



Roj: **STSJ CANT 386/2021 - ECLI:ES:Tsjcant:2021:386**

Id Cendoj: **39075340012021100303**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/2021**

Nº de Recurso: **365/2021**

Nº de Resolución: **482/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000482/2021

En Santander, a 25 de junio del 2021.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias (ponente)

Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los/las Ilmos. /as. Sres./Sras. citados/as al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Socorro contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Seis de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Según consta en autos se presentó demanda por D^a. Socorro siendo demandado ORTÍZ HOFFMANN, SLP sobre Despido y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 14 de abril del 2021, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO. - Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- La actora, Dña. Socorro, ha venido prestando sus servicios profesionales para la empresa demandada, ORTIZ HOFFMANN S.L.P, desde el 4 de octubre de 2011 (por subrogación de la empresa ANTONIO BOURGON DE IZARRA, de fecha 31 de enero de 2020), ostentando la categoría profesional de Auxiliar de clínica, y percibiendo un salario mensual, con prorrata de pagas extraordinarias, de 1.578,86 €.

Consta en las actuaciones y se da por reproducido el contrato de transmisión de consulta odontológica, de fecha 31 de enero de 2020, suscrito entre D. Carlos Francisco, y D. Luis Carlos y D. Luis Enrique, y el acuerdo para el compromiso de venta de material de consulta odontológica, de fecha 6 de noviembre de 2019.

2º.- Mediante carta de fecha 2 de octubre de 2020, la empresa demandada comunicó a la actora lo siguiente:

Esta empresa, a la cual represento, ha tomado la decisión de proceder a su despido disciplinario, rescindiendo unilateralmente la relación laboral que le une a la misma con efectos al día de hoy, por los hechos y circunstancias que se pasan a exponer:



Ante la sospecha de que Usted estaba efectuando malos cometarios sobre la Clínica Ortiz Hoffmann y desaconsejando a pacientes acudir, se decidió verificar si estos extremos eran ciertos.

Así, esta entidad contrató los servicios profesionales de DECAN INVESTIGACIONES, para que uno de sus empleados contactara telefónicamente, simulando requerir una cita, con la Clínica Ortiz Hoffmann a las 12.45 horas del día 14 de septiembre de 2020, momento en el que Usted se encontraba prestando sus servicios profesionales, entre los cuales se encuentra el de atender las llamadas telefónicas para dar citas.

Al coger el teléfono y tras informar del cambio de titularidad de la Clínica no se limitó a concretar día y hora para efectuar el examen bucal, sino que recomendó no acudir, vertiendo expresiones tales como estoy aquí, pero voy a durar poco" y dando una imagen negativa del funcionamiento y del cometido de los profesionales que allí trabajan.

Tras pedir el número de teléfono a la persona que llamó quedó en ponerse en contacto con ella para concretarle la cita, señalando 'yo hablo con Filomena y Carlos Francisco ".

No obstante, ni Usted ni nadie de la Clínica telefoneó a la llamante, sino que el día 14 de septiembre del 2020 a las 13.15. horas. Doña Filomena , esposa de Don Carlos Francisco , contactó con el numero facilitado diciendo "me ha dicho Socorro que has llamado a la consulta del dentista, donde Carlos Francisco ".

Es decir. Usted además de externalizar opiniones críticas y desaconsejar acudir, vertiendo una imagen nefasta de la Clínica, en ningún momento puso en conocimiento de los responsables o empleados la llamada recibida, con el fin de concretar la cita, sino que facilitó el número de teléfono a la esposa del anterior titular, la cual deriva a los pacientes a otro especialista.

Este comportamiento constituye un menoscabo de la proyección pública de la Clínica, quedando comprometida su imagen y crédito, ocasionando además una reducción de los pacientes que acuden y consecuentemente de los ingresos.

Con esta actuación Usted incurre en una FALTA MUY GRAVE al transgredirse de manera notoria la buena fe contractual, regulada en el artículo 54.2 d) del vigente Estatuto de los Trabajadores.

Se efectúa esta comunicación en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Se procede a transmitir por medios telemáticos al Servicio Público de Empleo Estatal los datos relativos al certificado de empresa relativo a su situación de desempleo.

Junto con la presente comunicación se le entrega en un pendrive copia de las grabaciones de los días 14 de septiembre de 2020.

Sírvase firmar el duplicado de la presente, a los efectos de acuse de recibo de la misma, en el lugar y la fecha indicados en el encabezamiento.

3º.- Consta en las actuaciones y se da por reproducido el informe elaborado por DECAN INVESTIGACIONES, con la transcripción de las conversaciones mantenidas por la **detective** nº NUM000 con la actora y con Dña. Filomena (esposa de D. Carlos Francisco), el día 14 de septiembre de 2020, junto con las grabaciones de dichas conversaciones, y la mantenida con la empleada de la clínica Martín Riva.

4º.- La empresa demandada, ante la existencia de cancelaciones de citas de pacientes que habían hablado con la actora y la sospecha de que pudiera de estar remitiéndoles a otra clínica, contrató a una **detective**. La **detective** llamó por teléfono el día 14 de septiembre de 2020, sobre las 12:45 minutos, y mantuvo la conversación que consta en la grabación aportada, en la que, apuntó el número de teléfono y nombre de la **detective** para que le llamase Dña. Filomena , esposa de D. Carlos Francisco , y concertar una cita en otra clínica dental.

Sobre las 13:15 horas de ese mismo día, la **detective** devolvió una llamada perdida de quien se identificó como Filomena , esposa de D. Carlos Francisco , quien, le dio el contacto de la clínica Martín Rivas, en los términos que consta en la conversación grabada aportada.

5º.- Consta en las actuaciones y se da por reproducida la carta de sanción a la actora, de fecha 2 de septiembre de 2020, así como el burofax remitido por el abogado D. José María García-Pintos Abad, en representación de la actora, de fecha 21 de septiembre de 2020.

6º.- La actora no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido, cargo de representación legal o sindical.

7º. - Con fecha de 28 de octubre de 2020 se celebró acto de conciliación ante el ORECLA, que se cerró Sin Avenencia.



TERCERO. - En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Desestimo la demanda de despido formulada por Dña. Socorro frente a la empresa ORTIZ HOFFMANN S.L.P, y, en consecuencia, debo declarar y declaro la procedencia del despido de la actora, de fecha 2 de octubre de 2020."

CUARTO. - Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el primero de los motivos se solicita nulidad de actuaciones al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.a) de la Ley de la Jurisdicción Social, por infracción del art 10 de la Constitución, artículo 11 de la LOPJ, artículo 90 de la LRJS.

Se invocó en el acto del juicio oral el quebrantamiento de las garantías del procedimiento al haberse admitido la prueba de detectives obtenida con vulneración de los derechos fundamentales.

Se solicita la inadmisión como prueba del informe pericial y concretamente la parte correspondiente a la transcripción de la conversación mantenida por el **detective** con la trabajadora recogida en el informe aportado por la empresa demandada por vulneración de los artículos 10 de la Constitución, 11 de la LOPJ y 90 de la LRJS, ya que se entiende que constituye prueba ilícita, a la que no puede atribuírsele valor jurídico alguno, y por la razón de que la actuación del **detective privado** no constata un incumplimiento, sino que lo provoca simuladamente a iniciativa de la empresa.

Citada la doctrina del Tribunal Supremo fijada en la Sentencia de fecha 155/2020 de 19 de febrero, cuando establece que las pruebas obtenidas por el **detective** en la que provoca una actuación del trabajador, forzando, se dice, en este caso a la trabajador a obtener una consulta en otra consulta distinta a la que se llama, tras insistir una y otra vez, " *supuso una clara acción coactiva sobre la voluntad del trabajador, así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables, que vulneró el derecho a la dignidad del trabajador, asegurada en la Constitución art.10 , así como a su libre y espontánea determinación. Dicha prueba no debió admitirse por la sentencia recurrida, ni tampoco permitir que desplegara plenos efectos probatorios, pues el órgano judicial no puede fundar su decisión en pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales y libertades públicas u obtenidas ilícitamente*".

Asimismo, se refiere que, a este tipo de actuaciones, valoradas como ilegales, le es aplicable doctrina del "fruto del árbol emponzoñado", en cuya virtud al juez no sólo no puede valorar las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sino también las que deriven de aquéllas.

La Magistrada de instancia admitió referida prueba, al considerar que en la actuación de la **detective** no supone una actuación coactiva que permitiera entender vulnerados sus derechos fundamentales.

Sin embargo, se reconoce con valor de hecho probado que la **detective** se hace pasar por la hija de una antigua cliente del Dr. Carlos Francisco : " *Soy hija de Rosa , fue paciente vuestra hace tres años y pico que se puso una prótesis* " aunque se admite, como decimos, tal prueba, ya que de las conversaciones de la actora no se desprende indicio alguno de que hubiera identificado a la madre de la actora como paciente o que tuviera con la misma una relación de confianza o amistad como paciente de la anterior clínica.

Por ello, lo justificado entonces es que la **detective** se hace pasar por la hija de la tal Rosa , a la que califica de antigua paciente, e incluso se identifica como María Angeles , es decir, la **detective** se atribuyó una identidad falsa para provocar un engaño en su interlocutora, creando o, al menos, suplantando una identidad pretendiendo obtener la confianza de la actora cuya actuación queda condicionada, al menos, por referido error inducido, en el contexto además de una conversación que utilizar el tuteo inicial.

Y tal error inducido está en el origen de la finalidad predeterminada, para que la trabajadora, finamente, proceda a derivarle a otra consulta.

Es decir, tal error inducido, a partir de una identidad falsa, contamina toda la actuación posterior de la trabajadora.

No es una conducta coactiva, pero se produjo, a través del fraude y la atribución de una falsa identidad, o, lo que es lo mismo, la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables, lo que vulneró el derecho a la dignidad de la trabajadora, asegurada en la Constitución (artículo 10), así como a su libre y espontánea determinación.



La utilización de detectives **privados** se ha venido aceptando como válida en general, es cierto, siempre que se mantenga en los límites razonables de procedimiento y no se usen al servicio de una preconstitución de prueba. El Tribunal Supremo señala que el testimonio emitido por éstos tiene, a favor de su veracidad, no sólo la garantía de profesionalidad exigible y, en principio, presumible, en una profesión reglamentada legalmente, sino también la que, de modo innegable, proporciona la precisa y continuada dedicación al objeto de ulterior testimonio a emitir y las complementarias acreditadas gráficas o sonoras, de que suele ir acompañado.

Sin embargo, en este caso se realiza a través de una falsa identidad o suplantación de identidad

El acceso, por ejemplo, por parte de miembros de los cuerpos policiales, a determinados ámbitos (pornografía infantil, terrorismo, sobre todo) bajo la actuación como agente encubierto, e identidad supuesta, y la habilitación para aportar al foro material de dichas características, no supone, siquiera para la policía, una patente de curso en tipo de actividades desarrolladas por el agente encubierto sino que se establecen limitaciones derivadas del propio tenor del articulado de la ley: que los actos fueran consecuencia necesaria de la investigación, que fueran proporcionales y que no constituyeran provocación al delito.

De tal forma que el artículo 282 bis LECrim, apartado 6, dispone que : *El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.*

Y en el segundo inciso, especifica "El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos", lo que supone reconocer plenamente esta posibilidad exigiéndose, eso sí, una autorización específica para ello.

Si se exige entonces autorización judicial para los agentes encubiertos, parece lógico que los detectives **privados**, al margen de que no revelen su identidad como tales detectives, lo que parece elemental, porque frustraría la razón de ser de su actuación, no puedan realizar tal cobertura con identidad falsa, como ha sucedido en el caso actual, creando la confianza, basada en el error, que lleve, a obtener finalmente (a través de la insistencia) la eventual conducta antijurídica.

SEGUNDO .- El artículo 90. 2 de la LRJS regula un incidente dentro del juicio por el que el Juez resuelve sobre posibles aspectos de ilegalidad o vulneración constitucional de algún elemento de prueba, con la doble finalidad de garantizar los derechos amenazados y no provocar, por otro lado, la pérdida de un elemento probatorio de posible utilidad para la garantía de la tutela judicial efectiva

Los órganos jurisdiccionales no pueden admitir pruebas o fundar su decisión en aquellas que tengan su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas o ilícitamente en contra de la buena fe procesal (LOPJ art.11 y LRJS art 75.4 y 90 en relación con la LEC art.287).

Ese tipo de prueba es nula y completamente ineficaz, por lo que debe apartarse del proceso al igual que todas las pruebas que deriven de ella (doctrina anglosajona del "fruto del árbol emponzoñado" (TCo 98/2000 ; 39/2016; TS 21-6-12 (Rec. 2194/2011) y STS 20-6-17 (Rec. 1631/2016).

Por ello, cuando, como sucede, en este caso, un órgano jurisdiccional, la Sala, declara que una prueba ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales (LRJS art. 183; TCo 61/2021, de 15-3, Rec 6838/19 con voto particular), la nulidad de estas pruebas y su completa ineficacia en el marco de un proceso de despido disciplinario no siempre conlleva su calificación como despido nulo por tal causa.

Por ello, como se hace en el recurso, un vez utilizada la reposición de autos al momento de cometerse la infracción del procedimiento que haya producido la indefensión (LRJS art.193.a), la estimación supone la declaración de la nulidad de las actuaciones y obliga al Juzgado de instancia a volver a pronunciarse sin tener en cuenta la prueba nula.

FALLAMOS

Que estimamos el recurso interpuesto por D^a Socorro contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 6, de fecha 14 de abril de 2021 (Despido individual 642/2020) dictada en virtud de demanda seguida por D^a Socorro contra Ortiz Hoffmann S.LP, declarando la nulidad de actuaciones al momento anterior a la sentencia para que, anulando ésta, se dicte nueva resolución omitiendo la transcripción de la conversación mantenida por el **detective** con la trabajadora recogida en el informe aportado por la empresa.



Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaria de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 0365 21.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0365 21.

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

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA.- La pongo yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia, para hacer constar que en la misma fecha se envía copia de la anterior sentencia, a efectos de notificación a la Fiscalía del Tribunal Superior. Doy fe.

OTRA.- Para hacer constar que en el mismo día de su fecha se incluye el original de la precedente resolución, una vez publicado, en el libro de sentencias de esta Sala de lo Social, poniendo en la pieza del recurso y en los autos certificación literal de la misma. Seguidamente se notifica telemáticamente al Ministerio Fiscal, y a los letrados Javier Rodríguez Martínez y Luis Emilio Revenga Nieto, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable



del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ