

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda, en la que el actor, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 11 de junio de 2024 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando la demanda interpuesta por Estrella frente a EMERGIA CONTACT CENTER, S.L.U y EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL, con citación a EL MINISTERIO FISCAL, en materia de despido de fecha de 06.10.23(efectos del mismo día)con acumulación de tutela de derechos fundamentales, que declaro NULO.

Debo declarar y declaro que SI ha habido vulneración de derechos fundamentales.

Debo condenar y condeno a la empresa demandada a la inmediata readmisión de la trabajadora en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación, con abono de los salarios dejados de percibir (desde el alta médica hasta fecha de readmisión) a razón del salario diario de 37,67euros.

Con abono de la indemnización por vulneración del derecho fundamental a la propia imagen por importe de 7.501 euros.

Debo absolver y absuelvo a EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sin perjuicio de su responsabilidad legal subsidiaria.

Con notificación al MINISTERIO FISCAL."

SEGUNDO.-

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1.- La parte actora, Estrella, con DNI Nº NUM000, inició su prestación de servicios en fecha 26.01.23 por cuenta y orden de EMERGIA CONTACT CENTER, S.L.U., con categoría profesional de teleoperadora, nivel 11 grupo D y salario mensual de 1.130,22 euros, con inclusión de prorrata de pagas extras.

El salario no es un hecho pacífico entre las partes.

2.- La actora no ostenta ni ha ostentando en el último año la representación legal ni sindical de los trabajadores.

3.-La actora tenía contrato indefinido a tiempo parcial de 35h/sem.

4.-En fecha 22.03.23 inició situación de IT con diagnóstico de trastorno de ansiedad en contexto de situación personal, crisis de pánico y depresión, derivada de enfermedad común.

5.- Dada su patología la actora tenía como prescripción médica, salir, viajar y actividades que la hicieran salir de su rutina habitual.

6.- La actora se encontraba en situación de vulnerabilidad social, sola con dos hijas menores de edad(9 años y 1 año), con amenaza de lanzamiento judicial en fecha 25.03.23 para desahucio.

7.- En carta de fecha 06.10.23 la empresa notificó por correo electrónico a la trabajadora, su despido disciplinario al amparo de los artículos 74.4 y 74.6 del Convenio Colectivo por presunta comisión de falta muy grave "... va contra su correcta recuperación y tiene como consecuencia la prolongación de la situación de IT", doc nº 1 p.actora.

8.- Se imputa a la trabajadora estar viajando en período de IT.

9.- En fecha 12.08.23, su responsable en la empresa, Jose Luis, a través del perfil de una ex trabajadora y amiga suya, Carmela, obtuvo en la red social Tik-Tok, imágenes de la actora que, presuntamente habría colgado la Sra Carmela directamente en la red, sin consentimiento de la actora.

10.- Se alega vulneración de derechos fundamentales, derecho a la imagen, art 18CE, al haberse obtenido la prueba ilícitamente.

Se alega vulneración del art 7 del Convenio nº 158 de la OIT al no habersele dado audiencia previa a su despido.

11.- El Fondo de Garantía Salarial no compareció al acto de juicio, estando debidamente citado.

12.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de Contact Center.

13.- Se intentó la conciliación, con el resultado de sin avenencia.

14.- Se solicita la declaración de nulidad por vulneración de derechos fundamentales, derecho a la imagen, subsidiariamente derecho a la integridad física y salud con indemnización de 30.001 por daños morales, subsidiariamente improcedencia del despido con indemnización adicional de 7.200euros."

TERCERO.-

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada EMERGIA CONTACT CENTER S.L.U, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado, no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Planteamiento del recurso.

La empresa que ha visto rechazadas todas y cada una de sus resistencias, no conforme con el fallo de la sentencia, ahora interpone el presente recurso de suplicación, mediante el cual solicita, por un lado, la revisión de los hechos probados, noveno y undécimo, y por otro, a través del apartado denuncia la infracción del art. 18.3 de la CE, 55.5 del TRLET96 de la LRJS, y lo hace, en síntesis por considerar, en contra de los argumentos que se vierten en la sentencia, en el hecho de que obtuviese las fotos y vídeo del perfil de una excompañera de trabajo de la actora a través de la red social TikTok, y después, se utilizase para fundamentar el despido cuando la actora estaba en situación de IT, nunca puede ser causa de vulneración de su derecho fundamental a la propia imagen, ni directa ni indirectamente, porque la empresa ni hizo un mal uso de las imágenes, ni tampoco las uso para dañar a la actora, y solo fueron destinadas con un fin legítimo que fue ejercer el poder disciplinario con plenas garantías.

El recurso no ha sido impugnado.

SEGUNDO.-

Revisión de los hechos probados.

- Propone que se añada al hecho probado un nuevo párrafo, y ofrece para ello que este hecho quede redactado de la siguiente forma: "9. - En fecha 12.08.23, su responsable en la empresa, Jose Luis, a través del perfil de una ex trabajadora y amiga suya, Carmela, obtuvo en la red social TikTok, imágenes de la actora que, presuntamente habría colgado la Sra. Carmela directamente en la red, sin consentimiento de la actora.

No existe denuncia de la actora de la falta de consentimiento en la publicación de las imágenes, apareciendo, la actora, etiquetada en todas las imágenes con su perfil, de la red social Tik-Tok, de forma pública, @ DIRECCION000."

Para conseguir dicho propósito, ofrece los folios 4 y 6.

En cuanto que propone que se incluya un hecho negativo, hechos que por definición son los que no pueden ser acreditados de forma material (documental o pericialmente), ni ser integrados en el supuesto de hecho conformado por circunstancias previamente existentes, en este concreto supuesto, la realidad procesal es bien diferente, ya que estos pueden ser acreditados, además integrados en el relato, ya que como refiere la empresa, el hecho de que te etiqueten en la publicación que se realiza por un tercero (su amiga de viaje), implica de forma automática que, a la persona etiquetada (la actora), se le envíe una notificación en la que se le informe de la existencia de dicha publicación y de toda la información relevante que se publica (imagen, persona que ha realizado la publicación, momento de la publicación, etc.), y al hacer eso se le ofrece a la persona etiquetada, la posibilidad de negar el consentimiento, denunciando el uso indebido de su imagen, solicitar el borrado inmediato, e incluso la reprobación del perfil desde el que se están publicando dichas imágenes. Y en estos autos no consta que dicha situación se haya producido.

-Se solicita que se dé al hecho undécimo la siguiente redacción: "Tanto el Ministerio Fiscal, como el Fondo de Garantía Salarial, no comparecieron al acto del juicio, estando debidamente citados."

Se rechaza. A pesar de ser un hecho cierto, el añadido, no es relevante, en los términos que señala la empresa recurrente para resolver el presente recurso, ni mucho menos para alterar el fallo de la sentencia impugnada, cuando ambos fueron debidamente notificados.

SEGUNDO.-

Censura jurídica.

i) Atendiendo al modificado relato de hechos, se puede afirmar:

a) Que la empresa tuvo conocimiento fortuito de los viajes de la actora a través de imágenes y vídeos publicados en una red social de acceso público, en los cuales la trabajadora se encontraba etiquetada.

b) No se ha cuestionado en sede judicial la realización de dichos viajes ni la referida etiqueta en las publicaciones.

c) No se ha aportado prueba alguna que acredite la falta de consentimiento de la actora respecto a la difusión de dichas imágenes.

d) No consta denuncia de la publicación en la red social ni se ejerció acción legal alguna contra la persona que las compartió.

e) Con relación a situación a la vulneración de sus derechos fundamentales a la integridad física y salud: consta acreditado que la trabajadora en ningún momento comunicó a la empresa la patología que causó su situación de incapacidad temporal, ni realizó gestiones para que la empresa tuviera conocimiento de la situación personal por la que en esos momentos estaba pasando.

ii) En esencia, la empresa alega en su defensa, que el derecho a la propia imagen y a la intimidad persona en el uso de las redes sociales, exige que adopten las medidas de seguridad que sean necesarias para salvaguardar el derecho a la intimidad, y una de ellas es que en el momento en que se etiqueta a una persona en una publicación, inmediatamente se le ofrece a esa persona el derecho de denunciarlo eliminando la publicación de forma cuasi automática. Por el contrario, si la persona etiquetada nada hace, su inactividad tiene el mismo valor que si hubiese dado expresamente su consentimiento, en tanto que ha tenido conocimiento por la red social de que se ha hecho una publicación en la que se le ha etiquetado y, a pesar de ello, nada frente a ello ha opuesto.

Continúa razonando, para el supuesto caso de que se considerase que se obtuvieron las fotos e imágenes de forma ilícita, con cita de la STS 8.02-2018, rcud 1121/2015, que su conducta no tendría la relevancia que justificase la nulidad del despido, porque la actora no ha negado que hiciera los viajes, y como la causa de despido fueron la realización de esos viajes mientras estaba en situación de incapacidad temporal, en el supuesto de que dichas imágenes no se pudieran usarse para justificar el despido, debería ser calificado de despido improcedente.

Y concluye, su alegato, señalando, "que no se ha realizado por parte de la empresa un uso mal intencionado de las imágenes, ni se han usado para dañar la imagen de la actora, se ha dado un uso adecuado a las imágenes siendo además necesario su uso para lograr un fin legítimo, como es el de aplicar el régimen disciplinario al entenderse que se estaba produciendo una vulneración de los deberes esenciales que la trabajadora tenía para con la empresa. La realidad es que el uso de las imágenes son el soporte para justificar lo que entiende la empresa como una actividad contraria, realizada por la trabajadora (SSTC 57/1994, F.6 y 143/1994 , F. 6, por todas ellas)."

iii) Decisión.

a) En primer lugar, debemos señalar que la sentencia, no declara la nulidad por vulneración del derecho a la intimidad, sino simplemente por vulneración del derecho a la propia imagen, aunque evidentemente esté relacionado en este supuesto con su derecho a la intimidad.

Como es conocido, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) atribuye al individuo la capacidad de decidir libremente sobre la captación, reproducción o difusión de su imagen entendida como representación gráfica de la figura humana. Este derecho faculta a las personas a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, a evitar su reproducción. Pero, el art. 18.4 CE, que es el precepto que aquí se debe aplicar, por cuanto las imágenes se han obtenido de una concreta red social, es el que garantiza derecho al honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, frente al uso de la informática.

La captación de las imágenes y vídeo de la actora, en este proceso, por mucho que en el juicio alegase que no fue consentida, y el órgano judicial de instancia considerase que su amiga vulneró de forma directa su derecho a controlar su propia imagen, la realidad de hechos que constan probados arrojan una versión completamente diferente.

La trabajadora despedida desde el momento en que autorizó a su amiga y compañera de viaje a que le sacase las fotos o el video, lo que estaba haciendo no fue otra cosa que darle su consentimiento, por lo que difícilmente pudo infringir su derecho de imagen, como recoge la sentencia. Otra cuestión bien diferente es, si vulneró o no su derecho a permitir que fueran reproducidas o difundidas en una red social como es TikTok. En este sentido, es notorio que las redes sociales desde su inicio son un nuevo medio de interacción entre sus usuarios ofreciéndoles a estos la posibilidad de intercambiar fotografías, videos y otros datos, pero también debe saber el usuario de estas redes sociales que entre sus derechos está la facultad de decidir si consiente la difusión de su imagen o la información que revela esa imagen, en el soporte que sea, sobre su intimidad, o si prefiere mantener dicho contenido en su esfera más privada.

Cuando las fotos o videos son hechos con el consentimiento de la persona de la cual se reproduce su imagen, y después, esa persona decide colgarlos en las redes, nos debemos hacer la pregunta, sobre quién ha vulnerado el derecho a la intimidad personal, el que los colgó, o el que una vez que se le comunica que están colgados no hace nada para preservar o proteger su intimidad. Para responder a esta pregunta, no podemos pasar por alto que el derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo dirigido a proteger la dimensión moral que acompaña a cada persona, de tal forma que si esas imágenes han sido publicadas sin nuestro consentimiento, el consentimiento tácito no tiene valor alguno, la persona que las cuelga, sin duda, está vulnerando ese derecho fundamental.

Ahora bien, las redes sociales, y en concreto TikTok, tienen habilitados ciertos mecanismos cuyo propósito es salvaguardar ese derecho, por lo que si la persona que captó las imágenes, sea o no su consentimiento, si después las públicas, y las etiqueta, el sistema automáticamente lo pone en su conocimiento de la persona etiquetada para que ejerza su derecho a pedir que las elimine de la red social, y si el usuario de la red y en definitiva quién las ha colgado, se niega, la persona etiquetada puede denunciar a TikTok dicha situación exponiendo las razones por la que considera que dichas fotos o vídeos no deben ser publicados, y si no funciona, siempre le queda abierta la puerta para presentar la correspondiente denuncia ante los órganos jurisdiccionales en la defensa de sus derechos.

Sin embargo, en el supuesto de que la persona etiquetada nada oponga frente a la persona que las colgó, una vez que se hacen públicas, se entiende que dio su consentimiento para su exhibición pública y, por tanto, para que puedan ser captadas por terceros de la red social.

Y esto es lo que ha sucedido en este procedimiento, la empresa sabiendo que la actora había iniciado un proceso de incapacidad temporal el 22.03.2023 derivados de enfermedad común y no teniendo más información sobre la patología que lo causó, se entera a través las imágenes que pudo ver en la red social TikTok y que había colgado la amiga de la actora y excompañera, que las dos habían hecho dos viajes uno a Lisboa y otro a Marrakech mientras estaba en incapacidad temporal, y a partir de ahí, entendió a la vista de lo colgado en la red social, que dichos viajes, si alguna cosa dejaban claro era que ponían en riesgo su recuperación a la vez que prolongaban la incapacidad temporal.

A partir de esta premisa, ni la obtención de las imágenes de una red social en la que están colgadas puede ser considerada ilícita, ni entenderse que mediante su uso por un tercero, en este caso por la empresa, se quisiera dañar la imagen de la actora, simplemente, se acudió a lo publicado en TikTok para poder justificar una decisión disciplinaria como es el despido que de otra forma no habrían podido justificar.

Por consiguiente, en este concreto contexto fáctico, la obtención de las imágenes que más tarde sirvieron para adoptar la decisión de despedir a la actora: a) fue una medida porque concurrían sospechas indiciarias suficientes de una conducta irregular; b) la medida debe ser considerada idónea atendiendo a la finalidad perseguida, que no era otra que la constatación de la eventual ilicitud de su conducta; c) la medida era necesaria, ya que no parece que pudiera adoptarse ninguna otra menos invasiva e igualmente eficaz para acreditar la infracción laboral, cualquier otra medida que pasase por pedir autorización a la amiga de la actora alertaría a la trabajadora haciendo entonces inútil la actuación de la empresa, y evidentemente, d) en este tipo de situaciones, la medida fue proporcionada, sobre la base al derecho que le asiste al empresario de controlar el correcto cumplimiento de los deberes laborales impuestos, y entre los que se encuentra, el del control de la situación de incapacidad temporal, con el fin de asegurarse que estos no realiza actividad que perjudique su recuperación, o que está ya recuperado para informar a los servicios médicos que le atienden de que le den el alta por curación.

Por tanto, si la obtención de las imágenes de la red social de TikTok fue lícita, no habiéndose vulnerado el derecho a la propia imagen en su versión de difusión y reproducción ni el derecho a la intimidad personal, procede estimar el recurso, y dejar sin efecto alguna la declaración de nulidad del despido.

b) Rechazada la nulidad del despido, ahora es obligado determinar si el despido puede ser calificado de despido improcedente.

Previamente, antes debemos precisar lo siguiente: como el órgano judicial de instancia rechazó que la empresa hubiese vulnerado el derecho a la integridad física y salud de la actora y, lo hizo por entender que la decisión de la empresa ninguna relación tenía con el proceso de incapacidad temporal, en tanto que desconocía la causa que motivo, ni siquiera con la situación de vulnerabilidad personal y familiar que describe el hecho sexto de los probados, ahora en este apartado nada sobre dichas cuestiones resolveremos, como tampoco, sobre si la empresa incumplió con su obligación de darle audiencia previa, por cuanto, la actora no recurrió contra la sentencia y esta cuestión fue rechazada en la instancia.

c) Hechas las anteriores precisiones, constando acreditado que los viajes que hizo entraban en el ámbito del tratamiento médico que debía seguir la actora para recuperar su salud e inmerso en una complicada situación personal, no habiendo impugnado la empresa dicha justificación, el despido debe ser declarado improcedente, y la consecuencia no puede ser otra, que la que nos lleva a ofrecer a la empresa la posibilidad de readmitir a la actora en las mismas condiciones que tenía antes de ser despedida con el abono de los salarios de tramitación a razón de 37,16 euros/día, entre la fecha de despido y la de notificación de la presente sentencia, sin perjuicio de los descuentos que legalmente procedan, si durante ese periodo ya los ha recibido, opción que se deberá ejercitar ante esta Sala en el plazo de los cinco días siguiente a dicha notificación, o, por el contrario, dar por extinguido de forma definitiva el contrato de trabajo con el abono de una indemnización de 919,66 euros.

d) Es evidente señalar, para terminar los razonamientos de esta sentencia, que tampoco procede la condena al pago de la indemnización por daños morales a la que fue condenada la empresa.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de aplicación.

FALLO

La Sala acuerda estimar el recurso de suplicación interpuesto por EMERGENCIA CONTACT CENTER, SLU, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 15 de Barcelona, de 11 de junio de 2024, en los autos núm. 993/2023, incoados a instancia del propio recurrente, frente a la empresa recurrente, Ministerio Público y Fogasa y, en consecuencia, se debe revocar el fallo de la sentencia, y estimando la pretensión subsidiaria de la demanda, se declara la improcedencia del despido, a la vez que se condena a la empresa a estar y pasar por esta declaración, y a optar dentro del plazo de los cinco días siguiente a la fecha de notificación de la presente resolución y, ante esta Sala de lo Social, entre readmitir a la actora en las mismas condiciones que tenía antes de ser despedida con el abono de los salarios de tramitación a razón de 37,16 euros/día, entre la fecha de despido y la de notificación de la presente sentencia, sin perjuicio de los descuentos que legalmente procedan, si durante ese periodo ya los ha recibido o no tenía derecho a recibirlo por continuar en situación de IT, o, por el contrario, decida dar por extinguido de forma definitiva el contrato de trabajo con el abono de una indemnización de 919,66 euros, sin salarios de tramitación alguno. Se absuelve al Fogasa.

Sin costas.

Una vez que nuestra sentencia alcance su firmeza, devuélvase el depósito efectuado para recurrir, y destínese la consignación efectuada al cumplimiento de la condena.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019340012025100819