



Roj: **STSJ CL 4860/2021 - ECLI:ES:TSJCL:2021:4860**

Id Cendoj: **47186340012021102081**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2021**

Nº de Recurso: **2576/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL MAR NAVARRO MENDILUCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 02037/2021

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

Correo electrónico:

NIG: 47186 44 4 2020 0001657

Equipo/usuario: RAR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002576 /2021-M

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000330 /2020

RECURRENTE/S D/ña Dulce

ABOGADO/A: JAVIER MARIJUAN IZQUIERDO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: CELLCOM ESPAÑA 2000 SL

ABOGADO/A: JESUS RODRIGUEZ MERINO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Rec. núm. 2576/21 Ilmos. Sres.

D. Manuel María Benito López

Presidente de la Sección

D. Emilio Álvarez Anllo

D^a. M^a del Mar Navarro Mendiluce/ En Valladolid a treinta de diciembre de dos mil veintiuno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 2576/21 interpuesto por D^a. Dulce contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. CUATRO DE VALLADOLID (autos 330/2020) de fecha 20.09.21 dictada en virtud de demanda promovida por D^a. Dulce contra CELLCOM ESPAÑA 2000 S.L. y contra MINISTERIO FISCAL sobre DESPIDO DISCIPLINARIO, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA DEL MAR NAVARRO MENDILUCE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30.06.2020 se presentó en el Juzgado de lo Social número CUATRO DE VALLADOLID demanda formulada por D^a. Dulce, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:

"PRIMERO.- Dña. Dulce, mayor de edad, con D.N.I. número NUM000, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa CELLCOM ESPAÑA 2000, S.L. (C.I.F. B47638960), dedicada a la venta telefónica, desde el 29.01.2019, en virtud de contrato temporal por obra o servicio determinado, a tiempo parcial (30 horas semanales), con la categoría profesional de teleoperadora especialista y centro de trabajo en Valladolid, percibiendo una retribución salarial mensual, incluida la parte proporcional de pagas extras, de 933,01 €, con sujeción al Convenio Colectivo de Contact Center de ámbito nacional.

SEGUNDO.- Las partes suscribieron el 13.03.2020 Acuerdo de Teletrabajo, para la prestación de los servicios laborales desde el domicilio de la trabajadora, con una duración inicial de 15 días y con fecha de inicio el 16 siguiente. En su Cláusula 4^a, relativa a los equipos informáticos, se establece que "El empleador trabajará con el equipo informático de su propiedad, en su domicilio, estableciendo a través de control remoto con un equipo informático con el que viene trabajando en las instalaciones de la empresa, y así llevar a cabo por dicho medio el correcto desempeño de las funciones del teletrabajador", y en la 5^ª, sobre "Control y supervisión": "El empleador controlará y supervisará la actividad del teletrabajador mediante medios telemáticos, informáticos y electrónicos".

TERCERO.- El 20.03.2020 la empresa entregó a la actora escrito, fechado el mismo día, por el que le comunicaba su despido disciplinario, con efecto en la indicada fecha, imputándole una conducta constitutiva de indisciplina y desobediencia en el trabajo, transgresión de la buena fe contractual, y disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo. La indicada comunicación escrita, transcrita en el Hecho 4^º de la demanda y aportada por la actora en su ramo de prueba (documento 2), se da aquí por íntegramente reproducida.

CUARTO.- Para la realización del teletrabajo la actora llevó su ordenador portátil privado a la empresa, donde los días 12 y 13 de marzo le instalaron dos programas, uno de ellos el software de escritorio remoto Anydesk, que dispone de un acceso directo en el propio escritorio, con la previsión de que su utilización en modo remoto por la empresa tenga que ser autorizada previamente por la trabajadora, así como el software OCM Agent, como soporte tecnológico de los operadores del contact center, para su utilización en el trabajo diario por la actora, susceptible de monitorización por el supervisor o coordinador de la empresa mediante el OCM Supervisor, para lo cual es preciso que la trabajadora haya entrado en el programa, tiempo durante el cual a través del OCM Supervisor la empresa puede acceder a lo que esté en la pantalla y realizar una captura de pantalla. Además, dentro del indicado programa de gestión, la empresa puede escuchar las llamadas en línea, grabar las llamadas, controlar los tiempos de línea, pausas, descansos, tiempos y tiempos de codificación. El ordenador de la actora es susceptible de configurarse con varios usuarios, y la empresa le instaló los dos programas indicados en el único usuario definido para el acceso al ordenador, que por tanto es un usuario administrador con acceso privilegiado a los recursos del ordenador.

QUINTO.- En el desempeño de sus funciones, los teleoperadores navegan por Internet en relación con temas con su trabajo. Asimismo, utilizan la aplicación Skype para comunicarse los compañeros y con su coordinadora.

SEXTO.- El 16.03.2020, tras comprobar la coordinadora a través del sistema de control de llamadas que la actora, que estaba teletrabajando en su domicilio, llevaba varios minutos sin codificar, accedió a su pantalla para ver qué estaba haciendo, comprobando que la llamada estaba sin codificar y que estaba en un foro de Internet, comunicándole por vía privada que dejara los foros y se pusiera a trabajar, respondiendo la actora a través del foro de Skype de los trabajadores y la coordinadora, manifestando su disconformidad con la actuación de la empresa, que entendía vulneraba su intimidad. La empresa accedió en varias ocasiones a la pantalla del ordenador de la actora, realizando capturas de pantalla, en algunas de las cuales se aparecía realizando búsquedas relacionadas con la regulación del derecho a la intimidad.



SÉPTIMO.- El 19.03.2020 la actora remitió a su supervisora, que a su vez lo remitió a Recursos Humanos, un correo electrónico en el que manifestaba su indignación al entender que la empresa estaba vulnerando su intimidad (transcrito en el Hecho Probado 9º de la demanda y aportado como documento nº 8 del ramo de prueba de la actora, que se da aquí por reproducido).

OCTAVO.- La demandada refleja en su cuenta de pérdidas y ganancias un resultado negativo del ejercicio de 163 427,63 € en 2017 y positivo de 193 546,85 € en 2018.

NOVENO.- La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores durante el año previo al despido.

DÉCIMO.- Presentada papeleta de conciliación ante SERLA por despido el 06.06.2020, fue celebrado acto conciliatorio el 23 siguiente, con el resultado de sin avenencia".

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por D^a. Dulce, fue impugnado por CELLCOM ESPAÑA 2000 S.L. y por EL MINISTERIO FISCAL. Elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Recurre en suplicación el letrado de la demandante en la instancia frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número cuatro de Valladolid que estimó en parte la demanda de despido en la que solicitaba la declaración de nulidad o subsidiariamente improcedencia de la decisión extintiva de la relación laboral que unía a las partes con un único motivo de recurso destinado a la censura jurídica sin petición de revisión fáctica, impugnando el letrado de la empresa y el ministerio fiscal el recurso para interesar la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO. - Con amparo en el *apdo. c) del art 193 de la el único motivo se destina a la censura jurídica y denuncia infracción legal por violación de la siguiente normativa:*

Art. 18 de la Constitución Española que consagra el derecho fundamental a la intimidad en relación con el artículo 24 de la CE que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía de indemnidad. Artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores que establece que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, art 87 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Arts. 71. y 11.1 de la LOPJ, Artículo 8 del Convenio de Roma, arts. 7 y 8 de la Carta europea de derechos fundamentales.

Así como la jurisprudencia contenida en sentencia de 5-9-17 del TEDH (Gran Sala), caso Barbulescu contra Rumanía (TEDH201761).

Los motivos basados en el apartado c) del art. 193 se destinan a la impugnación del fallo por error in iudicando, y el recurrente tiene la carga de:

a) citar debidamente el precepto o preceptos sustantivos y en su caso la jurisprudencia que, a su juicio, han sido vulnerados por el fallo de la sentencia, articulando motivos separados para cada precepto o grupo de preceptos que guarden unidad temática;

b) razonar la pertinencia y fundamentación de los motivos (*artículo 196.2 de la LRJS*)

lo cual exige argumentar la conexión entre el contenido normativo de las normas o jurisprudencia citadas y el litigio, mostrando cómo su correcta aplicación debería haber llevado a dar distinta solución al debate.

Incluso declara esa doctrina jurisprudencial que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende vulnerado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido.

Son precisamente varios de los preceptos que se citan como infringidos los que han sido aplicados por el magistrado de instancia para entender el exceso del dispositivo de control habilitado por la empresa en el ordenador particular al instalarse en el único usuario definido como administrador ya que permitía acceder a su escritorio o pantalla, pero concluye que de ello no resulta la conclusión pretendida de nulidad del despido y efectúa en la sentencia una atinada distinción entre lo que constituye no respeto de la intimidad en una aplicación informática instalada en un ordenador personal para el teletrabajo la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de pruebas y lo que constituye despido con vulneración de derechos fundamentales o con móvil discriminatorio que es lo que da lugar a la nulidad.



Dos son los derechos que el recurrente considera afectados: la intimidad y la garantía de indemnidad como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y con relación al primero el magistrado razona que si bien el medio de control de trabajo instalado en el ordenador de la trabajadora no cumple con los estándares de respeto a dicho derecho, lo cierto es que no habiéndose obtenido la información sobre los hechos imputados: indisciplina y desobediencia en el trabajo, transgresión de la buena fe contractual, y disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo al no codificar llamadas e intervención en el foro de trabajadores durante la jornada laboral así como baja productividad, el incumplimiento de dicho estándar no vicia de nulidad el despido pues el mismo no se ha producido con vulneración del derecho a su intimidad porque la información sobre los hechos que se imputan se ha obtenido por medios distintos de lo que constituye el exceso de control en la aplicación, porque las imputaciones son tan genéricas que difícilmente se pueden poner en relación con vigilancia del trabajo que haga uso de tales medios excesivos, de modo que con tal conclusión impide entender vulnerado el criterio que se cita en la sentencia del TEDH que se dice infringida ya que según consta en los hechos probados la trabajadora no sólo fue informada de la instalación de la aplicación informática sino que autorizó la misma y al conocerla se permitió cuestionar su alcance, cuestión que enlaza con el otro de los derechos que se indica vulnerado y que se pasa a analizar pues se cuestiona si la reclamación efectuada por la trabajadora en el propio ámbito de la empresa es suficiente para considerar que la garantía de indemnidad se ha visto afectada porque es lo cierto que la jurisprudencia viene exigiendo al respecto proyección al exterior no solo por demanda sino también por intento de conciliación o incluso denuncia ante la Inspección de trabajo pero en todo caso con transcendencia al exterior al cabo.

Como señala la *sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2018, rec. 2340/2016 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 26-04-2018 (rec. 2340/2016)*, "El derecho a la garantía de indemnidad, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, significa que del ejercicio de una acción judicial - individual o colectiva (*STC 16/2006, de 19 de enero Jurisprudencia citada STC, Pleno, 19-01-2006 (STC 16/2006)*) -o de los actos preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (*STC 55/2004, de 19 de abril Jurisprudencia citada STC, Sala Primera, 19-04-2004 (STC 55/2004)*)- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para el trabajador"

En el supuesto examinado el recurrente imputa a la empresa que ha vulnerado su derecho a la garantía de indemnidad ya que procedió a su despido al día siguiente a que remitiera correo electrónico cuestionando las aplicaciones informáticas para el teletrabajo que no respetan la intimidad de las comunicaciones. Tal conducta empresarial no puede ser calificada de vulneradora de la garantía de indemnidad ya que no puede tildarse de reacción de la empresa ante el ejercicio de una acción judicial o la realización de actos preparatorios o previos o, incluso, reclamaciones extrajudiciales por parte de la trabajadora. La conducta empresarial, que genere consecuencias negativas para el trabajador realizada a continuación de una crítica sobre la aplicación informática para el control del teletrabajo, no supone vulneración de la garantía de indemnidad ya que para que se produzca la misma, necesariamente ha de ir precedida del ejercicio por parte del trabajador de una acción judicial o de actos preparatorios o previos o reclamaciones extrajudiciales, conductas que no se han producido en el caso examinado.

No hay aquí reclamaciones que permitan tal consideración ya que no han tenido la exteriorización que exige la ley para entender la ampliación que del concepto estricto de tutela judicial efectiva se hace con la construcción de la garantía de indemnidad pues la reclamación que la trabajadora está formulando por el correo electrónico es en demanda de medidas de control acotadas al trabajo que no constan fueran denegadas.

No ha habido impugnación de la trabajadora a través de acto de conciliación o denuncia a sus representantes o a la Inspección ni demanda por lo que no se incurre en infracción legal cuando el magistrado no considera tal mensaje como reclamación extrajudicial en los términos que señalan tales sentencias pues del texto que de la misma se transcribe en los hechos probados de la sentencia resulta con toda claridad que se están formulando reclamación derivadas de la relación laboral que se ha iniciado en la modalidad de teletrabajo y que no hay indicios de que sean la causa de la decisión extintiva que se basa en causas genéricas por no codificar, baja productividad por comunicar con los compañeros durante la jornada laboral y no se incurre en infracción legal al concluir que tal decisión empresarial no es represalia por tal reclamación en los términos que constan en los hechos probados de la sentencia.

La declaración de nulidad del despido ha de tener encaje en alguno de los supuestos del artículo 55. 5 del ET que también se denuncia infringido y del relato de hechos probados no resulta que el móvil del despido sea discriminación prohibida por la ley o la Constitución ni que se haya producido con vulneración de Derechos Fundamentales o Libertades Públicas sencillamente porque la empresa no ha tenido que acudir a medio de prueba ilegítimo para conocer los hechos que se imputan, a diferencia del supuesto que se analiza en la sentencia del TSJ del país Vasco confirmada por el TS en la que se indica que solo por el medio ilícito se



obtuvo la prueba por lo que el único de los motivos no tiene favorable acogida, con lo que el recurso ha de ser desestimado .

Por lo expuesto y

EN **NOMBRE DEL REY**

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el Letrado de D^a. Dulce contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. CUATRO DE VALLADOLID (autos 330/2020) de fecha 20.09.21 dictada en virtud de demanda promovida por D^a. Dulce contra CELLCOM ESPAÑA 2000 S.L. y con intervención del MINISTERIO FISCAL sobre DESPIDO DISCIPLINARIO.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm. 4636 0000 66 Rec. 2576 /21 abierta a nombre de la Sección 1 de las Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal de Valladolid del Banco SANTANDER, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 0005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquella al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.