiera ser ampliada a otras fórmulas cualesquiera de control y vigilancia empresarial.

-- En fin, producto acabado de las dos fases anteriores es la aproximación a la interpretación judicial de la mala fe derivada de hurtos, robos y sustracciones y su relectura a partir del añadido necesario de los derechos fundamentales del trabajador, en particular, la intimidad y la autodeterminación informativa.

METODOLOGÍA

De conformidad con los objetivos expuestos, más que el estudio sistemático de una materia cerrada, obra en esta ocasión un ejercicio de combinación metodológica. En tal sentido, tres han sido las premisas adoptadas en orden a su elaboración:

1. Encontrar un tema no tratado anteriormente, sin apenas referencias bibliográficas, contando como guía, en lo fundamental, con la sola ayuda de los diversos pronunciamientos judiciales y los convenios colectivos analizados, para así realizar un estudio eminentemente práctico, en orden a plasmar la realidad del Derecho del Trabajo, y descartando, por consiguiente, temas demasiado abordados.
2. Una vez tomada la decisión, el centro de mira fue desechar los temas previamente tratados por la doctrina, buscando un objeto virginal, sin apenas registros.
3. Descubierta el tema en los robos, hurtos o sustracciones como manifestación de transgresión de la buena fe contractual a efectos de despido disciplinario, trazar un esquema que responda al objetivo de realizar una presentación acorde de la materia.

En este punto, y de ahí a la combinación metodológica, se actuó de manera diferente en cada uno de ellos.

- A. Por abordar las diferentes categorías y las relaciones ley-convenio-contrato a partir del criterio judicial, el fundamento viene dado por la recopilación, selección y clasificación de pronunciamientos judiciales bajo criterios que dibujarán al escenario final.

Método fundamentalmente empírico e inductivo que transita desde el trabajo de campo hasta la formación de categorías.

- B. Igual procedimiento fue el seguido en el segundo por cuanto hace a las vías de control empresarial de tales comportamientos del trabajador, con recurso puntual a la bibliografía que, desde un plano más amplio, ha abordado, para otros temas, cuanto no deja de ser un lugar común en el poder de dirección y disciplinario.

C. El estado cambia de signo diametralmente en el tercer y último apartado del ensayo, pues aplicar el método deductivo para proyectar los análisis judiciales sobre autodeterminación informativa y otros derechos fundamentales en juego (consistente en el principio de proporcionalidad) sobre los métodos de control empresarial y validar o no la prueba sobre sustracciones presentadas en juicio.

I. INTRODUCCIÓN

Ante la falta de concreción de la causa del despido contemplado en el art. 54.2.d) ET (“la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo”), no son pocas las variantes que los Tribunales han ofrecido como solución a esta falta de precisión.

El principal problema --al cual trata de dar respuesta este ensayo-- es que las resoluciones judiciales ante supuestos similares, sino idénticos, son, en muchas ocasiones, completamente antagónicas.

El panorama ofrece, por consiguiente, un buen material sobre el cual trabajar con una relativamente abundante cantidad de resoluciones judiciales a partir de las cuales poder elaborar no solo un mero cuadro de ejemplos, sino orientar sobre cómo y cuál es la posibilidad de salir victorioso, o no, de un pleito en el que concurren ciertas circunstancias. A ello responde la idea de crear un cuadro de categorías que, relacionadas con los robos, hurtos o sustracciones, servirán para elaborar un catálogo detallado de faltas con la consideración de muy graves, graves o leves a partir de cuanto vienen entendiendo los distintos pronunciamientos.

A la hora de profundizar en las conductas seleccionadas y tratar de realizar un estudio agrupando las distintas posiciones y el por qué de las mismas, el estudio centra la atención en tres puntos fundamentales: el margen de amplitud con el cual podrán jugar los convenios colectivos y la ley, las vías puestas a disposición del empresario para controlar la conducta de sus empleados y, por último, los derechos fundamentales del trabajador en todos estos supuestos, presididos a la autodeterminación informativa.

II. LAS SUSTRACCIONES EN EL TRABAJO. BUSQUEDA DE UN ELENCO DE CATEGORÍAS CON EFICACIA PRÁCTICA

Pórtico necesario antes de abordar el estudio de cualquier infracción laboral es el recuerdo del patrón insoslayable a través del cual ha de ser medida: la teoría gradualista. Solo teniéndola siempre presente no cabrá error en el dictamen final y seguir avanzando en la primera de las metas trazadas, cual es el diseño de grandes categorías o especies de este género que supone la vulneración de la buena fe contractual.

1. La teoría gradualista

Cuando el Estatuto de los Trabajadores, sin romper radicalmente con sus precedentes, pero sí desviándose de manera perceptible y notable de ellos, decide introducir una fórmula definitoria general del incumplimiento que permite al empresario-acreedor exigir responsabilidad al trabajador-deudor y poner fin a la relación laboral (“contractual, grave y culpable”), y luego añade una lista de causas encargadas de concretarla, hace pender la aplicación de éstas de la necesaria concurrencia de los elementos en aquella enunciados.

Pronto la jurisprudencia introdujo un nuevo adjetivo a la lista anterior, exigiendo que la gravedad y la culpabilidad alcancen el grado de “suficientes”, pues, de no ser tales, habrá de dar lugar a una falta de menor entidad, a corregir con una sanción de inferior repercusión que la máxima de despido, la cual, por ser la más aflictiva, se ha de aplicar para aquellas conductas que por su trascendencia no sean susceptibles de reparación con sanción más liviana.

El Tribunal Supremo elabora, a partir de su consideración, la denominada “teoría gradualista”, de aplicación a todas y cada una de las causas de despido (si bien no con la misma intensidad en la práctica, y el seleccionado es un ejemplo claro donde muchas veces los órganos judiciales relajan su operatividad, cuando no la olvidan directamente), y cuyo tenor suele ser reproducido total o parcialmente, sin variantes, como una fórmula ritual. A partir de la misma, “para que las infracciones que tipifica el art. 54.2 ET puedan erigirse en causa que justifique la sanción de despido han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo cual excluye su utilización bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, análisis individualizados de cada conducta,

tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabrá apreciar la proporcionalidad de la sanción, habida cuenta de que tales infracciones, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente. Asimismo, ha de quedar evidenciado que se trata de un incumplimiento realmente grave y culpable, pues el despido, por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo pues, y en su caso, imponerse otras sanciones distintas de la del despido si del examen de los hechos imputados, éstos podrían ser merecedores de sanción, [pero] no lo son de la más grave. Además, y en todo caso, resulta necesario e indispensable que exista una adecuación o proporcionalidad entre la falta cometida por el trabajador y la sanción que la empresa debe imponer, siendo necesario resaltar, para la valoración de la falta cometida, su entidad, así como las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, por el claro matiz subjetivista que la caracteriza”¹.

De esta forma, y también en este contexto, “habrán de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en la conducta, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas”² ; queda excluida, por tanto, la aplicación de “meros criterios objetivos y exige, por el contrario, el análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde esta perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción”³ .

Ahora bien, y según repite doctrina jurisdiccional, “acreditada la existencia de unos incumplimientos contractuales del trabajador calificables técnica y legalmente de muy graves, corresponde al empresario aplicar la sanción que estime conveniente, de manera que si por éste se impone la sanción de despido, y el órgano judicial acepta la calificación de la falta muy grave, no cabe decidir un correctivo distinto, pues con ello

¹ STSJ La Rioja 18 marzo 2003 (AS 2348).

² Es decir, “un definido análisis de las conductas de los trabajadores despedidos para determinar la gravedad y la culpabilidad de las faltas cometidas”, STS 20 abril 2005 (RJ 3532). Recordando jurisprudencia, también este punto ritual en todas las causas, incluida la analizada y atendiendo precisamente a ella, SSTSJ Castilla-La Mancha 7 junio 2001 (AS 2638), Andalucía/Málaga 13 enero 2005 (AS 1199) o Cantabria 25 abril 2013 (AS 3032). Entre las circunstancias a ponderar suele ser común la alusión a la trayectoria profesional del trabajador en la empresa, la mayor o menor malicia de la acción enjuiciada, el grado de negligencia imputable al operario --no sólo perjuicio económico-- o, por no seguir, la propia naturaleza de los hechos ejecutados, en tanto puedan incidir en el nivel de confianza entre las partes. Magnífico el resumen contenido al efecto en la STSJ Comunidad Valenciana 20 noviembre 2007 (JUR 119219/2008).

³ SSTSJ Comunidad Valenciana 18 enero 1999 (AS 544), Cataluña 23 febrero 1999 (AS 904) y 21 junio 2012 (AS 2725) o La Rioja 4 mayo 2000 (AS 2005).

se realiza un juicio de valor que descalifica el cuadro normativo sancionador”⁴ , “haciendo inviable cualquier posible revisión por el Tribunal Superior”⁵ (salvo que consista en “corregir judicialmente el error de calificación en que se hubiera podido incurrir”), en tanto “el factor heterónomo de la decisión jurisdiccional no puede ni penetrar, ni modular, ni siquiera graduar” cuanto haya elegido el empleador discrecionalmente. Cualquier ajuste ordenador le queda vedado bajo tales condicionantes.

“Se trata, en realidad, de la aplicación del principio de proporcionalidad, nacido en el Derecho Penal y exportado desde el Derecho Administrativo --y que es inherente al Estado de Derecho y a los valores de justicia e igualdad de éste en tanto opuesto a la arbitrariedad de los poderes públicos-- al ámbito de las relaciones laborales. Y ello no sólo encuentra traducción en que las normas sectoriales describen las conductas imputables y las correspondientes sanciones ofreciendo criterios para graduar su gravedad y la correspondiente reacción, sino también, de una parte, en el ajuste del principio de igualdad a la relación de trabajo y, de otra, desde una perspectiva más amplia, en el trasvase de este principio, plasmada en el ejercicio no abusivo de los derechos, conforme a los de igualdad, justicia y proporcionalidad de las sanciones laborales y al de revisión judicial de las sanciones acordadas por el empresario”⁶.

A la postre, exigirá valorar distintos criterios objetivos que afectan a la gravedad (bien jurídico lesionado; repetición, continuidad y existencia de advertencias previas empresariales; concurrencia de otras causas; o, por no hacer más larga la lista, antigüedad y trayectoria previa o cualificación profesional) y otros de índole subjetiva [el “factor humano”] que aparecen vinculados a la culpabilidad (intencionalidad maliciosa o trastornos con obnubilación de las facultades volitivas) y han de llevar, no a

⁴ STSJ Madrid 7 marzo 2006 (JUR 151456) y 17 marzo 2015 (JUR 153629); bajo semejante parecer, SSTSJ Murcia de 24 de febrero 2014 (JUR 109797) y Comunidad Valenciana 3 febrero 2015 (JUR 131173). En la doctrina, sobre este punto en concreto, la sucinta pero concluyente afirmación de GOERLICH PESET, J. M.: “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Dir.): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, 2005, pág. 221.

⁵ STSJ Canarias/Las Palmas 18 junio 1999 (AS 4009); “es inviable morigerar la sanción impuesta, que tampoco puede tildarse de excesiva”, STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 25 junio 2012 (JUR 368422).

⁶ Atendiendo a la embriaguez habitual y toxicomanía como causas de despido, SSTSJ Cataluña 1 junio 1996 (AS 2497) y Andalucía/Málaga 13 enero 2005 (AS 1199); en la doctrina, entre muchísimos, los lúcidos ensayos de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: “Principio de proporcionalidad”, en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Madrid (Civitas), 1995, pág. 5084; también, con gran aportación de jurisprudencia en su aplicación, LUJÁN ALCARAZ, J.: “Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido”, en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Santiago de Compostela (Universidad de Santiago de Compostela), 1997, págs. 23 y ss. Siempre fundamental, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid (Civitas/ACARL), 1991, especialmente págs. 310-313.

la mera razonabilidad, sino a la adecuación (o no) entre el incumplimiento y la sanción empresarial máxima, de acuerdo con una escala o graduación construida bajo parámetros aquilatados durante décadas por los Tribunales, para convertirlo en un “soporte de la igualdad” dentro de la diversidad de situaciones en presencia.

2. Las relaciones Ley-convenio-contrato en ordenación a infracciones y sanciones vinculadas a la sustracción

En planteamiento ya clásico, cabría analizar todo el Derecho del Trabajo a partir de las relaciones trabadas entre las distintas fuentes del derecho y entre estas y el contrato de trabajo⁷.

No hizo falta más que una lectura rápida de los convenios para comprender que la Ley (el Estatuto de los Trabajadores) les confiere plena libertad a la hora de regular un tema tan arduo como son las sustracciones; más aún, les otorga la oportunidad de crear categorías distintas a las que derivarían de manera natural en la propia Ley.

Aun así, el tenor del art. 54.2 d) ET no aporta idea alguna de las conductas contenidas dentro del genérico enunciado de la infracción (“La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”) y la subsiguiente reacción, para permitir al empresario actuar la causa de despido disciplinario cuando concurra.

“Cajón de sastre”, como ha sido calificado por la doctrina⁸, todo parece apuntar a una amplia y abierta complementariedad, que ha de ponerse en relación directa con

⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, Ministerio del Trabajo, 1987, págs. 411 y ss.

⁸ ROMERO MARTÍN, E. “Los supuestos de transgresión de la buena fe contractual del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores”, *Noticias Jurídicas*, 2014, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4856-los-supuestos-de-transgresion-de-la-buena-fe-contractual-del-art-54-2-d-del-estatuto-de-los-trabajadores/>

STSJ Galicia 4 marzo 2013 (JUR/2013/5274): “La causa de despido que contempla el art. 54.2 d) ET resulta ser (como se dice vulgarmente) un mero “cajón de sastre”, lo que la convierte en la causa por antonomasia del despido disciplinario, pudiendo todas las demás causas ser reconducidas a ella, por lo que no repele jurídicamente el hecho de que una misma conducta pueda tener debido encaje en dos causas de despido simultáneamente”.

ALONSO CARREÑO, M. “El despido disciplinario: cajón de sastre?” *Derecho y Perspectiva*, 2015, <http://derechoyperspectiva.es/el-despido-disciplinario-cajon-de-sastre/>: “Es este tipo de despido un cajón de sastre en el que se pueden tratar de justificar todos los despidos que no buscan más que quitarse a un trabajador “de encima” sin más justificación que esa. De este modo, muchos despidos que se considerarían improcedentes se introducen dentro de este tipo y se ofrece al trabajador el pago en el SMAC de la cantidad que correspondería a un despido improcedente, evitándose así todo el proceso judicial”.

SARAZÁ GRANADOS, J., *La transgresión de la buena fe contractual y figuras afines: Una aplicación práctica*. Navarra, Aranzadi, 2014, pág. 44: “De modo que si no es posible encuadrar la conducta del empleado en los demás apartados y concurren elementos tales como la gravedad, culpabilidad, ruptura de

art. 58 ET, el cual confiere a los interlocutores sociales la facultad de graduar las faltas y sus sanciones. Ello, no obstante, no supone poder decidirlo sin entrar tampoco a evaluar de manera definitiva la cuestión de fondo dada por los supuestos de renuncia a hacerlo, excesiva parquedad en la reacción punitiva que prive al empresario de la facultad disciplinaria o, en el extremo opuesto, tipificación de conductas que a todas luces pudieran resultar desmedidas en relación con los supuestos enjuiciados en el caso concreto.

La clave, por tanto, radicará en determinar no solamente si el tipo es abierto, sino si admite, en el caso de las sustracciones, cualquier tipo de concreción por parte del convenio⁹. Tras examinar una considerable cantidad de pronunciamientos judiciales, cabe alcanzar, como primera conclusión, una evidente evolución en el criterio judicial con el paso del tiempo, adaptando la relación ley-convenio-contrato a las distintas épocas, sensibilidades e, incluso, medios de prueba.

A modo de asientos contables, cabría afirmar que, en un primer momento, fue mayoritario el parecer a partir de cual, si una disposición estatal regula una materia de derecho necesario, no resulta posible su modificación por convenio colectivo o, en general, por cualquier norma de rango inferior (mucho menos por contrato), incluso si contuviera una previsión más favorable al trabajador¹⁰.

En su evolución, los Tribunales fueron matizando que determinadas excepciones (entre las cuales cabrá mencionar los robos de menor cuantía¹¹, las “sustracciones”

la relación de confianza o un acto de deslealtad, podemos acudir a la previsión normativa para proceder disciplinariamente amparándonos en el apartado d) del artículo 54.2 ET.”.

⁹STSJ Islas Canarias/ Las Palmas 15 septiembre 2005 (AS 2005\2886).

¹⁰Tenor literal de las SSTs 1 abril 1970 (RJ/1665) y 8 mayo 1973 (RJ/2254).

¹¹STSJ Cataluña 6 mayo 2005 (JUR/2005/1071): la trabajadora despedida fue grabada por las cámaras de vigilancia llevándose a casa, después de la jornada laboral, unas barras de pan que iban a ser tiradas a la basura, hecho que la empresa consideró como grave por la prohibición de realizar este tipo de conductas. Los órganos judiciales entendieron que no estaba provocando ningún tipo de daño a la empresa y estimó improcedente el despido. STSJ Cataluña 30 septiembre 2006 (JUR/2006/4662): la trabajadora en cuestión, al finalizar la jornada, se llevaba a casa productos caducados que iban a ser retirados para tirar a la basura, lo cual constituía una falta grave para la empresa, pues existía prohibición expresa de realizar este tipo de acciones; la falta de trascendencia económica de lo apropiado lleva a calificar el despido como improcedente. STSJ Madrid 30 octubre 2006 (JUR/2007/324017): un trabajador de un centro comercial sustrae tres packs de pastillas de jabón, con un valor total de 7 euros, lo cual es considerado por la empresa como una transgresión de buena fe y abuso de confianza, pero los Tribunales entienden que el despido es improcedente, por la poca entidad de lo sustraído. En fin, STSJ Andalucía/Sevilla 27 junio 2013 (JUR/2013/278497): un trabajador de supermercado es despedido por no pagar una bandeja de napolitanas con un valor de 1.69. Al ser preguntado, reconoció que tenía prisa al coger la bandeja, pero que pretendía pagar su importe, circunstancia que el Tribunal tuvo en cuenta, al analizar las circunstancias del caso, y declaró improcedente su despido

producidas a consecuencia de una “costumbre” laboral¹² o, entre muchas más, aquellas constituidas de por una conducta puramente ocasional o aislada¹³), en las cuales el convenio habrá de primar sobre la definición legal o, incluso, sobre cualquier poder de dirección que quisiera prescindir de la norma pactada para acudir directamente a la estatal.

La perspectiva más clara y completa de esta nueva forma de concebir el problema probablemente aparezca en aquella resolución judicial que razona sobre la aplicación del convenio en detrimento de la Ley¹⁴. Tres son las razones que inclinan la balanza de su parecer en este sentido:

A - El propio art. 54 ET no entra a valorar cómo han de ser tratadas las conductas en él descritas.

B - El art. 58 ET abdica en favor de los convenios la concreción de las conductas reprobables y la reacción disciplinaria ante las mismas, incluido, por supuesto, el despido disciplinario.

C- Sobre las premisas anteriores, la barrera del artículo 54.1 ET puede ser salvada con una adecuada redacción de las faltas muy graves que contenga el catálogo de requisitos a partir de los cuales medir de forma más efectiva cuanto constituye la infracción (en sus distintos grados y consecuencias).

De aplicar este criterio a los supuestos más “dudosos” o “límite”, cabrá comprobar la ausencia de un patrón uniforme en los Tribunales. Así, en algunos seguirá latente la idea de que el robo, sea cual sea su entidad, frecuencia, cuantía, etc., muestra una deslealtad portadora en sí misma del máximo reproche. Por el contrario, esta visión de la buena fe teñida de adjetivos propios de épocas pasadas (lealtad, probidad, etc.) es firmemente contestada por la gran mayoría de los pronunciamientos judiciales que

¹²STSJ Andalucía/Sevilla 24 abril 1995 (AS/1995/1777): un trabajador fue despedido por vía disciplinaria porque varios compañeros observaron que otro trabajador poseía en el interior de su vehículo material empresarial que no había reflejado en los albaranes. Los Tribunales calificaron como improcedente el despido por considerar que actuaba dentro del margen de confianza de la empresa, y la ausencia de obligación de rellenar los albaranes de forma inmediata. Además, el órgano judicial también consideró que el trabajador prestó siempre colaboración y tenía clara voluntad de devolver lo que había “sustraído”. STSJ Extremadura 28 julio 2005 (AS/2005/228): recurso interpuesto por tres nuevos propietarios de una empresa familiar, hijos del anterior dueño, por el despido de un trabajador a consecuencia de la apropiación de dos barras de pan de la empresa, lo cual fue observado por los propietarios y también por la Guardia Civil. Lo que los dueños no conocían era la costumbre instaurada por su padre en la empresa de permitir que los empleados se llevasen a sus domicilios barras de pan al finalizar la jornada laboral. Por ello, el recurso fue desestimado.

¹³STSJ País Vasco 13 julio 2010 (JUR/2088/2010).

¹⁴STSJ País Vasco 2 diciembre 2008 (JUR/2008/324350).

llaman a la teoría gradualista para dar forma y medida a la reacción punitiva, y así atender a las circunstancias subjetivas y objetivas presentes en cada caso en concreto.

Obviamente, este estudio solo tiene sentido en esta segunda línea de interpretación, la cual lleva a un cuadro-resumen de relaciones susceptible de ser compendiado en las dos siguientes:

A- Ley-convenio. En la mayor parte de los casos será de complementariedad, con tres límites claros: obrará la subsidiariedad si no existe convenio o este no entra a regular (o no lo hace de manera adecuada y proporcional) lo atinente a las sustracciones; exclusión, cuando la verificación del detrimento patrimonial que el trabajador hubiera podido ocasionar al empresario o a sus compañeros ha supuesto una intromisión inadmisible en sus derechos fundamentales a partir del principio de proporcionalidad; en fin, suplementariedad si los matices convencionales (o contractuales) enriquecen o dan sentido a la disposición de la norma y, bajo un criterio objetivo y/o subjetivo, cabe constatar la entidad de la infracción a la luz de la teoría gradualista.

B- Convenio-contrato (ley-contrato en ausencia de convenio). Necesaria suplementariedad, en tanto la reacción del empresario a través de su poder de dirección nunca podrá ir más allá de cuanto quisieron los interlocutores sociales o el legislador.

Estudiar el robo, hurto, sustracciones y conductas análogas supondrá, por tanto, asumir que la Ley no será sino un referente final al cual acudir a falta de convenio (cuestión de actualidad, una vez limitada la ultractividad de la fuente autónoma¹⁵), o incluso principal si los interlocutores sociales no hubieran ido más allá en su voluntad (lo cual no ocurre, ciertamente, con demasiada frecuencia).

Necesario será, en consecuencia, atender a cuanto muestran los llamados en primer lugar a cubrir la exigencia de tipicidad. Estudiando cuanto estos disponen a nivel regional¹⁶ o nacional¹⁷, en atención a un muestreo que abarca distintos sectores

¹⁵ Entre muchos, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La doctrina del Tribunal Supremo en materia de ultractividad: secuelas y nuevos pronunciamientos”, *Información Laboral*, núm.5, 2015, pág. 1. ARUFE VARELA, A. “La denuncia del convenio colectivo tras el Real Decreto 7/2011 de 10 de junio en materia de medidas urgentes en el ámbito de la negociación colectiva”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2011, pág. 1.

¹⁶ Convenio colectivo para el sector de Metal Comercio de Zamora - Acuerdo de 1 de julio 2013 (LEG 2013\804), Convenio colectivo del sector de Supermercados y Autoservicios de Castellón - Acuerdo de 28 de junio 2013 (LEG 2013\807), Convenio colectivo de Trabajo para Empresas –Cosecheras-Exportadoras de Tomate, Lechuga y otros Productos Agrícolas - Anuncio de 14 de enero 2004 (LRM 2004\31); Convenio colectivo del Sector de Comercio Textil de Valencia - Anuncio de 27 de junio 2013

pudo llegarse a la conclusión de que existe una pauta, un patrón susceptible de ser reconducido al siguiente tipo: “el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas o la apropiación, hurto o robo”. Este discurso es el más repetido y proviene directamente de las Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo y en la totalidad de los convenios se regulan como “falta muy grave”; pero existen más conductas recogidas habitualmente para matizar y hacer referencia a: “de bienes de los compañeros”¹⁸, “de bienes de la empresa o de cualquier otra persona”¹⁹, “en el lugar de trabajo o fuera del mismo”²⁰, “con abuso de autoridad”²¹, “revelar datos

(LEG 2013\832), Convenio colectivo del Sector de Comercio de Calzado de Valencia - Anuncio de 28 de junio 2013 (LEG 2013\836).

¹⁷ Convenio colectivo de las industrias del frío industrial (BOE-A-2016-4759); III Convenio colectivo estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los actores que prestan servicios en las mismas, (BOE-A-2016-4703); Resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el convenio colectivo del sector de la banca (BOE-A-2016-5846); Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE-A-2016-4790); Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de las industrias del frío industrial (BOE-A-2016-4759); Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III convenio colectivo estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los actores que prestan servicios en las mismas (BOE-A-2016-4703); Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE-A-2016-4705); Resolución de 15 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XV convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE-A-2016-4235); Resolución de 8 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VIII convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (2014-2016) (BOE-A-2016-3891).

¹⁸Resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el convenio colectivo del sector de la banca (BOE-A-2016-5846); Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE-A-2016-4790); Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el convenio colectivo de las industrias del frío industrial (BOE-A-2016-4759); Resolución de 15 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas. (BOE-A-2016-4235), Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII convenio colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE-A-2016-4705).

¹⁹Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III convenio colectivo estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los actores que prestan servicios en las mismas (BOE-A-2016-4703); Resolución de 8 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VIII convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (2014-2016) (BOE-A-2016-3891).

²⁰Convenio colectivo para el sector de Metal Comercio de Zamora - Acuerdo de 1 de julio 2013 (LEG 2013\804); Convenio Colectivo del sector de Supermercados y Autoservicios de Castellón - Acuerdo de 28 de junio 2013 (LEG 2013\807); Convenio colectivo de Trabajo para Empresas –Cosecheras-Exportadoras de Tomate, Lechuga y otros Productos Agrícolas - Anuncio de 14 de enero 2004 (LRM 2004\31); convenio colectivo del Sector de Comercio Textil de Valencia - Anuncio de 27 de junio 2013 (LEG 2013\832).

²¹SSTSJ Asturias 26 enero 1996 (AS/1996/723): un trabajador de Hacienda Pública cometió una falta continuada al fraccionar diversos cobros a los deudores, los cuales debía ingresar en el Tesoro Público, no haciéndolo y apropiándose así de 970.000 pesetas; País Vasco 26 octubre 2004 (JUR/2005/17191): la trabajadora despedida tenía el cargo de inspectora de servicios de seguridad privada, aprovechando tal

de la empresa de reserva obligatoria”²², “la falsificación de documentos o firmas que supongan detrimento patrimonial”²³ o “hacer desaparecer vehículos”²⁴, entre otras.

Conforme cabe constatar, circunstancias o tipos delictivos abiertos cuya concreción únicamente puede tener lugar a partir del ejercicio del poder disciplinario empresarial y el tamiz dado por la valoración que, sobre su corrección o excesos, han realizado los Tribunales.

Precisamente aquí comienza (y toma sentido y justificación) esta parte primera del estudio: leer las sentencias, agrupar las conductas y hacer un balance bajo de forma de categorías que permiten asociar los determinados tipos de infracción con la consideración que mayoritariamente merecen por los órganos judiciales a efectos disciplinarios.

De tal modo surgen hasta ocho grupos de conductas, a saber:

A.- Entidad del robo; en concreto, el poco valor o importancia de lo sustraído como común denominador. Los órganos judiciales si bien en ocasiones consideran “natural” la reacción bajo la forma de despido como ejemplo de manifiesta deslealtad por encima de su montante (claro ejemplo el de una trabajadora que sustrajo 1.000 pesetas del bolso de una compañera, y a pesar de resultar una cantidad ínfima, el juez consideró el acto como mala fe y abuso de

puesto para cobrar para sí misma por servicios que no había realizado, redactando en sus nóminas estos ingresos por servicios extra; Asturias 28 noviembre 2008 (AS/2009/89): una encargada de un centro comercial usaba cupones descuento y vales ya utilizados para realizar compras personales, obligando a los trabajadores de la caja a obviar la conducta, por temor a las consecuencias que ello pudiese acarrearle. Ello fue descubierto a través de la comprobación de las cajas y la investigación interna del centro comercial.

²²Resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de la banca (BOE-A-2016-5846); Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE-A-2016-4790); Resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de la banca (BOE-A-2016-5846); Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE-A-2016-4790).

²³Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE-A-2016-4705); Resolución de 15 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XV convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE-A-2016-4235); Resolución de 8 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VIII convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (2014-2016) (BOE-A-2016-3891).

²⁴Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE-A-2013-228); Resolución de 13 de marzo de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera (BOE-A-2012-76); Convenio colectivo de abogados que prestan servicios en despachos de abogados.

confianza, además de pasar a disposición por un delito de hurto ante el juzgado de lo penal²⁵), en la generalidad de las ocasiones suelen ser benévolos en atención a tal circunstancia objetiva, valorando que no hay lugar a una verdadera pérdida o detrimento patrimonial para la empresa (sirvan los ejemplos de la trabajadora que, al finalizar su jornada, “sustrajo” dos barras de pan que iban a ser tiradas a la basura, despidiéndola disciplinariamente por ello y revocándolo más adelante los Tribunales²⁶; el trabajador que roba muestras de perfume que fueron regaladas a la empresa, también declarado improcedente ante el juez²⁷; en fin, el del repartidor que consumió una bandeja de napolitanas valorada en 1,69€ antes de repartir y de la que, según confesó, no abonó el precio a causa de un olvido²⁸) o, siempre que el importe no sea excesivo, tomando en consideración posibles problemas personales del interesado (trabajador con un problema de ludopatía que sustraía pequeñas cantidades de efectivo del lugar de trabajo y de sus propios compañeros, considerando los Tribunales que no debía ser merecedor de un despido disciplinario teniendo en cuenta el valor de lo sustraído y sus circunstancias personales²⁹).

B.- Tolerancia empresarial previa o colaboración en la aclaración de los hechos de quien efectúa la sustracción. Objeto de muchos despidos desafortunados, pues resulta fruto de malentendidos, en tanto se enjuician conductas de aparentes robos o hurtos a la empresa, pero que en realidad no muestran tal ánimo de sustracción. Así ocurre cuando se toma material con intención de devolverlo, “según se había hecho en anteriores ocasiones”³⁰, o responde a una costumbre desconocida por quienes formulan la acusación de no devolver el material hasta la finalización de la obra³¹.

Equiparable a lo anterior es el supuesto de quien consume productos de la empresa y luego olvida su abono, si su reacción inmediata fue tratar de pagar aquello que había consumido (el caso del repartidor que consume la bandeja de napolitanas sin abonar el precio, ya expuesto).

²⁵ STSJ Islas Canarias/Las Palmas 21 noviembre 1995 (AS/1995/4519).

²⁶ STSJ Cataluña 6 mayo 2005 (JUR/2005/1071).

²⁷ STSJ Madrid 18 octubre 2006 (JUR/2006/4617).

²⁸ STSJ Andalucía/Sevilla 27 junio 2013 (JUR/2013/278497).

²⁹ STSJ Aragón 5 febrero 2004 (AS/2004/346).

³⁰ STSJ Navarra 28 enero 2000 (AS/2000/664).

³¹ STSJ Castilla y León/Burgos 7 septiembre 2010 (JUR/2010/334756).

C.- Situaciones de incumplimiento previo empresarial. Como último ejemplo de despidos no considerados procedentes por falta de gravedad, cabría enunciar los ejemplos en los que el trabajador se “autosatisface” por incumplimientos previos del empresario. Tal es el juicio que merece la conducta de la trabajadora despedida por sustraer, previo justificante a un superior, 650€ euros de la caja registradora. El despido es declarado improcedente a tenor de los hechos, pues la afectada llevaba sin cobrar un mes y medio y padecía una situación económica grave, motivo por el cual no podía sobrevivir sin su nómina mensual³².

D.-Persistencia en la sustracción. El juicio de valor cambia cuando, con independencia de la entidad de lo sustraído, media lo que cabría calificar como hábito, asiduidad o, al menos, reiteración en la conducta, muy común, por ejemplo, en el hurto de carburante. Entre las más ilustrativas, el efectuado por un trabajador que sustrae reiteradamente carburante propiedad de la empresa aprovechando la circunstancia de ser el último en abandonar el taller y solo pudo verificarse la falta mediante implantación de señuelos, al sospechar del mismo desde un tiempo atrás³³, o la misma conducta al amparo de ser el único trabajador que prestaba servicio en la gasolinera (acudiendo a técnicas distintas como la ocultación o la realización de orificios en garrafas para sustraerlo lentamente³⁴); mucho más grave si la reiteración en el robo de carburante se ve acompañada por la falsificación de albaranes, o en general de cualquier documento privado, conducta por sí sola constitutiva de infracción penal³⁵.

La sustracción de carburante es un lugar bastante frecuente en los pronunciamientos judiciales para recalcar la idea de persistencia; lejos de ser la única situación, la nota también viene siendo habitual en otras profesiones y contextos como los hurtos en hoteles³⁶, salones de juego³⁷, o cajeros de

³² STSJ Cataluña 13 febrero 2013 (AS/2013/1092).

³³ STSJ Galicia 10 octubre 2005 (JUR/2006/81356).

³⁴ SSTSJ Cantabria 22 marzo 2006 (AS/2006/1202) y País Vasco 19 febrero 2008 (AS/2008/1337).

³⁵ STSJ Andalucía/ Málaga, 21 mayo 1999 (AS/1999/5697): a partir de la cual un trabajador de una gasolinera ocultaba los pagos realizados con tarjeta de crédito para quedarse así con el importe de los mismos. Este reflejaba en los albaranes los pagos así realizados como “fugado”, para hacer ver que el cliente no había pagado.

³⁶ STSJ Islas Baleares 19 febrero 1998 (AS/1998/395): para comprobarlo, pusieron un señuelo, y aunque no quiso mostrar su bolso cuando se le solicitó, la despidieron, al no existir presunción de inocencia en el Derecho Laboral.

³⁷ STSJ Islas Canarias/Las Palmas 31 enero 2007 (AS/2007/1837): la comprobación resultó sencilla, pues eran las dos únicas trabajadoras contratadas en el negocio.

supermercado³⁸ (que para salvar el quebranto de moneda, se efectúa aprovechando los cupones de descuento).

La reiteración actúa como agravante y lleva a considerar proporcional la reacción de despido disciplinario.

E.- Abuso de especial posición de superioridad. Similar es la consideración que van a merecer, por la circunstancia subjetiva que acompaña a su puesto de trabajo, las actuaciones de quienes tienen una posición de ventaja manifiesta para llevar a cabo la sustracción. Las conductas pueden ser de lo más variadas: utilizar el poder de mando para conseguir la colaboración de otros en las sustracciones (encargada de supermercado que obligaba a sus empleados a utilizar cupones de descuento, operación prohibida por la empresa³⁹), aprovechar la facilidad para acceder al patrimonio empresarial (siendo encargado de fraccionar cobros a deudores, cobrando por servicios no realizados al tener accesibilidad a las nóminas), ocupar el puesto de vigilante de seguridad (con fácil acceso a los productos de la empresa)⁴⁰, o, en una última muestra, haber merecido la confianza plena del empresario y defraudarla cobrando por trabajos no realizados⁴¹.

³⁸ STSJ Madrid 23 enero 2006 (JUR/2006/201222): una cajera de supermercado usaba cupones descuento en las compras que realizaba, de manera que en hasta 11 ocasiones acudió a los mismos cupones para ahorrarse dinero en sus compras personales.

³⁹ STSJ Asturias 28 noviembre 2008 (AS/2009/89): Ello fue descubierto a través de la comprobación de las cajas y la investigación interna del centro comercial.

⁴⁰ STSJ Murcia 26 agosto 2005 (JUR 2005/228978): el vigilante de seguridad de un centro comercial aprovechaba la soledad de su cargo para robar en las tiendas del propio establecimiento, adueñándose así de una funda nórdica y varios elementos más de una tienda de descanso.

⁴¹ Los supuestos ya mencionados de las SSTSJ Asturias 26 enero 1996 (AS/1996/723): un trabajador de Hacienda Pública cometió una falta continuada al fraccionar diversos cobros a los deudores, los cuales debía ingresar en el Tesoro Público, no haciéndolo y apropiándose así de 970.000 pesetas; y Andalucía/Málaga 21 mayo 1999 (AS/1999/5697): un trabajador de una gasolinera sustrajo dinero de la misma en varias ocasiones, falsificando el registro de la caja y contemplando en la misma “fugado” al cliente que pagaba con tarjeta, para adueñarse después de la cantidad; País Vasco 26 octubre 2004 (JUR/2005/17191): la trabajadora despedida tenía el cargo de inspectora de servicios de seguridad privada, aprovechando tal puesto para cobrar para sí misma por servicios que no había realizado, redactando en sus nóminas estos ingresos por servicios extra; Asturias 28 noviembre 2008 (AS/2009/89): una encargada de un centro comercial usaba cupones descuento y vales ya utilizados para realizar compras personales, obligando a los trabajadores de la caja a obviar la conducta, por temor a las consecuencias que ello pudiese acarrearle. Ello fue descubierto a través de la comprobación de las cajas y la investigación interna del centro comercial; Comunidad Valenciana 23 marzo 2005 (AS/2005/549): un trabajador sustrahía dinero de la empresa falsificando documentos, en los que se atribuía determinados importes en concepto de “vacaciones no disfrutadas” hasta llegar a la cifra de 22.000 euros; y Cataluña 25 junio 2006 (JUR/2006/1514): una trabajadora con categoría de encargada administrativa ostentaba la función de redactar las nóminas de la empresa, en las cuales reflejaba cantidades mayores de las normales, para después acudir al banco y apropiarse de la diferencia, hasta lograr así un importe de 110.000 euros. Realizaba esta conducta falsificando las nóminas y las firmas de sus superiores, quienes debían dar el visto bueno de las mismas antes de cobrarlas.

F.-Falsificación de documentos. Conducta que, según se ha expuesto, podría ser por sí misma reprobable y supone transgresión de la buena fe contractual, mucho más lo es cuando su propósito radica en obtener un enriquecimiento injusto. El origen puede ser de lo más variopinto: abuso de posición de superioridad y habitualidad (como el ejemplo claro de la trabajadora con cargo profesional de encargada administrativa, cuya función era realizar las nóminas de la empresa; en ellas reflejaba cantidades mayores de las necesarias, para luego quedarse con la diferencia, mediante la falsificación de firmas de sus compañeros y superiores, quienes debían autorizar las nóminas⁴²), acceder fraudulentamente a documentos oficiales de la empresa, alterándolos para percibir ingresos indebidos (trabajador que autojustificó unas “vacaciones no disfrutadas” para embolsarse 22.000€⁴³), o mentir abiertamente en las actas entregadas a la empresa justificando los descuadres en las cajas (que se quedaba para sí mismo) bajo el argumento de tratarse de un “conductor fugado”⁴⁴.

G.- Ocultación. Igual un reproche máximo merece el robo planificado que incluye la ocultación o la participación de cómplices. Ejemplo de lo primero podría ser quien defraudaba al cliente cobrándole la consumición a superior precio y reservando en lugar oculto la diferencia entre lo cobrado y lo reflejado en caja⁴⁵, o, por acudir al fértil ejemplo de la sustracción de carburante, el de quien se servía de un cómplice para recoger las garrafas que previamente había ocultado en un lugar cercano⁴⁶.

A la luz de las categorías enunciadas cabría obtener una doble conclusión:

- Si bien las circunstancias subjetivas son determinantes en algunos supuestos (en particular el abuso de confianza), no cabe renunciar a tener en cuenta los factores objetivos descritos como patrón bastante fiable a la hora de catalogar el despido
- Al amparo del criterio anterior, el principio de proporcionalidad o escala de incumplimiento encuentra en la categorización efectuada una vía de precisión que puede servir a los operadores jurídicos para tener presente el

⁴² STSJ Cataluña 25 junio 2006 (JUR/2006/1514).

⁴³ STSJ Comunidad Valenciana 23 marzo 2005(AS/2005/549).

⁴⁴ STSJ Andalucía/Málaga 21 mayo 1999 (AS/1999/5697).

⁴⁵ STSJ Comunidad Valenciana 6 abril 2000 (JUR/2000/266962).

⁴⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 13 enero 2009 (JUR/2010/74895).

criterio mayoritario adoptado por los órganos judiciales a la hora de completar el deslavazado o genérico enunciado de conductas que suelen contener los convenios colectivos.

Como primera conclusión parcial, cabría ofrecer un cuadro resumen de las conductas analizadas bajo las categorías descritas y el parecer judicial que ha merecido para los Tribunales las sustracciones efectuadas por el trabajador.

Se añadirá otra última más tarde analizada: el hurto o robo constatado a partir de diligencias policiales que siempre ha merecido la calificación como despido procedente.

ENTIDAD DEL ROBO (MENOR ENTIDAD O TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE)
STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 24 septiembre 2016 (AS/2016/751): IMPROCEDENTE
STSJ Madrid 11 febrero 2016 (JUR/2016/80887): IMPROCEDENTE
STSJ Andalucía/Sevilla 27 junio 2013 (JUR/2013/278497): IMPROCEDENTE
STSJ Andalucía/Sevilla 27 junio 2013(JUR/2013/278497): IMPROCEDENTE
STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 24 mayo 2012 (JUR/2012/327129): PROCEDENTE
STSJ Cataluña 24 mayo 2012 (JUR/2012/271296): PROCEDENTE
STSJ Galicia 5 octubre 2011 (AS/2011/2887): IMPROCEDENTE
STSJ Andalucía/Granada 13 enero 2011 (JUR/2011/2003): IMPROCEDENTE
STSJ Madrid 15 diciembre 2010 (AS/2010/519): PROCEDENTE
STSJ País Vasco 13 julio 2010 (JUR/2010/406431): IMPROCEDENTE
STSJ País Vasco 2 julio 2010 (JUR/2010/406431): IMPROCEDENTE
STSJ C. Valenciana 11 mayo 2010 (JUR/2010/252599): IMPROCEDENTE
STSJ Castilla y León/Valladolid 13 julio 2004 (JUR/2004/191704): PROCEDENTE
STSJ Galicia 22 diciembre 2010 (JUR/2010/75526): PROCEDENTE
STS 5 febrero 2008 (JUR/2008/2582): PROCEDENTE
STSJ Madrid 18 octubre 2006 (JUR/2006/4617): IMPROCEDENTE
STSJ Madrid 30 octubre 2006 (JUR/2007/324017): IMPROCEDENTE
STSJ Cataluña 30 septiembre 2006 (JUR/2006/4662): IMPROCEDENTE
STSJ Cataluña 6 mayo 2005 (JUR/2005/1071): IMPROCEDENTE
STSJ Castilla y León/ Valladolid 9 diciembre 2004 (AS/2004/269): IMPROCEDENTE
STSJ Madrid 7 octubre 2004 (JUR/2004/93313): IMPROCEDENTE
STSJ Castilla y León/ Valladolid 13 julio 2004 (JUR/2004/191704): PROCEDENTE
STSJ Aragón 5 febrero 2004 (AS/2004/346): IMPROCEDENTE
STSJ Galicia 8 junio 2004 (JUR 2004/267387): PROCEDENTE
STSJ Islas Canarias/Las Palmas 21 noviembre 1995 (AS/1995/4519): PROCEDENTE

TOLERANCIA EMPRESARIAL PREVIA
STSJ Navarra 10 marzo 2016 (JUR/216/132121): IMPROCEDENTE
STSJ Andalucía/Sevilla 27 junio 2013 (JUR/2013/278497): IMPROCEDENTE
STSJ Cataluña 13 febrero 2013 (AS/2013/1092): IMPROCEDENTE
STSJ Castilla y León/Burgos 7 septiembre 2010 (JUR/2010/334756): IMPROCEDENTE
STSJ Cataluña 25 abril 2009 (JUR/2009/6256): IMPROCEDENTE
STSJ Andalucía/Málaga 1 diciembre 2005 (AS/2006/2957): IMPROCEDENTE
STSJ Extremadura 28 julio 2005 (AS/2005/228): IMPROCEDENTE
STSJ Navarra 28 enero 2000 (AS/2000/664): IMPROCEDENTE
STSJ Andalucía/Sevilla 2 abril 1996 (AS/1995/1777): IMPROCEDENTE
STSJ Andalucía/Sevilla 24 abril 1995 (AS/1995/1777): IMPROCEDENTE

INCUMPLIMIENTO PREVIO
STSJ Cataluña 13 febrero 2013 (AS/2013/1092): IMPROCEDENTE

PERSISTENCIA EN LA SUSTRACCIÓN
STSJ Andalucía/ Granada 18 febrero 2017 (JUR/2017/71862): PROCEDENTE
STSJ Madrid 30 octubre 2016 (JUR/2016/847): PROCEDENTE
STSJ Asturias 11 octubre 2014 (AS/2014/154): IMPROCEDENTE
STSJ Cataluña 17 febrero 2014 (JUR/ 2001/316119): PROCEDENTE
STS Andalucía/Sevilla 15 noviembre 2013 (JUR/2013/125524): PROCEDENTE
STSJ Madrid 13 mayo 2013 (JUR/2013/293331): PROCEDENTE
STSJ Cataluña 24 mayo 2013 (JUR/2013/260097): PROCEDENTE
STS 13 septiembre 2012 (JUR/2012/347537): PROCEDENTE
STSJ Castilla- La Mancha 19 marzo 2012 (JUR/2012/800): PROCEDENTE
STSJ Comunidad Valenciana 11 mayo 2010 (JUR/2010/252599): PROCEDENTE
STSJ Galicia 4 mayo 2010 (JUR/2010/324006): IMPROCEDENTE
STSJ Castilla y León/Valladolid 13 de enero de 2009 (JUR/2010/74895): PROCEDENTE
STSJ Galicia 28 abril 2009 (AS 2010/581): PROCEDENTE
STSJ País Vasco 19 febrero 2008 (AS/2008/1337): PROCEDENTE
STSJ Islas Canarias/Las Palmas 31 enero 2007 (AS/2007/1837): PROCEDENTE
STSJ Cantabria 22 marzo 2006 (AS/2006/1202): PROCEDENTE
STSJ Madrid 23 enero 2006 (JUR/2006/201222): PROCEDENTE
STSJ Islas Canarias/ Santa Cruz de Tenerife 30 enero 2006 (AS/2006/732): PROCEDENTE
STSJ Comunidad Valenciana 23 marzo 2005 (AS/2005/549): PROCEDENTE
STSJ Galicia 10 octubre 2005 (JUR/2006/81356): PROCEDENTE
STSJ Comunidad Valenciana 6 abril 2000 (JUR/2000/266962): PROCEDENTE
STSJ Andalucía/ Málaga, 21 mayo 1999 (AS/1999/5697): PROCEDENTE

STSJ Islas Baleares 19 febrero 1998 (AS/1998/395): PROCEDENTE

EPECIAL POSICIÓN DE SUPERIORIDAD

STSJ Asturias 28 noviembre 2008 (AS/2009/89): PROCEDENTE
--

STSJ Cataluña 25 junio 2006 (JUR/2006/1514): PROCEDENTE

STSJ Comunidad Valenciana 23 marzo 2005(AS/2005/549): PROCEDENTE
--

STSJ País Vasco 26 octubre 2004 (JUR/2005/17191): PROCEDENTE
--

STSJ Andalucía/Málaga 21 mayo 1999 (AS/1999/5697): PROCEDENTE

STSJ Asturias 26 enero 1996 (AS/1996/723): PROCEDENTE

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

STSJ Islas Baleares 18 octubre 2012 (JUR/2012/398692): PROCEDENTE

STSJ C. Valenciana 14 febrero 2012 (JUR/2012/158384): PROCEDENTE
--

STSJ Andalucía/Granada 22 septiembre 2011 (AS/2011/2858): PROCEDENTE
--

STSJ Madrid 30 noviembre 2010 (AS/2010/458): PROCEDENTE

STSJ Cantabria 18 febrero 2009 (JUR/2009/189224): PROCEDENTE
--

STSJ Cataluña 25 junio 2006 (JUR/2006/1514): PROCEDENTE

STSJ Comunidad Valenciana 23 marzo 2005(AS/2005/549): PROCEDENTE
--

STSJ Sevilla 12 noviembre 2001(JUR/2002/257612): PROCEDENTE

STSJ Andalucía/ Málaga 1 diciembre 2000 (JUR/2001/71462): PROCEDENTE
--

OCULTACIÓN

STSJ C. Valenciana 22 marzo 2016 (JUR/2016/172426): PROCEDENTE
--

STSJ Galicia 15 octubre 2015 (JUR/2015/268666): PROCEDENTE
--

STSJ Islas Canarias/Las Palmas 22 agosto 2013 (JUR/2013/345): PROCEDENTE
--

STSJ C. Valenciana 20 diciembre 2012 (JUR/2012/164101): PROCEDENTE
--

STSJ Castilla y León/Valladolid 13 enero 2009 (JUR/2010/74895): PROCEDENTE
--

STSJ Cataluña 7 julio 2006 (JUR/2006/2179): PROCEDENTE
--

STSJ Valenciana 9 julio 2003 (AS/2003/2848): PROCEDENTE

STSJ Islas Canarias/Las Palmas 19 octubre 2002 (JUR/2003/700): PROCEDENTE

STSJ Comunidad Valenciana 6 abril 2000 (JUR/2000/266962): PROCEDENTE
--

A PARTIR DE DILIGENCIAS POLICIALES

DE OFICIO A PARTIR DE OTRAS CONDUCTAS

STSJ Asturias 28 octubre 2011 (JUR 2011\388418): PROCEDENTE

STSJ Cataluña 23 octubre 2008 (AS 2008\3201): PROCEDENTE
--

DENUNCIA SIN SOSPECHA DEL EMPLEADO

STS 10 noviembre 2015 (JUR 2015\301676): PROCEDENTE

STSJ Cataluña 15 noviembre 2012 (JUR 2015\8786): PROCEDENTE

STSJ Andalucía, Sevilla 6 abril 2010 (AS 2010\1069): PROCEDENTE
DENUNCIA BAJO SOSPECHA
STSJ Navarra 17 octubre 2002 (AS 2002\3433): PROCEDENTE
INVESTIGACIÓN SIMULTANEA DE EMPRESARIO Y POLICIAL
STSJ Comunidad Valenciana 19 enero 2016 (JUR 2016\57217): PROCEDENTE
STSJ Comunidad Valenciana, 12 de enero de 2016 (JUR 2016\148421): PROCEDENTE
STSJ Galicia 14 abril 2015 (JUR 2015\118472): PROCEDENTE

III. LA PRUEBA DE LA SUSTRACCIÓN Y LOS MEDIOS A DISPOSICIÓN DEL EMPRESARIO

Obtener la prueba de la comisión de un hurto, robo o sustracción por el trabajador dista de resultar una tarea fácil. El ordenamiento habilita, no obstante, distintas vías que pueden ser utilizadas a este propósito: desde la clásica del registro de las taquillas y la persona del trabajador, pasando por el aprovechamiento de los avances electrónicos en videovigilancia, hasta llegar a la contratación de detectives con tal propósito. Además, y como se ha anticipado, también cabrá valerse de otras pruebas “indirectas” que provienen de diligencias policiales previas.

En apretada síntesis sobre cada una de ellas, cabrá la siguiente valoración:

1. Procedimiento de registro de taquillas y efectos personales a fin de comprobar el hurto.

Siendo ya un método clásico a la hora de corroborar un hurto (el único que a tal efecto contempla el Estatuto de los Trabajadores), el registro de taquillas y efectos personales dista de ser un modo sencillo de comprobación, pues al entrar en juego de

los derechos fundamentales de los trabajadores, requerirá ajustarse de manera estricta a lo dispuesto en la norma y su recreación por la jurisprudencia⁴⁷.

El empleador, en atención a cuanto dispone el art. 18 ET, tiene la facultad de acceder a taquillas y a efectos personales de los trabajadores⁴⁸, siempre y cuando sea absolutamente necesario para la proteger el acervo empresarial⁴⁹ (o del de los propios empleados⁵⁰) y tenga lugar en el tiempo y lugar de trabajo; además, respetando siempre y en todo lugar la intimidad y dignidad del afectado, cuya mejor garantía viene dada por la obligatoria presencia de un representante de los trabajadores o, de no existir aquel, de un compañero⁵¹.

Constituye, además un recurso último a utilizar solamente cuando se hayan agotado cualesquiera otras vías a su disposición que resulten menos gravosas para los derechos de los trabajadores. En este sentido, el precepto no podrá ser interpretado de manera extensiva como una facultad de policía privada.

En virtud de tal criterio, la mera sospecha, por fundada que pueda ser, no constituye en sí misma un motivo legítimo⁵², así como tampoco el registro periódico y/o aleatorio⁵³; las excepciones a tal lógica y regla vendrán dadas por supuestos como la entrada y salida masiva de clientes o el difícil control de *stock*, cuando hacen prácticamente imposible el control de los empleados y los Tribunales permiten una “revisión preventiva”⁵⁴, o si están en juego determinados bienes e intereses relevantes en el caso concreto⁵⁵, que no deben ser necesariamente de carácter económico, sino, por ejemplo, afectan a productos tóxicos o peligrosos⁵⁶.

La exigencia de que deba ser realizado dentro del centro de trabajo y en horario laboral significa que el poder de dirección finaliza con el término de la prestación y la

⁴⁷ Un ejemplo acabado, y común, de tales excesos en, STSJ Castilla La Mancha 21 enero 2001 (AS/2001/400): la Sala estima el recurso de la trabajadora y declara improcedente el despido, al considerar que el empresario violó su derecho a la intimidad al meter las manos en los bolsillos de su cazadora para comprobar si llevaba algún producto en ellos sin ceñirse a los requisitos establecidos al respecto.

⁴⁸ Enunciando los bienes que comprenden el término “efectos personales”, SSTS 11 junio 1990 (AS/1990/5679) y 28 junio 1990 (AS/1990/0148) o STSJ Cantabria 14 diciembre 1994 (JUR/1994/1676).

⁴⁹ STSJ Cataluña 23 octubre 2015 (AS/2015/2175).

⁵⁰ STSJ Cataluña 23 mayo 2000 (AS/2000/1934).

⁵¹ STSJ Cantabria 24 abril 2008 (AS/2008/1722).

⁵² GOERLICH PESET J.M.: “Despido por relación con el tráfico de cocaína: transgresión de la buena fe contractual y derecho a la intimidad del trabajador”, *Poder Judicial*, núm. 9, 1988, pág.154.

⁵³ STSJ Cataluña 23 mayo 2000 (AS/2000/2569).

⁵⁴ STSJ Madrid 2 abril 1998 (AS/1998/5731).

⁵⁵ STS 18 de marzo 1987 (RJ 1987/3545).

⁵⁶ SSTSJ Murcia 23 julio 1993 (AS/1993/2564) y 18 julio 1995 (JUR/1995/3024).

ubicación fuera del recinto empresarial⁵⁷, donde el empresario no deja de ser un ciudadano normal y la indagación corresponde a las autoridades públicas⁵⁸. Con todo, cabrá introducir dos matizaciones importantes: por un lado, procederá entender el centro de trabajo de forma extensiva, comprendiendo también el recinto y no sólo el local⁵⁹; de otro, el sometimiento al horario laboral puede plantear más problemas, pues para una mejor adecuación a la finalidad práctica del registro, debería ser realizado al final de la jornada, avisando, por lo tanto, antes de su finalización⁶⁰. Precisamente en atención a este último aspecto, y dado que muchas veces su carácter imprevisible hará inviable la el aviso anticipado (por ser las sospechas fundadas, individualizadas y de carácter urgente), distintos pronunciamientos admiten su realización fuera de horario, pero con la compensación económica adecuada⁶¹.

Dejando para otro lugar las exigencias vinculadas a la intimidad del trabajador, la regularidad del registro quiere ser garantizada por la ley a través de la presencia de un representante o, en su defecto, de un compañero⁶². El añadido “siempre que fuese posible” lleva a entender que, de no estar presente cualquiera de los dos aludidos, el empresario lo podría hacer directamente⁶³. Lejos de ser aconsejable, parece oportuno postular la presencia de un tercero, al menos, por dos razones: de un lado, obrará un testimonio fehaciente sobre la forma y resultado del registro⁶⁴; de otro, y no menos importante, cabrá evitar -- o defenderse -- frente a la habitual invocación de vulneración de derechos fundamentales⁶⁵.

Dos factores últimos habrán de ser ponderados. El primero de ellos alude a la información previa, que desde luego bastará con referirla al general conocimiento sobre la posibilidad de realizar estos registros, sin necesidad de una advertencia expresa y anterior al sospechoso, por cuanto este aviso bien podría llevar a intentar deshacerse de lo sustraído para eliminar cualquier riesgo⁶⁶. El segundo, siempre a poner en relación con el principio de proporcionalidad -- sobre el cual se volverá con calma -- lleva al delicado equilibrio entre el interés preponderante reconocido al empresario en la norma

⁵⁷ STSJ C. Valenciana 28 septiembre 2010 (AS/2011/252).

⁵⁸ STSJ Madrid 5 noviembre 2008 (AS/2008/1124).

⁵⁹ STSJ Murcia 3 julio 2008 (AS/2009/1031).

⁶⁰ STSJ Cataluña 27 junio 2008 (AS/2007/2877).

⁶¹ STSJ Navarra 24 junio 2016 (JUR 2016\246626).

⁶² Por todos, la ejemplar muestra contenida en STSJ C. Valenciana 5 octubre 2010 (AS/2011/251).

⁶³ STSJ Andalucía/ Sevilla 25 noviembre 2008 (2009/255).

⁶⁴ STSJ Navarra 18 abril 2006 (AS/2006/1190).

⁶⁵ STSJ Andalucía/Granada 12 noviembre 2002 (AS/2003/654).

⁶⁶ STSJ Cataluña 7 noviembre 2014 (AS/2015/164).

y la garantía a los valores, bienes y derechos del trabajador en juego, debiendo cohonestarlos de manera tal que el primero no cercene los segundos.⁶⁷

2. Detectives privados. Características, límites y tratamiento de lo investigado en juicio.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (en adelante LSPPr), no existía una normativa específica y detallada sobre detectives privados, pues la antigua Ley 23/1992, de 30 de julio, encuadraba su labor de los detectives privados junto a la del resto de agentes de seguridad, tales como vigilantes, guardas etc. De este modo, la norma carecía de un nivel acorde con la importancia adquirida en los últimos años [por estos cualificados profesionales. Detallaba, eso sí, algunos principios sustanciales de la profesión que la nueva norma mantiene, pero sin la operatividad necesaria, al no entrar a regular la pléyade de cuestiones] y circunstancias que suscitaba el sector⁶⁸. Bajo la nueva norma, y por cuanto aquí interesa, cabrá partir de seis principios fundamentales a la hora de contratar un detective privado con la finalidad aquí analizada:

- A. Autoprotección. Referida a la potestad del empresario para utilizar cuantos medios estime oportunos a la hora de proteger su patrimonio, bien por sí mismo, bien mediante la contratación de un profesional debidamente habilitado y que cumpla con todos los requisitos enumerados por el Ministerio del Interior; entre otros: carencia de antecedentes penales, nacionalidad española o europea o, por último, acreditación universitaria de haber realizado el Grado de Investigación Privada, o el curso habilitante impartido por el propio Ministerio.
- B. Vinculación previa. El detective queda sujeto a la prestación convenida con el empresario previa contratación al efecto, en la cual se especifique el encargo y, siempre, dando traslado del compromiso adquirido al Ministerio del Interior. Vía esta en la cual, cuanto en páginas atrás se calificó como colaboración extraordinaria entre empresario y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, podrá ser catalogada en un futuro

⁶⁷ STS 26 septiembre 2007 (RJ/2007/7514).

⁶⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. y ARIAS DOMÍNGUEZ, A. *Detectives en las relaciones laborales, impactos de la Ley de Seguridad Privada (L5/2014)* Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pág. 17

como el camino normal en muchos supuestos de hurtos y robos cometidos por el trabajador.

- C. Confidencialidad. Esencial en estos ámbitos, sobre el detective pesa el deber de secreto respecto a todo lo tratado con el empresario. La única excepción viene dada por obligación de colaborar e informar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.
- D. Respeto de los derechos fundamentales. Demandando la ley que sus actuaciones (sus actividades e hilo conductor común) se ajusten a cuatro adjetivos: razonables, necesarias, idóneas y proporcionales,
- E. Prohibición de intervenir o interferir en situación de huelga o conflicto colectivo, así como cualquier tipo de conflicto laboral o político relacionado con la empresa.
- F. No injerencia. De escaso significado en orden al objetivo de este estudio, por cuanto trata únicamente de enervar el control por el detective de cualquier tipo de opiniones políticas, sindicales o religiosas.

Sobre tal haz de principios cabe interrogarse sobre cómo podrá trabajar el detective, dónde le está permitido actuar, y el límite hasta el cual puede actuar.

En primer lugar, es de rigor aclarar que ha de ser un trabajo rogado⁶⁹, esto es, un detective privado no podrá iniciar por su propia voluntad la investigación de una persona, y ha de ser el empresario en este caso quien acuda a sus servicios y determine el individuo y el objeto sobre quien recaerá la investigación⁷⁰.

A tenor de lo previsto en el art. 48.2 LSP., recibida noticia del cometido encargado, el detective habrá de desechar o matizar el objeto del encargo si conociera que la vigilancia es ilícita o ilegal, en particular cuando pudiera suponer la violación de derechos del trabajador⁷¹.

De este modo, el cometido presentará ciertos límites, de hasta tres tipos: de ámbito subjetivo, en referencia a la proyección de la investigación, la cual debe ser necesariamente laboral, impidiendo la intromisión en la vida personal del trabajador cuando no incumba a la prestación de servicios⁷². Este límite es, extrañamente, un arma de defensa para el empleador cuando el trabajador alegue violación de sus derechos,

⁶⁹ STSJ C. Valenciana 23 junio 2009 (AS/2009/1923).

⁷⁰ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., *Detectives y vigilantes privados en el ámbito laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 73.

⁷¹ STS 11 febrero 2016 (RJ/2016/1950).

⁷² STSJ Islas Canarias/ Sta. Cruz de Tenerife 20 junio 2017(JUR/2017/224371).

pues sobre el detective pesará la prueba de justificar los motivos por los cuales procedió a investigarlo fuera de su lugar y centro de trabajo, dadas las sospechas de que, por ejemplo, pudiera estar llevando material de la empresa a su domicilio⁷³.

En segundo término, de ámbito objetivo, que, cuando el encargo se refiera a hurtos, robos o sustracciones, no podrán ir más allá de la constatación de tales hechos, sin entrar en cualesquiera otros que casualmente pudiera descubrir y afectar de manera indirecta a otros incumplimientos laborales⁷⁴.

Por último, y lógicamente, en el ámbito funcional solo cabrá acudir a técnicas, instrumentos y herramientas legítimos en sí mismos y en el concreto contexto donde se utilizan⁷⁵; de no ser así, impediría que lo recabado constituyera una prueba procesal plena.

Ajustado el comportamiento a la triple limitación enunciada, el ámbito de actuación del detective se proyecta allá donde el empresario no puede llegar con el poder de dirección⁷⁶. Permite, por consiguiente, el seguimiento fuera de lugar y horario de trabajo, pues no deja de ser habitual que la prueba del robo se obtenga más fácilmente extra muros de la empresa, donde la confianza del trabajador permita una captación más sencilla⁷⁷. Con todo, el supuesto inverso también es factible, y cabrá camuflar a detectives dentro de la empresa, otorgándoles apariencia de trabajadores para así realizar mejor su trabajo, al observar desde dentro y directamente las conductas de los sospechosos⁷⁸; eso sí, con las salvaguardas debidas a los derechos fundamentales en juego, como pudiera ser la intromisión en aseos, zonas de descanso, etc.⁷⁹.

Realizado su trabajo, el investigador privado, como parte de sus funciones⁸⁰, habrá de entregar a su cliente (el empresario en este caso) un informe detallado con lo fotografiado, grabado o visto acerca de la conducta del trabajador investigado⁸¹.

El poder empresarial del artículo 20.3 ET adquiere, bajo estos informes de detective, un potencial de expansión enorme; más aún cuando la ley de la jurisdicción

⁷³ STSJ Madrid 27 de junio 2007 (AS 2007\3037).

⁷⁴ STSJ Madrid 9 octubre 2009 (AS/2009/2920).

⁷⁵ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., "Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial", *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2011, pág. 800.

⁷⁶ STSJ Galicia 10 octubre 2005 (JUR/2006/81356).

⁷⁷ STSJ País Vasco 22 enero 2013 (JUR/2014/136106).

⁷⁸ STSJ Galicia 1 junio 2008 (JUR/2011/257155).

⁷⁹ STSJ Madrid 20 diciembre 2006 (AS 2007\1069).

⁸⁰ GÓMEZ MONTOYA, R., *Diccionario terminológico para la seguridad privada*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 97.

⁸¹ NAVASQUILLO LORDA, E., VICENTE BONILLA, J., *Manual práctico del detective privado*, Ara Ediciones, Madrid, 2012, págs. 121 y ss.

social, salvo alegación y prueba por el trabajador demandado una violación de sus derechos fundamentales, admitirá la testifical “cualificada” de este profesional, acompañada de las grabaciones, fotografías o vídeos que hubiera podido registrar; adjetivo, el entrecomillado, que no conlleva un especial valor de esta prueba por la persona de quien declara, sino por la constancia de lo declarado aun cuando no se considere prueba, ni documental, ni pericial⁸².

3. La implantación de mecanismos de videovigilancia como método de control empresarial.

El empresario dispone, en fin (y amén de otras posibilidades, como la utilización de señuelos⁸³, la comparación⁸⁴, el descarte⁸⁵ o la clásica denuncia por sus compañeros⁸⁶), de la facultad de implantar medidas tecnológicas de seguridad y control para prevenir las posibles sustracciones en el lugar de trabajo, tanto por intrusos como por sus propios asalariados. Esta alternativa ha tomado forma de manera progresiva conforme ha ido avanzando la tecnología y la jurisprudencia ha ido aquilatando, poco a poco, y muchas veces rectificando, hasta alcanzar el punto de equilibrio actual.

Tras una ardua discusión doctrinal y jurisdiccional sobre dónde encuadrar la videovigilancia, se recaló en que el precepto más adecuado de la ley no es el mentado artículo 18, previsto para taquillas y efectos personales⁸⁷, sino el artículo 20.3 ET⁸⁸, a cuyo tenor el empleador puede disponer de cuantos medios precise para constatar el

⁸² DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., “El informe del detective privado en el proceso laboral” *Trabajo y Derecho*, núm. 34, 2017, págs. 59 y ss.

⁸³ SSTSJ Islas Baleares 19 febrero 1998 (AS/1998/395); Galicia 10 octubre 2005 (JUR/2006/81356); Islas Baleares 18 octubre 2012 (JUR/2012/398692); o C. Valenciana 23 diciembre 2016 (JUR/2017/40857).

⁸⁴ SSTSJ C. Valenciana 6 abril 2000 (JUR/2000/266962); C. Valenciana 23 marzo 2005 (AS/2005/549); Madrid 23 enero 2006 (JUR/2006/201222); País Vasco 19 febrero 2008 (AS/2008/1337); Asturias 28 noviembre 2008 (AS/2009/89); C. Valenciana 11 mayo 2010 (JUR/2010/252599); Islas Canarias/Las Palmas 22 mayo 2010 (JUR/2010/418446); Galicia 22 diciembre 2010 (JUR/2010/75526); Asturias 1 enero 2012 (JUR/2012/1165); o Madrid 30 octubre 2016 (JUR/2016/847).

⁸⁵ STSJ Islas Canarias/Las Palmas 31 enero 2007 (AS/2007/1837).

⁸⁶ SSTSJ Islas Canarias/Las Palmas 21 noviembre 1995 (AS/1995/4519); Castilla y León/ Valladolid 13 julio 2004 (JUR/2004/191704); Islas Canarias/ Santa Cruz de Tenerife 30 enero 2006 (AS/2006/732); Cataluña 30 septiembre 2006 (JUR/2006/4662); Madrid 18 octubre 2006 (JUR/2006/4617); Castilla y León/Valladolid 13 de enero de 2009 (JUR/2010/74895); País Vasco 13 julio 2010 (JUR/2010/406431); Cataluña 17 febrero 2014 (JUR/ 2001/316119).

⁸⁷ STS 26 septiembre 2007 (RJ/2007/7514); SSTSJ Andalucía/ Sevilla 25 noviembre 2008 (AS/2009/255) y C. Valenciana 5 octubre 2010 (AS/2011/251).

⁸⁸ STSJ Cataluña 7 noviembre 2014 (AS/2014/164).

correcto cumplimiento de las obligaciones laborales, siempre con respeto a la intimidad de los trabajadores⁸⁹.

Estos medios tecnológicos, relativamente nuevos y en continua evolución han dado pie a una fluctuante doctrina judicial que cabría sintetizar (para aprender de la evolución) en las siguientes fases⁹⁰:

- En un primer momento mantuvo una posición claramente favorable a los intereses del empleador, al interpretar de manera extensiva su poder de control, argumentando para ello que todo cuanto se ponía a disposición de los asalariados debía ser de uso exclusivo para el desempeño de sus funciones en la empresa⁹¹. Argumento justificado a partir de nociones básicas de Derecho Civil Patrimonial, como pudiera ser la invocación, por ejemplo, de los arts. 340 o 348 CC, cuyo literal no admite un aprovechamiento terso y personal de lo puesto a su disposición con el exclusivo fin de la prestación de trabajo; menos aún, por tanto, si ello suponía la privación del patrimonio empresarial, de los compañeros o de clientes que podría ser protegido por cualquier vía, incluida la videovigilancia.
- En una segunda etapa, el fiel de la balanza cambió notablemente de signo en beneficio del trabajador, bajo una máxima o principio susceptible de ser enunciado conforme sigue: salvo si mediara expresa advertencia, sería contrario a la buena fe, por vulnerar derechos fundamentales, actuar sin conocimiento del trabajador y al amparo de una permanente sospecha sobre el conjunto de la plantilla.
- El salto cualitativo, que permite iniciar una nueva etapa sobre cuyo final aún media una profunda incertidumbre, pasa por el tránsito desde los valores del art. 18 ET a cuantos se están proclamando en el art. 20.3 ET. Es obvio que cuanto más claro y regulado aparezca el muro y márgenes de la actuación de la empresa, mayores facilidades existirán para poder acreditar posibles sustracciones por el trabajador; no menos claro parece, a día de hoy, que el nuevo fiel vuelve a favorecer al empresario, pues ya no será necesaria una

⁸⁹ OJEDA AVILÉS, A., “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, *Revista de Derecho Social*, núm. 35, 2006, pág. 15.

⁹⁰ Siguiendo la exposición de RODRIGUEZ ESCANCIANO, S: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 44.

⁹¹ SSTSJ Madrid 28 noviembre 2000 (AS/2000/2348), 12 junio 2001 (AS/2002/5679) y 22 noviembre 2002 (JUR/2003/3215).

advertencia previa y formal a los representantes de los trabajadores y al trabajador sobre el propósito directo de la captación de imágenes, sino que bastará la noticia indirecta e incluso referida a otra finalidad distinta, si al final queda cumplida constancia del incumplimiento o transgresión de la buena fe derivada de la conducta del trabajador.

4. La prueba “indirecta” a partir de diligencias penales abiertas al trabajador.

Mucho más sencilla resulta la prueba cuando esta llega a manos del empresario a partir de investigaciones llevadas a cabo de oficio, o a instancia de parte, por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

En este sentido, cabrá dar cuenta de diversas variantes convenientemente ilustradas en los pronunciamientos judiciales:

- Actuaciones estrictamente de oficio, en las cuales el empresario es totalmente ajeno a la actividad de la Policía Nacional o Guardia Civil y únicamente toma noticia de la infracción del trabajador una vez le es comunicado el resultado de la investigación. Tal el supuesto de quien sustrae tendido eléctrico a su empresa⁹² o sustrae otro tipo de material⁹³ y resulta aprehendido por las Fuerzas del Orden Público.
- Comunicación por la empresa de haber sufrido robos, sin tener ningún tipo de sospecha sobre los propios empleados, descubriéndose, a partir de la indagación policial, que el autor resulta ser un trabajador. Así cuando tras varios años de sustracción de metálico de las cajas de seguridad es descubierto el trabajador como autor del hurto por la Policía⁹⁴, se denuncia la desaparición de unas tarjetas de regalo de las cuales se había apropiado por el trabajador⁹⁵, o se pone en conocimiento un robo del establecimiento perpetrado, según descubre la Guardia Civil por un empleado⁹⁶.

⁹² STSJ Asturias 28 octubre 2011 (JUR 2011\388418).

⁹³ STSJ Cataluña 15 noviembre 2012 (JUR 2015\8786).

⁹⁴ STSJ Andalucía, Sevilla 6 abril 2010 (AS 2010\1069).

⁹⁵ STS 10 noviembre 2015 (JUR 2015\301676).

⁹⁶ STSJ Cataluña 15 noviembre 2012 (JUR 2015\8786).

- Un tercer grupo de supuestos conectaría las sospechas empresariales con un trabajador, pero este prefiere diferir su investigación a las Fuerzas de Seguridad en lugar de ejercer su poder empresarial de control⁹⁷.
- En fin, no dejan de aparecer supuestos (ciertamente no habituales) en los cuales coinciden la investigación policial con la denuncia de sospechas empresariales, que acaban proporcionando la noticia del hurto o la sustracción: quien anteriormente ya había robado en otras empresas y la Policía sospecha que podría hacerlo en la actual, a lo que se une el hurto de 11.000€ al empresario, quien tiene indicios de que su autor puede ser el mismo sujeto⁹⁸; o, el ejemplo paradigmático, sospecha de un farmacéutico sobre la sustracción por su mancebo de determinados medicamentos, cuando en paralelo la Guardia Civil investigaba la venta de productos farmacéuticos de manera ilegal⁹⁹.

Constituyen los anteriores una muestra paradigmática de cómo algunas veces el ordenamiento penal y el laboral pueden coincidir en sus objetivos¹⁰⁰, aun cuando ello no garantice una idéntica valoración en Derecho, pues bien cabe una sentencia absolutoria en el proceso penal a la par que otra considerando el despido disciplinario procedente, en los Juzgados de lo Social¹⁰¹ o al contrario¹⁰².

⁹⁷ STSJ Navarra 17 octubre 2002 (AS 2002\3433).

⁹⁸ STSJ Galicia 14 abril 2015 (JUR 2015\118472).

⁹⁹ SSTSJ Comunidad Valenciana 12 enero 2016 (JUR 2016\57217 y 19 de enero de 2016 (JUR 2016\148421).

¹⁰⁰ BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derechos Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1990, págs.48 y 49.

¹⁰¹ STSJ Murcia 30 septiembre 2010 (JUR 2010\3677550); Madrid 16 septiembre 2011 (AS 2011\2501); y Castilla y León, Valladolid 2 febrero 2017(JUR 2017\61033).

¹⁰² STSJ Castilla y León/Valladolid 8 febrero 2006 (AS 2006\2996), Cataluña 29 junio 2011 (AS 2011\2669) y Madrid 16 noviembre 2012 (JUR 2013\15247).

IV. INTIMIDAD Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA COMO FACTOR DE RELIEVE EN LA PRUEBA. LA ÚLTIMA TÉSIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Puntuales referencias han quedado, a lo largo del discurso, sobre la relación entre los medios de prueba que pudiere presentar el empresario y el necesario respeto a los derechos fundamentales del trabajador.

En su versión más elemental podría ser traído a colación el problema, en su expresión más básica, referido al registro de taquillas y pertenencias del trabajador, pues aquí el diálogo entre la protección patrimonial y el derecho a la intimidad muestra su faceta más directa y alude a cuestiones tan elementales como el respeto debido a la persona del trabajador, para así llevar a registros que no sean o que no constituyan una afrenta necesaria: medición de los tiempos, que necesariamente han de ser breves; registros en lugares privados y con el debido respeto; no exposición en público de lo obtenido para bochorno del interesado, etc.

Es en el problema de los nuevos medios tecnológicos dónde la jurisprudencia sigue, sin embargo, intentando adaptarse y definir una posición clara mediante la cual puedan quedar detallados con mínima corrección e identidad los límites de intimidad y autodeterminación informativa.

Recientemente, y de forma radical, tales referentes han alcanzado un nuevo norte en la línea -- ya apuntada -- de otorgar un mayor poder al empresario, por mor de un nuevo parecer (el tercer viraje sustancial, en cuanto se conoce) del Tribunal Constitucional¹⁰³.

De atender a los nuevos parámetros, procederá aceptar la instalación de instrumentos de vigilancia y control por el empleador sin la necesidad de avisar de forma previa a sus trabajadores, o sin informar de los mismos a sus representantes; ni ser advertidos expresamente del objetivo al que sirven tales medios. En consecuencia, no tendrá la obligación de notificar, ni a unos ni a otros, si las cámaras de videovigilancia (o cualquier otro medio) van a ser instaladas para la supervisión de los clientes o de los trabajadores, tal y como establecía la jurisprudencia anterior¹⁰⁴, la cual, por otra parte, también venía a exigir una información previa y expresa, precisa, clara e

¹⁰³ STS 39/ 2016 (RTC/2016/39).

¹⁰⁴ STC 29/2013, 11 febrero (RTC 2013/29).

inequívoca sobre finalidad del tipo de control de la actividad laboral a la cual podía ser dirigida.

La información, antes requerida y ahora omitida, debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que a realizar, esto es, los supuestos en los cuales cabía acceder a las grabaciones, el tiempo para su examen y el propósito al que obedecían; especificando, además y, en su caso, la facultad de utilizarlas para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.

Tal corrección otorga, indudablemente, una posición de ventaja al empresario, no en vano la tesis actual -- en modo alguno definitiva -- ha concluido que las empresas podrán utilizar las imágenes captadas por las cámaras de vigilancia para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales cuando los trabajadores tengan conocimiento de su instalación simplemente a través del correspondiente distintivo informativo que figure en lugar visible del establecimiento¹⁰⁵.

De este modo, “en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano, pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Esta excepción a la exigencia de consentimiento aparece también recogida en el art. 10.3 b) RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, según el cual los datos de carácter personal podrán tratarse sin necesidad del consentimiento del interesado cuando ‘se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación negocial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento’”.

Siendo así, la resolución dispensa de la obligación de información previa expresa cuando “a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca, sin duda, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será

¹⁰⁵ FERRANDO GARCÍA, M.F. “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*. núm. 399, 2016, pág. 44.

necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato”.

Es, bajo este parecer, donde cabe vislumbrar la evolución en las garantías del trabajador, que bajo el nuevo criterio hace cuestionar algunas afirmaciones en un pasado próximo firmemente asentadas. Así, bien cabría sostener que antes que estaban adecuadamente protegidos los derechos individuales del empleado, al exigir la necesidad de notificar los fines a los cuales obedecían los medios de vigilancia y control, de forma tal que, por ejemplo, si se informaba de la utilización de las cámaras de videovigilancia para la prevención de robos de clientes, no cabía usar las mismas con fines disciplinarios, siendo nula cualquier sanción interpuesta que no respetara los fines mencionados. En la actualidad, sin embargo, cabe entender autorizada su utilización precisamente con aquel objetivo que es reverso del poder de dirección, bastando con un conocimiento genérico e indirecto; más aún, sin necesidad de explicitar la finalidad a la cual obedece.

El caso enjuiciado resulta especialmente adecuado, por cuanto la instalación de videocámaras obedecía a la existencia de razonables sospechas de que alguno de los trabajadores con acceso a las cajas se estaba apropiando de dinero, pues el sistema de control informático mostraba múltiples irregularidades.

De forma análoga, también se ha justificado su utilización para controlar el material empresarial con la finalidad de comprobar quién (no importa si ajeno a la empresa o un empleado) estaba sustrayendo material¹⁰⁶.

Indudablemente, esta *vis expansiva* no cuenta solo con el refrendo del Tribunal Constitucional, pues es una tesis que ha ido poco a poco madurando en el ordenamiento social al amparo del Repertorio de Recomendaciones Prácticas en materia de protección de datos personales de los trabajadores elaborado por la OIT, el cual también prescinde de de información a los trabajadores (aunque no a sus representantes) respecto de las medidas de vigilancia cuando existan sospechas fundadas de una actividad delictiva u otras infracciones¹⁰⁷.

Este nuevo criterio permite obtener dos conclusiones importantes en orden a lo aquí tratado¹⁰⁸:

¹⁰⁶ STSJ Madrid, 9 febrero 2015 (JUR 2015/84).

¹⁰⁷ OIT, Ginebra, 1997, apartado 6.14.2.

¹⁰⁸ STC Pleno, 3 marzo de 2016 (RTC\2016\39).

1- El empresario puede prescindir del consentimiento de los empleados a la hora de tratar las imágenes adquiridas mediante las cámaras de videovigilancia instaladas con la finalidad de seguridad y control, entendiéndose que, por aplicación de la doctrina referente al tratamiento de los datos, no precisa ningún tipo de permiso de los trabajadores, ni para su colocación, ni para el tratamiento de las imágenes obtenidas a sus resultas.

Como premisa menor se alza la idea de que la supervisión y control de los asalariados no deja de ser una medida destinada a verificar el cumplimiento de la relación laboral, entrando plenamente en el ámbito de aplicación del art. 20 ET. Como premisa mayor, entraría en juego el art. 6 LOPD, y su dispensa de consentimiento interpretada por doctrina reciente, considerándolo implícito con la firma del contrato, al suponer su sumisión al poder de dirección.

2- De este modo, y para que el incumplimiento del deber de información empresarial implique una vulneración del art. 18.4 CE, procederá atender al mencionado principio de proporcionalidad, que en Derecho a la Protección de Datos debe ser ponderado caso por caso¹⁰⁹, así como sus limitaciones justificadas en el cumplimiento de las relaciones laborales y las correlativas facultades de vigilancia y control del art. 20.3 ET, en conexión con los arts. 33 y 38 CE.

La clave radicará, por consiguiente, en sopesar los bienes constitucionales en conflicto: de un lado, el derecho a la intimidad del trabajador, al que se unirá el derecho a su autodeterminación informativa (acceso, rectificación, cancelación etc.); de otro, la libertad de empresa, con las potestades anejas para un buen funcionamiento de la organización productiva. Por ello, resultará determinante si el dato obtenido ha sido utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para otra ajena al cumplimiento del contrato, porque sólo si el tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación de trabajo, el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los afectados; en el presente supuesto, habiendo sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral, se cumple el parámetro exigido, por cuanto bajo el nuevo parecer

¹⁰⁹ El argumento ya en MURILLO DE LA CUEVA, P.L., “Informática y protección de los datos personales”, *Cuadernos y Debates*, núm. 43, 1993 (separata).

constitucional, un tratamiento de imágenes que indirectamente pudieran afectar a la relación laboral ampararía un juicio de constitucionalidad.

Salvado el principal escollo, restaría estar y pasar por el triple juicio de proporcionalidad habitual en la doctrina constitucional. Así, en primer lugar, las medidas deben estar justificadas (en este caso, mediar sospechas razonables); en segundo término, ser idóneas para la finalidad pretendida (verificar el buen orden en la relación laboral, cerciorándose de si media o no esa conducta deshonestista de hurto, robo o sustracción por parte del trabajador); en fin, han de llevar a un equilibrio estable de intereses (lo cual reza por su ubicación en zonas donde no pueda afectar a la intimidad u honor de los trabajadores).

Precisamente, y como otro punto sobre el cual merecería la pena volver con tiento, la conexión entre trabajo y protección de datos será probablemente muy otra cuando entre en vigor el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos 2016/679. De su tenor, y de cuanto recoge el proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos recientemente aparecido, cabrá seguir, más que probablemente, un nuevo giro del Tribunal Constitucional, pues de los Considerandos¹¹⁰ del primero y su desarrollo, así como de la Exposición de Motivos del segundo y nuevo desarrollo normativo¹¹¹, aparecen referencias claras al consentimiento expreso, claro y específico de cualquier persona (en este caso el trabajador) para la recogida y el tratamiento de sus datos personales, excluyendo el consentimiento tácito en cualquier medida, lo cual supone un claro óbice para la fundamentación de lo recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional.

Tiempo al tiempo; en todo caso, inseguridad jurídica en un tema clave para el Derecho del Trabajo del cual este ensayo solo ha pretendido apuntar su reflejo tangencial al problema fundamental abordado.

¹¹⁰ La guía, sin perjuicio de su desarrollo, en los considerandos del G29 sobre el Considerando 32 del Reglamento UE 2016/39: “El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal”. En su desarrollo, art. 4.11), 7 y, sobre todo, 9 b) del citado reglamento.

¹¹¹ Exposición de motivos del proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos 121/13, “IV. se recoge expresamente el deber de confidencialidad, se regulan garantías específicas y se aplica el principio de minimización de datos para entender desproporcionado el tratamiento de los datos por quien carezca de competencia. Dentro de lo que se viene denominando la ‘legitimación para el tratamiento’, se alude específicamente al consentimiento, que ha de proceder de una declaración o de una clara acción afirmativa del afectado, excluyendo lo que se conocía como ‘consentimiento tácito’”. En su articulación destaca el profundo cambio en el contenido de cuanto se prevé sea su art. 6.

CONCLUSIONES

Como consecuencia del estudio realizado, pueden ser extraídas las siguientes valoraciones finales:

PRIMERA: La teoría gradualista, como premisa esencial en Derecho del Trabajo, juega un papel realmente fundamental también en los robos, hurtos y sustracciones dentro de la empresa. Así, para que un pronunciamiento judicial (independientemente del signo del mismo) resulte satisfactorio, será siempre necesaria una doble valoración: por un lado, ponderar de qué manera deben afectar las circunstancias objetivas al hecho cometido por el empleado; por otro, las circunstancias subjetivas, teniendo presentes los antecedentes en las conductas o los hechos coetáneos, para así realizar una valoración ajustada a cada caso. Se trata, en realidad, de la aplicación del principio de proporcionalidad, nacido en el Derecho Penal y exportado desde el Derecho Administrativo al ámbito de las relaciones laborales.

Lo anteriormente expuesto encuentra su traducción en dos aspectos: el ajuste del principio de igualdad a la relación de trabajo; y, desde una perspectiva más amplia, en el trasvase de este principio, plasmado en el ejercicio no abusivo de los derechos, conforme a los de igualdad, justicia y proporcionalidad de las sanciones laborales y al de revisión judicial de las sanciones acordadas por el empresario.

SEGUNDA: Después de un arduo debate, la jurisprudencia ha llegado a admitir que la relación Ley-convenio-contrato en la tipificación de infracciones y sanciones es de estricta complementariedad. Ello supone, en cuanto hace a la materia aquí abordada, que el art. 54.2 d) ET obrará como verdadero “cajón de sastre”, precisando la ayuda del convenio colectivo para entrar al detalle de cuánto va ser considerado como apropiaciones indebidas y, por tanto, falta muy grave susceptible de fundamentar un despido disciplinario. Siendo tal la regla, dada la presencia generalizada de tipos abiertos en los convenios colectivos, no cabrá destacar la subsidiariedad de la Ley (más aún tras la derogación de la regla de ultractividad automática) o la complementariedad del contrato.

Urdimbre de posibilidades que hace especialmente oportuna la elaboración de categorías a partir de las muestras obtenidas de los Tribunales, para así tener un patrón

fiable a la hora de integrar los distintos tipos. De este modo, la escasa entidad del robo, hurto o sustracción, la tolerancia empresarial o la colaboración en la aclaración de los hechos del interesado y las situaciones de incumplimiento previo empresarial llevan a -- como tónica -- a la improcedencia del despido; por contra, la persistencia en la conducta, el abuso de la posición en la empresa, la falsificación de documentos o la ocultación y protección de cómplice llevan a apreciar la procedencia de la decisión disciplinaria.

TERCERA: El empresario, bajo su poder de dirección y control, ostenta distintos mecanismos para proteger su acervo (y el del resto de los empleados): desde el clásico y bien aquilatado registro de taquillas y efectos personales del trabajador, hasta la implantación de medidas de seguridad y control, aprovechando las nuevas tecnologías, pasando por la contratación de detectives privados en orden al descubrimiento de los hurtos, robos o sustracciones. Medida, esta última, en clara alza, no en vano permite el empresario llegar donde no alcanza su poder de dirección, es decir, fuera del lugar y tiempo de trabajo; además, constituye una prueba testifical cualificada, por cuanto permite la aportación de medios técnicos sin cabida en la prueba documental o pericial.

Además, cabrá dar cuenta de la utilización creciente de otro medio de convicción: el recurso a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Cuando no obedezca a su investigación autónoma (o a la denuncia genérica efectuada por el empresario), será la denuncia por el empleador de las sospechas que tiene sobre el trabajador la que abrirá el camino para obtener una prueba “oficial”, siendo frecuentes los supuestos de investigación simultánea de la Policía y la Guardia Civil junto a la particular ordenada por el empresario.

CUARTA: Como consecuencia de los medios puestos a disposición del empresario para la averiguación de la infracción, han sido constantes los cambios en la doctrina constitucional sobre el punto de equilibrio entre los derechos fundamentales de los trabajadores y el poder de control del empresario.

En un primer momento, se interpretó de forma restrictiva la posibilidad de usar los medios tecnológicos, entendiendo que los mismos habían sido puestos a disposición de los trabajadores exclusivamente para el uso laboral, otorgando así la posibilidad al empleador para realizar los registros oportunos sin violar la intimidad de los afectados. En un segundo viró de forma radical, otorgando una garantía especial al trabajador, al “blindarlo” en sus derechos, exigiendo previa información a los interesados y sus

representantes tanto sobre el dispositivo de videovigilancia instalado como de su finalidad; de este modo, sino hubieran sido colocadas las cámaras para captar posibles hurtos o robos del trabajador, la prueba obtenida carecía de cualquier validez en juicio.

Todo ello ha vuelto a cambiar de forma radical recientemente, en marzo de 2016, pues a tenor de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, ya no será necesario informar de forma previa a los trabajadores (o a sus representantes) sobre la instalación de medios de seguridad dirigidos a controlar su actividad, sino que bastará con que aparezca información visible y que sirva para dar a conocer a trabajadores y personal ajeno a la empresa la colocación de cámaras sin necesidad de explicitar su propósito.

Bajo el orden constitucional dado, es clara la *vis expansiva* del poder de dirección empresarial, solo atenuado por la triple exigencia de proporcionalidad tanto en la finalidad, los medios y los valores en juego que se siguen demandando en el caso concreto. A la espera, cuanto resulte de la trasposición del Reglamento 2016/679, que parece augurar nuevos movimientos de efectos imposibles de valorar en este momento.

BIBLIOGRAFÍA

- ARUFE VARELA, Alberto. “La denuncia del convenio colectivo tras el Real Decreto 7/2011 de 10 de junio en materia de medidas urgentes en el ámbito de la negociación colectiva”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2011.
- ALONSO CARREÑO, Miguel: “El despido disciplinario: ¿cajón de sastre?” *Derecho y Perspectiva*, 2015, <http://derechoyperspectiva.es/el-despido-disciplinario-cajon-de-sastre/>.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén: “Comentario del Artículo 18”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, Edersa, 1983.
- DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel: “Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial”, *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2011.
--: *Detectives y vigilantes privados en el ámbito laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
--: “El informe del detective privado en el proceso laboral” *Trabajo y Derecho*, núm. 34, 2017,
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: *Alcohol y drogas en el trabajo. Del despido disciplinario y sus problemas a la prevención del riesgo y asistencia al trabajador*, Madrid, Wolters Kluwer, 2013.
-- y PRIETO PADÍN, Patricia: “Capítulo 3. Características personales”, en AA.VV. (ÁLVAREZ CUESTA, H., Dir. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., Coord.): *Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, págs.135 y ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: “Principio de proporcionalidad”, en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Madrid, Civitas, 1995.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Civitas/ACARL, 1991.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “La doctrina del Tribunal Supremo en materia de ultractividad: secuelas y nuevos pronunciamientos”, *Información Laboral*, núm.5, 2015, pág. 1.
- GOERLICH PESET José María: “Despido por relación con el tráfico de cocaína: transgresión de la buena fe contractual y derecho a la intimidad del trabajador”, *Poder Judicial*, núm. 9, 1988.

- : “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Dir.): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos y Sociales, 2005.
- GÓMEZ MONTOYA, Rafael, *Diccionario terminológico para la seguridad privada*, Tecnos, Madrid, 2014.
 - GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás: *El despido disciplinario*, 1ªed., Difusión Jurídica, Madrid, 2008.
 - MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas: “Informática y protección de los datos personales”, *Cuadernos y Debates*, núm. 43, 1993.
 - NAVASQUILLO LORDA, Eduardo, VICENTE BONILLA, Juan , *Manual práctico del detective privado*, Ara Ediciones, Madrid, 2012
 - OJEDA AVILÉS, Antonio: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, *Revista de Derecho Social*, núm. 35, 2006.
 - RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.
 - ROMERO MARTÍN, Eloy: “Los supuestos de transgresión de la buena fe contractual del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores”, *Noticias Jurídicas*, 2014, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4856-los-supuestos-de-transgresion-de-la-buena-fe-contractual-del-art-54-2-d-del-estatuto-de-los-trabajadores/>.
 - SARAZÁ GRANADOS, Jorge, *La transgresión de la buena fe contractual y figuras afines: Una aplicación práctica*. Navarra, Aranzadi, 2014.
 - SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: “Faltas y sanciones de los trabajadores (En torno al art. 58)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.100, 2000.
 - SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: *Detectives en las relaciones laborales, impactos de la Ley de Seguridad Privada (L5/2014)*, Madrid, Francis Lefebvre, 2014.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional:

- STC 39/2016 (RTC/2016/39).
- STC 29/2013, 11 febrero (RTC 2013/29).

Tribunal Supremo:

- STS 11 febrero 2016 (RJ/2016/1950).
- STS 10 noviembre 2015 (JUR 2015\301676).
- STS 26 septiembre 2007 (RJ/2007/7514).
- STS 20 abril 2005 (RJ 3532).
- STS 28 junio 1990 (AS/1990/0148).
- STS 11 junio 1990 (AS/1990/5679).
- STS 18 de marzo 1987 (RJ 1987/3545).
- STS 8 mayo 1973 (RJ/2254).
- STS 1 abril 1970 (RJ/1665).

Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ Islas Canarias/ Sta. Cruz de Tenerife 20 junio 2017 (JUR/2017/224371).
- STSJ Castilla y León/Valladolid 2 febrero 2017(JUR 2017\61033).
- STSJ Comunidad Valenciana 19 enero 2016 (JUR/2016/57217).
- STSJ Comunidad Valenciana 12 de enero de 2016 (JUR/2016/148421).
- STSJ Navarra 24 junio 2016 (JUR/2016/246626).
- STSJ Madrid 11 abril 2016 (AS 2016\906).
- STSJ Madrid, 9 febrero 2015 (JUR 2015/84).
- STSJ Comunidad Valenciana 3 febrero 2015 (JUR/2013/131173).
- STSJ Cataluña 23 octubre 2015 (AS/2015/2175).
- STSJ Galicia 14 abril 2015 (JUR/2015/118472).
- STSJ Madrid 17 marzo 2015 (JUR 153629).
- STSJ Cataluña 7 noviembre 2014 (AS/2014/164).
- STSJ Murcia de 24 de febrero 2014 (JUR/2014/109797).
- STSJ Andalucía/Sevilla 27 junio 2013 (JUR/2013/278497).
- STSJ Cantabria 25 abril 2013 (AS/2013/3032).

- STSJ Cataluña 13 febrero 2013 (AS/2013/1092).
- STSJ País Vasco 22 enero 2013 (JUR/2014/136106).
- STSJ Madrid 16 noviembre 2012 (JUR/2013/15247).
- STSJ Cataluña 15 noviembre 2012 (JUR/2015/8786).
- STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 25 junio 2012 (JUR 368422).
- STSJ Cataluña 21 junio 2012 (AS/2012/ 2725).
- STSJ Asturias 28 octubre 2011 (JUR/2011/388418).
- STSJ Madrid 16 septiembre 2011 (AS/2011/2501).
- STSJ Cataluña 29 junio 2011 (AS 2011\2669).
- STSJ C. Valenciana 5 octubre 2010 (AS/2011/251).
- STSJ C. Valenciana 28 septiembre 2010 (AS/2011/252).
- STSJ Castilla y León/Burgos 7 septiembre 2010 (JUR/2010/334756).
- STSJ País Vasco 13 julio 2010 (JUR/2088/2010).
- STSJ Andalucía, Sevilla 6 abril 2010 (AS/2010/1069).
- STSJ Murcia 30 septiembre 2010 (JUR/2010/3677550).
- STSJ Madrid 9 octubre 2009 (AS/2009/2920).
- STSJ C. Valenciana 23 junio 2009 (AS/2009/1923).
- STSJ Castilla y León/Valladolid 13 enero 2009 (JUR/2010/74895).
- STSJ País Vasco 2 diciembre 2008 (JUR/2008/324350).
- STSJ Asturias 28 noviembre 2008 (AS/2009/89).
- STSJ Andalucía/ Sevilla 25 noviembre 2008 (AS/2009/255).
- STSJ Madrid 5 noviembre 2008 (AS/2008/1124).
- STSJ Murcia 3 julio 2008 (AS/2009/1031).
- STSJ Cataluña 27 junio 2008 (AS/2007/2877).
- STSJ Galicia 1 junio 2008 (JUR/2011/257155).
- STSJ Cantabria 24 abril 2008 (AS/2008/1722).
- STSJ País Vasco 19 febrero 2008 (AS/2008/1337).
- STSJ Comunidad Valenciana 20 noviembre 2007 (JUR/119219/2008).
- STSJ Madrid 27 de junio 2007 (AS 2007\3037).
- STSJ Islas Canarias/Las Palmas 31 enero 2007 (AS/2007/1837).
- STSJ Madrid 20 diciembre 2006 (AS 2007\1069).
- STSJ Madrid 30 octubre 2006 (JUR/2007/324017).
- STSJ Madrid 18 octubre 2006 (JUR/2006/4617).
- STSJ Cataluña 30 septiembre 2006 (JUR/2006/4662).

- STSJ Cataluña 25 junio 2006 (JUR/2006/1514).
- STSJ Navarra 18 abril 2006 (AS/2006/1190).
- STSJ Cantabria 22 marzo 2006 (AS/2006/1202).
- STSJ Madrid 7 marzo 2006 (JUR 151456).
- STSJ Madrid 23 enero 2006 (JUR/2006/201222).
- STSJ Galicia 10 octubre 2005 (JUR/2006/81356).
- STSJ Islas Canarias/ Las Palmas 15 septiembre 2005 (AS 2005\2886).
- STSJ Murcia 26 agosto 2005 (JUR 2005/228978).
- STSJ Extremadura 28 julio 2005 (AS/2005/228).
- STSJ Cataluña 6 mayo 2005 (JUR/2005/1071).
- STSJ Comunidad Valenciana 23 marzo 2005 (AS/2005/549).
- STSJ Andalucía/Málaga 13 enero 2005 (AS 1199).
- STSJ País Vasco 26 octubre 2004 (JUR/2005/17191).
- STSJ Aragón 5 febrero 2004 (AS/2004/346).
- STSJ La Rioja 18 marzo 2003 (AS 2348).
- STSJ Andalucía/Granada 12 noviembre 2002 (AS/2003/654).
- STSJ Navarra 17 octubre 2002 (AS 2002\3433).
- STSJ Castilla-La Mancha 7 junio 2001 (AS 2638).
- STSJ Castilla La Mancha 21 enero 2001 (AS/2001/400).
- STSJ Cataluña 23 mayo 2000 (AS/2000/1934).
- STSJ La Rioja 4 mayo 2000 (AS 2005).
- STSJ Comunidad Valenciana 6 abril 2000 (JUR/2000/266962).
- STSJ Navarra 28 enero 2000 (AS/2000/664).
- STSJ Canarias/Las Palmas 18 junio 1999 (AS 4009).
- STSJ Andalucía/Málaga 21 mayo 1999 (AS/1999/5697).
- STSJ Cataluña 23 febrero 1999 (AS 904).
- STSJ Comunidad Valenciana 18 enero 1999 (AS 544).
- STSJ Madrid 2 abril 1998 (AS/1998/5731).
- STSJ Islas Baleares 19 febrero 1998 (AS/1998/395).
- STSJ Cataluña 1 junio 1996 (AS 2497).
- STSJ Asturias 26 enero 1996 (AS/1996/723).
- STSJ Islas Canarias/Las Palmas 21 noviembre 1995 (AS/1995/4519).
- STSJ Andalucía/Sevilla 24 abril 1995 (AS/1995/1777).
- STSJ Murcia 18 julio 1995 (JUR/1995/3024).

- STSJ Cantabria 14 diciembre 1994 (JUR/1994/1676).
- STSJ Murcia 23 julio 1993 (AS/1993/2564).