

El complejo acceso a la casación unificadora en materia de despido disciplinario, y la estrecha frontera entre la protección del derecho a la intimidad de la persona trabajadora y las facultades de control empresarial.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social

Resumen: *Examinaremos, en primer lugar, la dificultad a la que se enfrentarán los operadores jurídicos en materia de despido disciplinario para localizar resoluciones apropiadas para fundar la contradicción que legitime el acceso a la extraordinaria sede de la casación para unificación de doctrina; para más adelante comprobar cómo, a partir de una sentencia que no llega a pronunciarse sobre el fondo del litigio, se pueden extraer importantes conclusiones en materia protección del derecho fundamental a la intimidad de las personas trabajadoras en relación con el acceso, por parte del empleador, a dispositivos informáticos utilizados por éstos, para obtener información que más tarde fundamentará su decisión extintiva.*

Palabras clave: *Acceso al recurso de casación para unificación de doctrina. Derecho a la intimidad. No discriminación por parentesco.*

Abstract: *We will examine, in the first place, the difficulty that legal operators will face in matters of disciplinary dismissal to locate appropriate resolutions to substantiate the contradiction that legitimizes access to the extraordinary seat of cassation for unification of doctrine; to later verify how, from a judgment that fails to rule on the merits of the dispute, important conclusions can be drawn regarding the protection of the fundamental right to privacy of workers, in relation to access by the employer to computer devices used by them to obtain information that will later substantiate their termination decision.*

Keywords: *Access to the appeal in cassation for unification of doctrine. Right to privacy. Non-discrimination on the basis of kinship.*

I. Introducción

Analizaremos, a partir del estudio de una sentencia que no ofrece una concreta respuesta al conflicto que se somete a su conocimiento, una serie de cuestiones que resultan a nuestro juicio de interés. La primera de ellas, cómo en materia de despido disciplinario, y siendo dos las partes recurrentes, no consigue ninguna acertar con una cita de doctrina de contradicción adecuada que le abra las puertas del Tribunal Supremo, lo que no hace más que evidenciar la gran dificultad existente en materia de despido disciplinario para afrontar tal juicio comparativo; pues, como veremos, las singularidades de cada caso concreto son de tal entidad que cierran el paso a esta extraordinaria sede.

Pese a esta primera dificultad, la sentencia que analizamos reviste interés por abordar, aún de manera implícita, una materia absolutamente sensible y trascendente en el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo, cual es la frontera entre la protección del derecho a la intimidad del trabajador en el manejo de dispositivos informáticos y telemáticos así como en la custodia de datos e informaciones titularidad de la empresa, y la facultad del empresario de controlar dicho manejo; hasta el punto de poder acceder al contenido de tales dispositivos, utilizando la información así lograda para sancionar disciplinariamente a su empleado. También, aunque con una intensidad de estudio menor, abordará la Sala la prohibición de discriminación por razón de parentesco.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia número 221, de 14 de marzo de 2022.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCU. Núm. 2009/2019.

ECLI: ES:TS 2022:1163

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sra. D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Nos encontramos ante uno de los cada más frecuentes supuestos en los que la Sala Cuarta dicta sentencia sobre el fondo, pero para desestimar el recurso de casación por apreciar la falta de concurrencia de la debida contradicción entre los hechos sometidos a su conocimiento y los analizados en las sentencias escogidas por los recurrentes como sentencias de contradicción; si bien para alcanzar este resultado despliega el Alto Tribunal un muy interesante análisis de su doctrina relativa a las diversas cuestiones que se someten a su conocimiento, esencialmente la relativa a si la retirada por el empresario a uno de sus trabajadores del ordenador personal y de un dispositivo de almacenamiento de datos pendrive que aquél utilizaba para trabajar, y la ulterior reproducción de datos, lesiona, o no, el derecho a la intimidad del trabajador en orden a la calificación del despido posteriormente operado por la primera, fundando en los datos así obtenidos.

En el mismo sentido afronta la Sala un supuesto de discriminación por razón de parentesco en el marco del despido de quien se encuentra unida, por vínculo matrimonial, al gerente de una empresa familiar en estado de conflicto interno.

Para terminar, aborda los concretos parámetros de cálculo del importe de resarcimiento de la indemnización por daño moral derivado de la lesión de derechos fundamentales.

- Supuesto de hecho.

La trabajadora, la Señora “J” era directora comercial de la mercantil demandada. En fecha 15 de abril de 2016 recibió comunicación con imposición de sanción por falta muy grave por los siguientes hechos: “haber copiado de manera irregular información de la empresa en diversos dispositivos de almacenamiento USB” datos que se detallan en la misiva”.

La empresa en que laboraba la actora era una empresa de tipo familiar, estando aquélla casada con Don C. quien ocupó el puesto de gerente junto con su hermano

hasta que, tras el fallecimiento de su progenitor, se inició una intensa conflictividad dentro de la compañía.

La actora, además de directora comercial, desde el año 2009 ayudaba a su esposo en las tareas de contabilidad.

En la compañía no existía un protocolo “de usos de medios electrónicos titularidad de la empresa, código de conducta y normativa de seguridad” a seguir por los usuarios de los sistemas informáticos de aquella hasta febrero de 2016, en que fueron entregados a la trabajadora.

En dicho mes la compañía procedió, en presencia de Notario, a retirar a la actora el ordenador y el pendrive utilizados en exclusiva por aquella, y en presencia de dos peritos informáticos realizaron una “copia espejo del contenido de ambos”. En el dispositivo de memoria extraíble se localizaron un fichero denominado “léeme.txt.TXT con instrucciones redactadas por alguien que conocía la empresa y su sistema informático, según afirmó el perito que depuso en el plenario. En concreto se encontraron *“indicios de que los dos ficheros de recolección automática de información financiera se copiaron en el servidor de archivos de ALECOSA. 6- Al menos uno de estos dos ficheros, el llamado COMPARATIU ABRIL. xls fue con posterioridad a ser copiados en el servidor de ALECOSA, copiado en el dispositivo externo USB que usaba la Sra. Jacinta. 7- Se han encontrado quince capturas de pantalla con información interna sobre el stock y precios de proveedores de la base de datos de ALECOSA. 8- Se ha encontrado un archivo de hoja de cálculo con la información de precios de materias primas de ALECOSA entre los años 2013 y 2016. 9- Se han encontrado indicios que, al menos, el primer paso de las instrucciones identificadas también se llevó a cabo al menos los días 11,12 y 15 de febrero. 10- Se han encontrado indicios de que un archivo con el nombre léeme.txt.TXT también se abrió al menos el día 12 de febrero. 11- Además a todo lo anterior se ha identificado que la Sra. Jacinta realizó accesos en periodos muy cortos de tiempo entre los días 11 y 16 de febrero de 2016 a 207 archivos del servidor de archivos de ALECOSA. La Sra. Jacinta no tenía necesidad para acceder a estos archivos, ya que incluían información confidencial de ALECOSA que no era necesaria para el desarrollo laboral de la Sra. Jacinta. 12- En particular, el día 12 de febrero de 2016 a partir de las 10:14h se accedió a veinticuatro archivos para los que la Sra. Jacinta no tiene autorización. Estos veinticuatro archivos fueron copiados a un dispositivo de almacenamiento externo marca Sony que no ha sido localizado”*.

La trabajadora fue posteriormente despedida por razones disciplinarias, en concreto por quebranto de la buena fe contractual; recurriendo la Señora J. la medida empresarial ante la Jurisdicción Social, recayendo en primera instancia Sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Tarragona^[1], que declaró la nulidad de la decisión empresarial por vulneración del derecho a la intimidad y por discriminación (por el hecho de estar casada con quien había ocupado la posición de gerente antes desencadenarse los conflictos familiares en la compañía), condenando a la empresa a indemnizar a la actora en la cantidad de 187.515 euros.

Frente a tal resolución recurrió la empresa en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña^[2], quien estimó en parte el recurso de suplicación ante ella formalizado, desestimándolo en cuanto al fondo, si bien moderó el importe de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales limitándola a 25.000 euros.

IV. Posición de las partes

Ni la empresa ni la Señora J. se aquietaron con la resolución del Tribunal territorial y decidieron recurrirla en casación unificadora ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Comenzando por el recurso de la mercantil demandada, hemos de indicar que escogió aquella como resoluciones de contraste la Sentencia dictada por la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 17 de febrero de 2012 (recurso 337/2011) y la de 31 de octubre de 2014 (recurso 2065/2014).

Por su parte, la trabajadora citó como sentencias de contradicción la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (demanda 61496/2008) y la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 5 de octubre de 2017 (R. 2497/2015).

El Ministerio Fiscal interesó en su informe la estimación de ambos recursos, siendo impugnados los recursos por la parte contraria.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala, en la resolución comentada, se enfrenta al análisis de la protección de dos derechos fundamentales cuya lesión se pone en cuestión al tiempo de operarse el despido disciplinario de la Señora J. a saber: el derecho a la intimidad constitucionalmente consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, así como en el artículo 4.1.e) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores^[3] (en adelante ET); así como el derecho a no ser discriminado por cualquier causa (artículos 14 CE y 4.2.c) ET^[4]) y el respeto a la dignidad de la persona, amparado en el artículo 20.3 de la norma estatutaria^[5] como correlativo deber empresarial.

Al hilo del estudio de estas cuestiones el Alto Tribunal reiterará su doctrina sobre el artículo 219 de la LRJS en lo relativo al control de requisitos de acceso al recurso de casación para unificación de doctrina, en concreto en lo dispuesto en sus apartados primero y segundo, en cuya virtud *“El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.*

2. Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado.

Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario”.

VI. Doctrina básica

La primera cuestión que parece relevante destacar, es la dificultad que han encontrado las partes para localizar una doctrina judicial o jurisprudencial apropiada que les permita acceder a la extraordinaria sede unificadora de doctrina, pues no deja de resultar reseñable que de las cuatro resoluciones escogidas por ambos recurrentes ninguna reúna, a juicio de la Sala, los presupuestos mínimos exigidos por el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) a tales efectos. Y así el Alto Tribunal, tras analizar los hechos controvertidos de cada una de ellas, concreta los perfiles diferenciadores con el ahora enjuiciado para concluir que en ninguno de los casos “concurren las identidades exigidas por la norma”, a saber el artículo 219 de la LRJS.

Sobre la necesaria contradicción recuerda la Sala Cuarta^[6] que el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia

impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales"^[7].

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales^[8].

Así, en la primera de las sentencias que cita la compañía como de contraste, la del asunto SME, nos encontramos ante un trabajador que encadenó distintas bajas laborales, procediendo la empleadora a su despido por el cauce del artículo 52.d) al haberse ausentado 81 días de su puesto de trabajo lo que representa un 60,49% de su jornada en el periodo de referencia comprendido entre septiembre a noviembre de 2010 y abril de 2011. Como se comprueba la causa que desencadenó la calificación de nulidad del despido ninguna relación guarda con el caso que ahora nos ocupa, pues allí se debatía sobre la presencia de discriminación por razón de discapacidad lo que ninguna relación guarda con la protección del derecho a la intimidad.

En relación con la segunda de las sentencias escogidas por la mercantil, se trataba de un trabajador que, a diferencia de la Señora J., sí había firmado un documento sobre tratamiento de datos en el que se comprometía a guardar sigilo profesional respecto de los datos a los que tuviera acceso con ocasión del desempeño de su cargo, así como la obligación de custodiarlos, incluso después de haber finalizado la relación laboral; informando la compañía que caso de quebrantar tal deber cometería una falta muy grave. Se declara probado que la trabajadora efectuó copia de bases de datos de la empresa y los trasportó a su domicilio. También aquella mantenía una relación sentimental trascendente, pero con un deudor de la compañía. Las diferencias fácticas apreciadas por la Sala entre los supuestos confrontados son, esencialmente, las siguientes: la categoría profesional de la persona trabajadora despedida (una comercial mientras que la otra era oficial de 1ª); la ausencia de rúbrica de un protocolo sobre el uso de los medios electrónicos titularidad de la compañía, así como de la obligación de custodia y de guardar sigilo sobre su contenido; la naturaleza de los datos copiados por el trabajador no aparecen ajenos a su actividad profesional; la forma en que se desempeñaba la prestación de servicios (jornada semipresencial la Señora J y presencial la del asunto de contraste)

En cuanto a las sentencias seleccionadas por la Señora J. comenzaremos por la conocida como "asunto Barculescu II"^[9] dictada por el TEDH el 5 de septiembre de 2017. Nos situamos ante el despido del encargado de ventas de una compañía rumana argumentando la empresa que el trabajador había incumplido la normativa interna de la empresa que prohibía el uso de recursos tecnológicos puestos a su disposición para usos o fines personales. Resultaba que el Señor Barculescu, a petición de la empleadora y para responder a preguntas de clientes, creó una cuenta de mensajería instantánea a través de Yahoo Messenger, que como es sabido permite la transmisión en tiempo real de mensajes de texto. El trabajador también contaba con su propia cuenta personal de mensajería móvil. La empleadora informó al trabajador de la detección del uso durante nueve días del referido servicio de mensajería profesional para usos personales, extremo que fue negado por el empleado a lo que respondió la empleadora haciendo pública una transcripción de mensajes que había intercambiado con su hermano y su novia y que guardaban relación con su vida personal, así como de otros mensajes que el trabajador había intercambiado con su novia desde una cuenta personal de Yahoo. Tras el correspondiente periplo en la jurisdicción nacional rumana, en la que instó la nulidad de su despido por vulneración

del derecho al secreto de las comunicaciones, y viendo como todas ellas fracasaban con el argumento de que el acceso al correo del trabajador era la única de forma de averiguar si se había producido el incumplimiento de sus obligaciones contractuales; acudió el Sr. Barculescu al Tribunal de Estrasburgo.

Y en esta primera ocasión el Tribunal abordó dos cuestiones esenciales: el conocimiento del trabajador de la realidad de que el empresario podría controlar en cualquier momento su correspondencia laboral y privada; y los efectos y consecuencias, caso de incumplimiento por su parte del trabajador de una normativa interna que prohibiera el uso del correo para fines personales. El Tribunal concluyó, al interpretar el artículo 8 del CEDH que no era abusiva la actuación empresarial, sino que tal proceder se enmarcaba dentro de las facultades ordinarias de dirección, y ello con independencia de que se hubiere causado, o no, perjuicio alguno a la empresa.

En cuanto a la sentencia Barbulescu II, partiendo de la interpretación amplia del concepto de “vida privada” sentada por su doctrina^[10], la Gran Sala aborda la lesión del artículo 8 del CEDH afirmando que la comunicación electrónica forma parte del “ejercicio de una vida privada social”, siendo cuestión distinta, cuáles son los límites que pueden establecerse a su ejercicio. Y a la vista de los hechos contenidos en las resoluciones judiciales nacionales concluye que no puede tenerse por acreditado ni que el trabajador fuera informado “por anticipado de la extensión y de la naturaleza de la vigilancia llevada a cabo por su empleador”, ni tampoco de que éste tuviera posibilidad de “acceso al contenido de sus comunicaciones”.

Y a la vista del contenido de estos hechos concluye nuestro Alto Tribunal que tampoco concurre la debida identidad exigida entre el despido de Doña J. y el del Señor Barbulescu, puesto que en el caso ahora enjuiciado la empresa procedió a la retirada de un ordenador y un dispositivo de almacenamiento de datos (nada que ver con el acceso a sistemas de mensajería y transmisión de datos instantáneo) por cuanto los mismos se habían utilizado con finalidades puramente profesionales y con el ánimo de perjudicar a la empleadora, mientras que en caso del Sr. Barbulescu nos hallamos frente al uso de sistemas profesionales de mensajería para fines estrictamente privados.

En último término, cita la actora como infringida la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2017 (recurso 2497/2015), que aborda el despido disciplinario de un trabajador a quien se le imputa haber prestado falso testimonio en el juicio de despido de una compañera afiliada al sindicato CCOO, al que también se encuentra afiliado el actor. En dicha sentencia se discuten, y sientan, los términos para la determinación de la indemnización por daño moral en los supuestos de lesión de derechos fundamentales, admitiendo el acudir a la LISOS como “criterio orientador” admitido tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional^[11] como por la doctrina unificada del Alto Tribunal^[12].

Tampoco aprecia la Sala la existencia de contradicción respecto de esta resolución por cuanto los hechos ponderados en ambos casos son del todo dispares, entrando en colisión derechos fundamentales distintos (el de libertad sindical en un caso y derecho a la no discriminación por razón de parentesco en otro) con lo que no cabe imponer una misma medida resarcitoria en todos los casos.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala concluye que procede desestimar los recursos de casación para unificación de doctrina formalizados por ambos recurrentes, declarando la firmeza de la resolución de instancia, condenando en costas a la mercantil empleadora.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos esenciales en los extensos fundamentos de derecho segundo a quinto, donde analiza las sentencias escogidas por las partes para fundar la contradicción que legitimaría el acceso a la contradicción,

y concluir que en todas ellas no se aprecia la necesaria identidad a que nos hemos referido antes.

IX. Comentario

La mayor particularidad que presenta la resolución a la que nos enfrentamos no es tanto la trascendencia del tema que se somete a su conocimiento (la salvaguarda del derecho a la intimidad y a no ser discriminado por razón de parentesco en el ámbito del despido), como una realidad detectada cada vez mayor frecuencia en la jurisprudencia reciente de nuestro más Alto Tribunal, cual es lo que parece ser el diagnóstico tardío de la no superación del juicio de contradicción una vez se ha procedido a la deliberación, votación y fallo del asunto, en lugar de en la primitiva fase de admisión del recurso de casación para unificación de doctrina.

Recordar, que el artículo 219 LRJS exige para la viabilidad de este extraordinario recurso "que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales"^[13].

Es precisamente al aplicar este juicio comparativo cuando la Sala Cuarta descarta la presencia de esa necesaria identidad de hechos, fundamento y pretensiones entre el despido de la señora J. y todos y cada uno de los supuestos escogidos por quienes recurren, erigiéndose en barrera prácticamente infranqueable de acceso a esta última fase de la Jurisdicción, pese a la alegación de la vulneración de derechos fundamentales en la materialización del despido. Este resultado pone sobre la mesa una evidente realidad, cual es la dificultad de acceso a la sede unificadora en materia de despido disciplinario, en donde las particularidades de cada caso concreto delimitan unos perfiles fácticos casi únicos que vendrán propiciados por circunstancias tales como: la categoría profesional ocupada por la persona trabajadora, el tipo de jornada; o las concretas funciones desempeñadas que venga desempeñando. No obstante, y respecto de la específica materia que ahora aborda la Sala, sin duda parece que el elemento que se presenta con un peso específico es el relativo a la presencia previa de un protocolo empresarial sobre manejo de datos, y a la circunstancia de haber sido, o no, el trabajador^[14] conocedor del mismo al tiempo de cometer la falta a él imputada.

Resulta evidente que el artículo 20 del ET dispone que "el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales", pero añade la norma que para ello deberá guardar "la consideración debida a su dignidad", incluyendo el artículo 4 de la norma estatutaria, dentro del elenco de derechos titularidad de la persona trabajadora, el derecho "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad". El problema que se plantea es la frontera del uso de tales factuales de dirección en el acceso a dispositivos informáticos titularidad del trabajador, y la salvaguarda del correlativo derecho a la intimidad de aquél a que nos hemos referido. Y a este respecto recordar que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano^[15] encontrándose las facultades empresariales limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, que son prevalentes y constituyen un "límite infranqueable" no solo a sus facultades

sancionadoras, sino también a las facultades de organización y de gestión del empresario, causales y discrecionales^[16].

También, es absolutamente relevante a estos efectos recordar, pese a la falta de contradicción a efectos de fundamentar el recurso que nos ocupa, la doctrina sentada en la Sentencia dictada por el TEDH en el asunto *Barbulescu II* que establece el conocido “test *Barbulescu*”^[17] de proporcionalidad^[18], imponiendo el estudio de la específica necesidad de la medida adoptada respecto del fin perseguido, descartando otras menos intrusivas e igualmente eficaces para alcanzar la referida finalidad.

En cuanto a los concretos hechos que dieron lugar al despido de la Señora J. (esto es, la realización por la empleadora de una copia de los datos contenidos en el ordenador y un dispositivo de memoria extraíble pendrive previamente retirados a la trabajadora, y más tarde utilizar la información obtenida para fundamentar su despido disciplinario basado en el quebranto del deber de buena fe contractual, al considerar que aquélla había procedido a efectuar copia de datos de carácter reservado de la compañía, en concreto de carácter comercial), son diversas circunstancias las que resultan relevantes. En primer lugar, parece evidente, como bien se pone de manifiesto en todas las instancias judiciales (que concluyeron con la calificación de nulidad del despido de la Señora J.), no es baladí el hecho de no haber contado la compañía con un adecuado protocolo de tratamiento de los datos de su titularidad que, con carácter previo a la prestación de servicios, se hubiera dado a conocer a las personas trabajadoras^[19], como tampoco resulta intrascendente la categoría y naturaleza de los datos manejados por la actora y después copiado por la empleadora (todos ellos de contenido comercial, y coherentes con las funciones desempeñadas). Es precisamente la ponderación de estos elementos la que condujeron a todos los magistrados que valoraron el asunto a concluir que la empresa actuó de manera “desproporcionada”.

Y respecto de la denuncia que efectúa la Señora J. en relación con el trato recibido por ser la esposa de Don C., nos encontraríamos ante un supuesto de los conocidos como de “discriminación por asociación” o refleja^[20], en tanto en cuanto que el trato recibido no dejaría de ser un represalia por el mero hecho de su condición de cónyuge de quien había ostentado la condición de gerente en una sociedad familiar en situación de conflicto interno, con la evidente intención de perjudicar, no tanto a la actora, como a su esposo; pues resulta acreditado que adoptaron otras medidas anteriores al despido, no sólo respecto de la actora, sino también respecto de su marido y de hija^[21].

En último término, poco debate jurisprudencial puede sentarse ya en torno a la cuestión relativa al resarcimiento del daño moral derivado de la lesión de derechos fundamentales, por cuanto la más reciente doctrina de la Sala Cuarta^[22] y del Tribunal Constitucional^[23] ya han reiterado que el mismo se presume sin necesidad de prueba alguna, siendo del todo admisible en orden a su cuantificación tanto el criterio orientador de la LISOS^[24] como el prudente del juzgador, siempre razonado y ponderado al caso concreto.

X. Apunte final

Cada vez resulta más difícil el acceso a la sede suplicatoria en materia de despido disciplinario, pero una vez superada “dicha prueba” y, pese a la variedad de resoluciones que encontramos que abordan supuestos sobre vulneración del derecho a la intimidad de la persona trabajadora en el ámbito del despido tras el acceso empresarial a dispositivos informáticos titularidad de aquél, no hemos de olvidar que la doctrina europea maneja, a estos efectos, un concepto amplio de “vida privada” y de “intimidad” que ha de vincular a los jueces españoles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 bis de la LOPJ.

En el mismo sentido, en la ponderación del juicio de proporcionalidad de la medida empresarial examinada ha de aparecer como elemento esencial la expectativa de

conocimiento previo de la persona trabajadora, de tal suerte que cobra especial protagonismo la presencia de previos protocolos empresariales sobre el manejo y utilización de datos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como sobre el uso y destino dado (privado o profesional) a los equipos informáticos y técnicos puestos a disposición^[25] de la persona trabajadora. No platea, sin embargo, mayores controversias, a nuestro juicio y en nuestros días, los conflictos introducidos sobre el resarcimiento del daño moral ^[26] y los parámetros de su cuantificación, al ser una cuestión ampliamente superada^[27] por la doctrina unificada más consolidada.

Referencias:

1. ^ De 26 de febrero de 2018, en los autos de juicio núm. 395/2016
2. ^ En sentencia de 18 de febrero de 2018 (recurso de suplicación 6979/2018)
3. ^ Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.
4. ^ En cuya virtud los trabajadores tienen derecho a “no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”
5. ^ Que dispone que “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”
6. ^ Sentencia de la Sala Cuarta de 19 de abril de 2022, recurso 2941/2019.
7. ^ Sentencias de la Sala Cuarta de 16/07/2013, recurso 2275/2012; de 22/07/2013, recurso 2987/201; de 25/07/2013, recurso 3301/2012; de 16/09/2013, recurso 302/2012; de 15/10/2013, recurso 3012/2012; de 23/12/2013, recurso 993/2013; de 29/04/2014, recurso 609/2013 y de 17/06/2014 recurso 2098/2013, entre otras.
8. ^ Sentencias de la Sala Cuarta de 14/05/2010, recurso 2058/2012; de 23/05/2013, recurso 2406/2012; de 13/06/2013, recurso 2456/2012; de 15/07/2013, recurso 2440/2012; de 16/09/2013, recurso 2366/2012; de 03/10/2013, recurso 1308/2014; de 04/02/2014, recurso 677/20130 y de 01/07/2014, recurso 1486/2013.
9. ^ Recordar, que con anterioridad a esta resolución la Sección 4ª del TEDH dictó su sentencia de 12 de enero de 2016 en el mismo asunto *Barbulescu c. Rumanía* en donde se concluía que el empleador accedió a la cuenta profesional del trabajador creyendo que sólo existían comunicaciones de índole profesional y sin voluntad de control, afirmando que si no existe una normativa nacional aplicable con reglas claras no resulta irrazonable que el empresario pueda controlar la efectiva prestación de trabajo por los asalariados a lo largo de la jornada laboral aunque, en principio, no existan elementos de afectación negativa para la productividad o el patrimonio empresarial. El Sr. Barbulescu no se aquietó con esta resolución y solicitó que fuera revisada por la Gran Sala ras la Sentencia de la Sala Cuarta, el demandante solicitó que el asunto fuera conocido por la Gran Sala, siendo aceptada tal petición en fecha 6 de junio de 2016, dictándose finalmente la Sentencia el 5 de septiembre de 2017 que ahora se cita de contraste en la que, partiendo de los hechos probados en sede judicial nacional, la Gran Sala llega a una solución distinta de la de la sentencia de 2016 y concluye

que los tribunales nacionales no realizaron una adecuada valoración entre los intereses del trabajador a la protección de su vida privada y correspondencia y el interés del empresario por controlar la actividad de su empleado.

10. ^ Así, sentencia asunto Sidabras y Džiautas contra Lituania (TEDH 2004, 55), sentencias asunto KA y AD contra Bélgica (TEDH 2005, 15); sentencia asunto Christine Goodwin contra Reino Unido (PROV 2002, 181176), sentencia asunto Pretty contra Reino Unido (TEDH 2002, 23), sentencia asunto Smirnova contra Rusia (PROV 2003, 162895), sentencia asunto Niemietz contra Alemania (TEDH 1992, 77), sentencia asunto Bigaeva contra Grecia (TEDH 2009, 61), sentencia asunto y Özpınar contra Turquía (TEDH 2010, 103), asunto Fernández Martínez contra España (TEDH 2014, 35), asunto Oleksandr Volkov contra Ucrania (TEDH 2013, 79), Von Hannover contra Alemania (TEDH 2012, 10), asunto Roman Zakharov contra Rusia (PROV 2015, 292490), asunto (Halford (TEDH 1997, 37), asunto Amann contra Suiza (TEDH 2000, 87) o la sentencia recaída en asunto Copland (TEDH 2007, 23).
11. ^ STC 247/2006, de 24/Julio.
12. ^ SSTs 15/02/12 -rco. 67011 -; y 08/07/14 -rco 282/13.
13. ^ Sentencia de la Sala Cuarta de 6 de abril de 2022, recurso 49/2020
14. ^ Sobre este particular GALLARDO MOYA, R., "Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso Barbulescu II c. Rumanía", en Revista de Derecho Social, Análisis Jurisprudencia, núm. 79, 2017.
15. ^ STC 88/1985, de 19 de julio
16. ^ SSTC 292/1993, 136/1996, 90/1997, 1/1998, 90/1999, 98/2000, 190/2001, 213/2002, 17/2003, 49/2003.
17. ^ GOÑI SEIN, J. L., "Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derecho de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016", en Revista de Derecho Social, núm. 78, 2017.
18. ^ CASAS BAAMONDE, M^a E., "La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe". Relaciones Laborales, núm. 12, 2004, pág. 3.
19. ^ Y en este sentido incide la Sentencia Barbulescu II.
20. ^ Como recuerda NOGUEIRA GUASTAVINO, M "La protección "refleja" de la garantía de indemnidad" Revista de Jurisprudencia Laboral 1/2022, "en el caso Hakelbracht, Vandenbon (C-404/18), de 20 de junio, se examina el supuesto de una trabajadora gerente de la empresa (Sra. Vandenbon) que había propuesto a una mujer embarazada (Sra. Hakelbacht) para cubrir una vacante y que, ante la negativa de la empresa a contratarla, intervino en su favor, por lo que finalmente fue despedida alegando la empresa razones como el incumplimiento de las medidas de seguridad, el mantenimiento insuficiente de la tienda y la falta de orden en la misma. De modo similar al caso de la sentencia ahora examinada, en ese supuesto la empresa había despedido a la trabajadora alegando causas justificadas y también lo hizo muchos meses después de haber intercedido por la embarazada (9 meses). El TJUE recuerda que la protección del art. 24 de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, impide las represalias y considera que el art. 17.1 de la Directiva[1] constituye una proyección del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva contra la vulneración del principio de igualdad de

trato, por lo que declara que un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la Directiva debe tener derecho a idéntica protección, ya que sólo de este modo se puede conseguir el objetivo perseguido por la Directiva (efecto útil) y evitar el posible efecto desaliento de aquellos trabajadores que, precisamente, se encuentran en la mejor posición para apoyar a la persona y conocer los casos de discriminación cometidos por el empresario”

21. ^ *En este sentido resulta relevante lo contenido en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Cataluña que señala que “se había procedido a rebajar el salario de su marido a la mitad, que se había procedido a despedir a la hija de ambos, que padeció denigraciones personales, vaciando de competencias, intromisión y control diario de sus labores, denegación del uso de su coche de empresa y por último (...) proceden a suspenderla de empleo y sueldo para posteriormente despedirla”*
22. ^ *Entre otras muchas sentencias, sentencia 530/2011, de 15 de Julio reiterada en sentencia de 9 de marzo de 2022, recurso 2269/2019*
23. ^ *Por todas STC 247/2006 de 24 de julio.*
24. ^ *STC 247/2006, de 24 de julio.*
25. ^ *En el mismo sentido RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F. G., “El derecho al respeto a la intimidad telemática versus la sentencia “Barbulescu”, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: consecuencias en el orbe penal”, La Ley Penal, Nº 118, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, enero-febrero 2016, Editorial Wolters Kluwer.*
26. ^ *Sobre el resarcimiento del daño moral MOLINA NAVARRETE, C. Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras. Bomazo, 2019. Página 95.*
27. ^ *Entre otro TOLODI, ADRIAN. “Indemnización adicional siempre que hay vulneración de DDFF. Y ¿Cómo la calculamos?”. <https://adriantodoli.com/2021/06/23/indemnizacion-adicional-siempre-que-hay-vulneracion-de-ddff-y-como-la-calcula>, ASPRA RODRIGUEZ, A. “Despido nulo. Indemnización por el daño moral consecuencia de la vulneración de derecho fundamentales” <https://es.andersen.com/es/publicaciones-y-noticias/despido-nulo-indemnizacion-por-el-dano-moral-consecuencia-de-la-vulneracion-de-derechos-fundamentales.html>*