

Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo

La prueba obtenida con vulneración de los
derechos fundamentales no conlleva la
automática nulidad del despido

17 agosto 2021

(Nº 45)

SERVICIO DE
ESTUDIOS
UGT

CONTENIDO

- Antecedentes
- Análisis
- Comentarios sindicales

La Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó sentencia el pasado 15 de marzo de 2021 en el recurso de amparo núm. 6838/2019, en la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por una trabajadora, al considerar que la actuación llevada a cabo por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente¹ por desestimar la fijación de cualquier indemnización. La STC cuenta con un voto particular discrepante.

Antecedentes

- La demandante de amparo venía prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la entidad Amadeus Soluciones Tecnológicas S.A., desde el 19 de abril de 1979 con categoría profesional de project office.

- El 26 de abril de 2017 la citada empresa comunicó a la demandante la instrucción de un expediente disciplinario conforme al pliego de cargos en que se le atribuían diversos incumplimientos de la buena fe contractual, desobediencia a las instrucciones de sus superiores jerárquicos y ofensas a los mismos.

- El 8 de mayo de 2017, tras las correspondientes alegaciones, la empresa notificó por escrito a la demandante de amparo su despido disciplinario, por la comisión de varias faltas muy graves reguladas en “el artículo 54.2.b),c) y d) del Estatuto de los Trabajadores, consistentes en: (i) Indisciplina o desobediencia en el trabajo; (ii) ofensas verbales al empresario y (iii) transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del puesto de trabajo, en relación con los deberes laborales básicos recogidos en el artículo 5 a), c) y f) del ET.

- En la carta de despido, bajo el epígrafe: “3. Incumplimientos laborales detectados, se contenía el punto “3.1. En relación con la asignación de tareas”, en el que se hacía referencia a una falta de compromiso por la trabajadora con las funciones y objetivos que la empresa le asignaba, así como la existencia de negativas a realizar las tareas que se le encomendaban; también se aludía a los desencuentros que, en diversas reuniones y comunicaciones, la recurrente había tenido con sus superiores jerárquicos. Ante tales circunstancias la empleadora decidió “poner en práctica el protocolo de monitorización de su equipo informático con el fin de determinar en que empleaba su jornada laboral y más particularmente, cuál era su ocupación y si esta era lo suficiente completa como para no poder dedicar parte de su jornada laboral a las funciones que la Compañía le estaba encomendando”. Se indicaba en la carta de despido que a raíz de la monitorización “se ha podido comprobar que Vd. dedicaba en torno a un 30 % de su jornada laboral a labores profesionales, empleando el 70 % de la jornada restante a solventar cuestiones del ámbito de su esfera personal o, sencillamente, a no realizar labor alguna.”

Dentro del sub-epígrafe intitulado: “3.2, En relación con el trato y comportamiento con el resto de sus compañeros y superiores jerárquicos”, se insiste en la negativa de la recurrente a desempeñar las tareas encomendadas y se refiere que el comportamiento de la misma, durante su jornada laboral, ha ocasionado consecuencias en la relación con

¹ <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2021-6607.pdf>

sus compañeros y superiores. Concluyendo que la actitud irrespetuosa que ha venido adoptando con sus compañeros y superiores constituye una clara expresión de mala fe, “incurriendo incluso en ofensas verbales, pues de sus palabras se desprende la absoluta falta de respeto y consideración hacia aquellas personas con las que forma equipo, habiendo transgredido con ello la buena fe exigible en toda relación contractual.”

- El 20 de junio de 2017 la recurrente interpuso demanda laboral ante los juzgados de lo social solicitando del juzgado que se declarara: la vulneración de la garantía de indemnidad y de los derechos fundamentales al honor, propia imagen personal y profesional, integridad del trabajador, intimidad y secreto de las comunicaciones, y que se condenara a la empresa a abonar una indemnización por daños morales de 51. 439,4 euros, así como que se declarara la nulidad del despido y consecuentemente la inmediata readmisión de la actora a su puesto de trabajo, o de manera subsidiaria, que se apreciara la improcedencia del despido con las consecuencias legales oportunas.

- Mediante sentencia de 17 de noviembre de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, estimó parcialmente la demanda apreciando la existencia de la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, declarando la nulidad del despido, y condenó a la mercantil demandada a readmitir a la demandante, abonando los salarios dejados de percibir, y a pagar una indemnización de 6. 251 euros.

- Ambas partes interpusieron recurso de suplicación ante Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó sentencia el 13 de septiembre de 2018, en la que, entre otros aspectos, se concluye que, aunque la prueba derivada de la monitorización del ordenador fue obtenida violentando los derechos fundamentales de la demandante, y por tanto, la misma no puede surtir ningún efecto, debían de valorarse el resto de pruebas no excluidas para declarar la improcedencia o no del despido, siendo que para el Tribunal, los incumplimientos contractuales laborales imputados a la trabajadora, no alcanzan las notas de gravedad y culpabilidad que el Estatuto de los Trabajadores exige en su art. 54 , y en consecuencia, procede a la declaración del despido como improcedente.

En relación a la indemnización peticionada por la trabajadora, procede a su desestimación al considerar que dicha indemnización se vinculó, tanto en la demanda como en la sentencia, a la existencia de una vulneración por la empresa de derechos fundamentales de la trabajadora “y como tal lesión no ha existido (no hay prueba del acoso laboral y el despido ha sido calificado de improcedente), no procede indemnización alguna” y en consecuencia arguye que tampoco procede entrar a conocer de este aspecto del recurso, que debe ser desestimado al faltar el presupuesto del que se parte en el mismo.

- Ambas partes formalizaron recurso de casación para la unificación de doctrina, y ambos recursos fueron inadmitidos por auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2019.

- En fecha 26 de noviembre de 2019, la trabajadora interpuso demanda de amparo contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid de 13 de septiembre de 2018, dictada en el recurso de suplicación núm. 351-2018, y frente al auto de fecha 24 de septiembre de 2019 dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, imputando a dichas resoluciones la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (arts. 18.1 y 3 CE), e interesando que se acordara la nulidad de ambas resoluciones judiciales y se declarase la vulneración de los derechos invocados, así como la nulidad del despido, ordenando la devolución de las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Análisis

Comienza la sentencia delimitando el objeto del recurso de amparo, y señala que éste es doble:

- ✓ por una parte, se trata de determinar si es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) la interpretación que del art. 55.5 LET realiza la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuando - pese a confirmar que una de las pruebas ha sido obtenida con vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE)- califica el despido de improcedente en lugar de nulo,
- ✓ y, por otra parte, determinar si el razonamiento que esa misma sentencia efectúa al desestimar la solicitud de indemnización, contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) desde la perspectiva del derecho a una respuesta motivada y razonada.

Especial trascendencia constitucional del asunto

La entidad Amadeus Soluciones Tecnológicas S.A., planteo su oposición al recurso alegando en primer lugar la falta de especial trascendencia constitucional de la demanda.

Con respecto a dicha cuestión, el TC sostiene que dicho motivo no puede prosperar. La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha configurado en el artículo 50.1 b) LOTC, una nueva condición de admisibilidad: la necesidad de que el recurso tenga una “especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.”

Por tanto, dicha condición no se erige en requisito para la estimación de la demanda en la sentencia, sino como presupuesto de su admisión a trámite. Fue en la providencia de admisión de la demanda cuando el Tribunal apreció la especial trascendencia porque el recurso planteaba un problema o afectaba a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina del Tribunal (STC 155/2009, FJ 2 a), en el caso presente resolver si, como una consecuencia constitucionalmente derivada del contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los derechos

a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 8.1 y 3 CE), y por tanto, exigible en términos constitucionales, el despido de la demandante de amparo sea calificado como nulo, toda vez que una de las pruebas con las que se pretendía justificar dicho despido vulneró estos últimos derechos fundamentales.

Derechos fundamentales concernidos en la calificación del despido laboral realizada por los órganos judiciales.

Como venimos diciendo, la trabajadora lo que alega es que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE) en tanto que la ineficacia absoluta de la prueba debe conllevar también la calificación del despido como nulo.

El Tribunal parte de la base que, si bien la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones fue reconocida tanto por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, como por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del contenido esencial de estos derechos no dimana ni una exigencia, ni un derecho subjetivo que pueda amparar la calificación del despido disciplinario de la demandante de amparo como nulo.

En base a la doctrina constitucional en la materia (STC 114/1984 y STC 97/2019), los magistrados concluyen que no puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una “consecutividad lógica y jurídica”, es decir, no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, por lo que la pretensión de la actora no puede tener sustento en una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 18.1 y 3 CE.

Descartado lo anterior, para el Tribunal, el examen del recurso de amparo debe resolverse desde el prisma y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), también invocado por la recurrente.

Contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Aplicación al caso concreto.

Recuerda la sentencia que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva "exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho" (SSTC 99/2000, y 144/2003,)), lo que significa, que "una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho y lesiona, por ello, el derecho a la tutela judicial" (SSTC 23/1987, 24/1990, 25/1990 STC 184/1992).

Según consolidada y unánime doctrina constitucional, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE, comprende el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso (por todas, STC 38/2011). Lo que significa, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, debe contener los elementos y razones de juicio que permitan

conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, su motivación debe estar fundada en Derecho (SSTC 276/2006, y 64/2010). El art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales “no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria” (STC 8/2005).

El recurso de amparo interpuesto fundamenta que la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva porque todos los criterios de interpretación aplicables, así como la doctrina derivada de las SSTC 125/2018 de 26 de noviembre y 92/2008, de 21 de julio, conducen a determinar que la nulidad del despido prevista en el art. 55.5 LET tiene un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación de la vulneración de un derecho fundamental.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró que el despido debía ser calificado como improcedente en lugar de nulo, y lo hizo sobre la base de que la decisión extintiva acordada por la empresa demandada, en si misma considerada, no pretendía la vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas de la trabajadora, y que el móvil del empresario al acordar el despido no respondió a una causa vulneradora de los derechos fundamentales lo que legalmente llevaría aparejada la nulidad del despido.

En resumen, la sentencia recurrida distingue por tanto los supuestos en que la decisión extintiva vulnera un derecho fundamental, de aquellos otros en los que el empresario, al intentar comprobar el comportamiento de su empleada y obtener pruebas de algunos de sus incumplimientos para tratar de justificar un despido, ha vulnerado los derechos fundamentales de la trabajadora. Para la sala del TSJ, no puede confundirse el despido con violación de derechos fundamentales -en cuyo caso necesariamente procede la declaración de nulidad -, con el despido en el que ha habido una lesión de los derechos fundamentales en el proceso de obtención de la prueba, que podrá ser calificado como procedente o no, en función de que existan pruebas desconectadas de la obtenida con violación de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 90.2 LRJS).

Para el Tribunal, la distinción realizada por el TSJ contraria a trazar una correlación entre la nulidad de la fuente de prueba y la nulidad del despido, no puede ser calificada de arbitraria o de manifiestamente irrazonable (lo cual tampoco fue alegado por las partes), siendo que, de hecho, a falta de un pronunciamiento del máximo intérprete de la legalidad ordinaria, tal planteamiento es compartido por muchos pronunciamientos dictados por otros tantos tribunales superiores de justicia.

Junto a ello, los magistrados concluyen que, todas las sentencias invocadas por la trabajadora como fundamento de su pretensión no son de aplicación al caso, porque ninguna de ellas se refiriere a un supuesto de prueba ilícita, sino de extinción de la relación laboral por razones discriminatorias y/o lesivas de los derechos a la libertad sindical y de la libertad de expresión.

En base a lo anterior, la sentencia descarta la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que la solución adoptada por la resolución impugnada desvinculando

la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de la calificación del despido, tiene anclaje positivo en nuestro ordenamiento jurídico, sin que pueda ser calificada de arbitraria o manifiestamente irrazonable.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho a obtener una respuesta motivada y razonada

En la demanda laboral que dio inicio al procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, la trabajadora solicitó una indemnización de 51.439,4 euros por los daños materiales y morales producidos por la intromisión ilegítima producida, conforme a lo prevenido en los arts 40.1 c) y 8.11 y 12 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, le reconoció el derecho a percibir una indemnización de 6.251 euros por la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, ocasionada por la monitorización del ordenador.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, aunque confirmó la decisión del Juzgado de lo Social en relación con la existencia de una vulneración de los derechos de la trabajadora a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, desestimó la fijación de cualquier indemnización, negando incluso la reconocida por el Juzgado de lo Social, al considerar que dicha indemnización se había vinculado, tanto en la demanda como en la sentencia, a la existencia de una vulneración por la empresa de derechos fundamentales de la trabajadora “y como tal lesión no ha existido (no hay prueba del acoso laboral y el despido ha sido calificado de improcedente), no procede indemnización alguna y en consecuencia no procede entrar a conocer de este aspecto del recurso, que debe ser desestimado al faltar el presupuesto del que se parte en el mismo.”

Para el Tribunal el argumento utilizado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para denegar la indemnización consistente en afirmar que no ha existido vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora, debe ser calificado de incongruente, ilógico y contradictorio, pues la propia sentencia reconoce que se vulneraron los derechos fundamentales de la trabajadora al monitorizar su ordenador.

El art. 183.1 LRJS determina que “cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.”

La sentencia del TSJ afirma la existencia de la vulneración de los derechos fundamentales a los efectos de confirmar la exclusión de la prueba derivada de la monitorización del ordenador, y al mismo tiempo niega esa vulneración cuando tiene que decidir sobre la indemnización solicitada. Concluyen los magistrados del TC aduciendo que dicha incongruencia no puede salvarse con la referencia a que la vulneración no la haya ocasionado el acto mismo del despido y en consecuencia éste haya sido declarado

improcedente, pues el art. 183.1 LRJS cuando dispone que la sentencia que declare la existencia de una vulneración de un derecho fundamental debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, no hace depender el reconocimiento de la indemnización de la calificación del despido, sino del reconocimiento de que la trabajadora ha sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, y ello con independencia de la calificación del despido.

En base a lo anterior, el TC concluye que la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al resolver el recurso de suplicación interpuesto por la demandante de amparo, y desestimar la fijación de cualquier indemnización, con la argumentación de que no se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por lo que estima parcialmente el recurso de amparo, con la consiguiente declaración de nulidad de la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y acuerda la retroacción de las actuaciones al momento previo al dictado de la citada resolución, a fin de que, en congruencia con lo interesado en el recurso de suplicación en relación con la indemnización solicitada por la demandante por la vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE) ocasionados por la monitorización de su ordenador, el órgano judicial resuelva de manera respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Comentarios sindicales

Como se refleja en la sentencia analizada, **las consecuencias que se derivan de la obtención de la prueba ilícita sobre la calificación del despido resultante, no es una cuestión pacífica**, y se resuelve por los tribunales de manera dispar, fundamentalmente aquellos tribunales que consideran que la existencia de un medio de prueba contaminado debe llevar pareja la nulidad del despido, frente a los que postulan la exclusión de la prueba contaminada para proceder a la calificación del despido sin tenerla en cuenta.

Con esta resolución, **el Tribunal zanja el debate y asienta que la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental** (en el caso de autos la intimidad y el secreto de las comunicaciones) **no significa que automáticamente el despido deba declararse nulo**, y lo hace sobre la base de que tal argumentación sostenida por el TSJ de Madrid tiene anclaje en nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto la resolución no puede ser calificada de arbitraria o manifiestamente irrazonable. El Tribunal afirma que aunque efectivamente pueden existir otras interpretaciones (como la que defiende la trabajadora), no es objeto del recurso de amparo ni corresponde al TC, que no es una tercera instancia, decidir cuál de esas interpretaciones es la correcta, pues en tal caso se estaría efectuando un control de mera legalidad, rectificando la interpretación y aplicación de las normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el artículo 117.3 CE, excediéndonos del objeto propio del amparo.

Mostramos nuestra absoluta disconformidad con tales aseveraciones, y nuestra plena conformidad con el **voto particular** aducido por la magistrada Doña María Luisa Balaguer que **defiende profusamente que la ineficacia de la prueba, por haberse obtenido con**

vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, debería conllevar la calificación del despido como nulo.

En primer lugar, **lo que se sometía a examen del tribunal no era una cuestión de mera legalidad ordinaria**, tal y como defiende la magistrada, el problema sobre la consideración que deben tener los derechos fundamentales y sobre las consecuencias que producen su vulneración es cuestión que entra de lleno dentro de las competencias del TC, y que no puede ser eludida invocando la legalidad ordinaria, pues no resulta indiferente la interpretación que se dé al art. 55.5 LET, en la medida en que se está refiriendo a discriminaciones contrarias a la Constitución y a la violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora.

En segundo lugar, **la interpretación que hace el TSJ de Madrid entre la decisión extintiva que vulnera un derecho fundamental y aquellos casos en los que la vulneración ha sido ocasionada en el proceso de obtención de las pruebas, es una distinción artificiosa**, y una interpretación no acorde con la imprescindible protección de los derechos fundamentales que preconiza el art. 55.5 ET.

Tal y como se sostiene en el voto particular, lo relevante en el caso de autos, es que el despido se genera a partir de una patente y grave vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, es decir, que se produce con violación de tales derechos, pues no cabe hacer abstracción del método seguido para respaldar el despido, escindiéndolo de este como si fueran actos separables, siendo así que presentan una unidad de acción y de intención para obtener un resultado determinado. No basta, por ello, con declarar que la prueba es ilegal, como si de un procedimiento penal se tratara, y se estuviera examinando la cuestión desde la perspectiva de la presunción de inocencia. Se ha procedido al despido vulnerando dos derechos fundamentales de la actora y eso no puede tener otra consecuencia que la declaración de su nulidad.

Y así ya se estableció por la STC 196/2004, de la que claramente se aparta ahora el TC, que a través de su FJ 10 afirmó que, “según constante doctrina de este tribunal (entre otras, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 114/1989, de 22 de junio; 186/1996, de 25 de noviembre; 1/1998, de 12 de enero; 57/1999, de 12 de abril; 20/2002, de 28 de enero, o 49/2003, de 17 de marzo), la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo.”

Junto a lo anterior, es necesario recordar algunos de los pronunciamientos más relevantes en esta materia que han acontecido en los últimos años en el ámbito de la jurisdicción social, y que, de manera significativa, recuerda la sentencia de **la Sala Penal del TS de 23 de octubre de 2018²**, sobre la base de que los trabajadores no dejan ni su intimidad ni el resto de sus derechos en las puertas de la oficina o empresa, doctrina sostenida por el TC que ha defendido desde hace años que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado;

² Recomendamos su lectura, de especial interés no solo por la decisión adoptada por el tribunal, sino por el repaso jurisprudencial que la sentencia contiene relativo a los diferentes órdenes jurisdiccionales.
<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente han afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)". (vid igualmente STS - Sala 4ª- 119/2018, de 8 de febrero).

Así, la **STS (Sala Cuarta) de 26 septiembre de 2007**, señaló que la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio". Lo que debe hacer la empresa-razona la sentencia- de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad" en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos."

La STS de 8 de marzo de 2011 (Sala 4ª) insiste en esas bases maestras: "... no consta que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, la empresa hubiera establecido previamente algún tipo de reglas para el uso de dichos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- ni tampoco que se hubiera informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control y de los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectiva laboral del medio informático cuando fuere preciso."

La clave de la ilegitimidad de la intromisión y, consiguientemente, de la nulidad probatoria se sitúa en la vulneración de la expectativa de intimidad por parte del trabajador. Una expectativa, basada en un uso social de tolerancia respecto de una moderada utilización personal de esos instrumentos, que, no es ajena a los contenidos de la protección constitucional del derecho a la intimidad. **Sólo el conocimiento anticipado por parte del trabajador (deducible o explícito) de que puede ser objeto de fiscalización por el empresario, legitimaría el acto de injerencia en los sistemas informáticos puestos a su alcance por la entidad para la que trabaja.**

La STS de 6 de octubre de 2011 (Sala 4ª), el Pleno de la Sala de lo Social -con cinco votos particulares que disientían del criterio mayoritario- declaró la procedencia del despido. Lo que singularizaba el presente caso -se razona- era que "... existía una prohibición absoluta que válidamente impuso el empresario sobre el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc.) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo, y no caprichosamente sino entre las sospechas fundadas de que se estaban desobedeciendo las órdenes impartidas al respecto. Y sentada la validez de prohibición tan terminante, que lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador, no es posible admitir que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático puesto a su disposición. Tal entendimiento equivaldría a admitir que el trabajador podría crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario."

Tal y como adujo la recurrida **sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid de 17 de noviembre de 2017**, el asunto debía de haberse resuelto (y así lo hizo el tribunal de instancia) aplicando el test fijado en la sentencia Barbulescu II³, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 5 de septiembre de 2017, sobre la base de que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE, deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), entre los que ocupa un especial papel el Convenio para la Protección de los Derechos

³ Conforme a dicha resolución, las autoridades nacionales deberían tener en cuenta los siguientes factores:

i) ¿El empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas? Si bien en la práctica esta información puede ser comunicada efectivamente al personal de diversas maneras, según las especificidades fácticas de cada caso, el Tribunal considera que, para que las medidas puedan ser consideradas conforme a los requisitos del artículo 8 del Convenio), la advertencia debe ser, en principio, clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma.

ii) ¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado? A este respecto, debe hacerse una distinción entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido. También se debería tener en cuenta si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados. Lo mismo se aplica a los límites espaciales de la vigilancia.

iii) ¿El empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido? Dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas.

iv) ¿Habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado? A este respecto, es necesario evaluar, en función de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado.

v) ¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado? ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida)?

vi) ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo? En particular, estas garantías debían impedir que el empleador tuviera acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión sin que el empleado hubiera sido previamente notificado de tal eventualidad.

Humanos y de las Libertades Fundamentales . El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado.

De la aplicación de dicho test, obtenemos una clara respuesta al caso planteado en autos, tal y como adujo el juzgador de instancia, la monitorización del ordenador de la demandante, en la forma en la que ello se hizo, no estaba justificada y se verificó en condiciones desproporcionadas, por lo que puede entenderse, en efecto, que se han lesionado sus derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de sus comunicaciones. La no superación del test Barbulescu II, debe llevar a la declaración de nulidad del despido de acuerdo a lo dispuesto en el art. 55.5 de la Ley del Estatuto de los trabajadores.

Asentada tal premisa, y tal y como sostiene Doña María Luisa Balaguer a través del voto particular, se procedió al despido vulnerando dos derechos fundamentales de la trabajadora, y eso no puede tener otra consecuencia que la declaración de su nulidad. Lo contrario, a nuestro entender, supone el incumplimiento del mandato proclamado por el TEDH, relativo a la obligación de los tribunales nacionales de velar porque el establecimiento por una empresa de medidas para vigilar la correspondencia y otras comunicaciones, sea cual sea su alcance y duración, vaya acompañado de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos.

Las Sentencias son parte del derecho vivo en nuestro país. En esta colección, comentamos de manera sencilla y clara las consecuencias de resoluciones judiciales de importancia, con un ánimo crítico y valorativo

UGT

