

## **El TSJPV considera nulo el despido de un trabajador al haber sido registrado su ordenador sin su consentimiento**

**El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declara nulo el despido de un trabajador al haberse abierto sus archivos sin el consentimiento del mismo, sin intervención judicial y sin las garantías del Estatuto de los Trabajadores**

La sentencia que reproducimos se dictó con el voto particular en contra de uno de los magistrados.

En la Villa de Bilbao, a doce de septiembre de dos mil seis.

### SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Adolfo contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 (Donostia) de fecha treinta de Enero de dos mil seis, dictada en proceso sobre (DSP despido), y entablado por Adolfo frente a DIANA TEKNOLOGIA S.L. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. expresa el criterio de la Sala.

(...)

### Fundamentos de Derecho

Primero. Don Adolfo es quien ha formulado el presente recurso de suplicación contra la sentencia que ha desestimado la demanda que por razón de despido en su día formuló frente a Diana Tecnología, S.L. y ha declarado procedente el despido disciplinario actuado con fecha de efectos del día 27 de octubre de dos mil cinco.

La parte recurrente pretende que se declare nula concreta pericial y un registro de ordenador, se modifiquen concretos hechos probados de la sentencia recurrida y se declare nulo o subsidiariamente improcedente tal despido, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

Por su parte, la recurrida pretende que se desestime tal recurso, se confirme la aludida sentencia y se impongan las costas procesales a la recurrente.

Segundo. En primer lugar, hemos de examinar si la pericial que señala la recurrente y el tal registro son nulos.

Hemos de partir de que el ordenador llamado «Txikuela» era de la empresa y era un medio de producción en el que trabajaba el actor.

También hemos de considerar que el artículo 20 punto 3 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) permite a la empresa adoptar las medidas más oportunas de control y vigilancia para verificar que el trabajador cumple con sus obligaciones laborales, pero que ello lo ha de hacer con respeto a la dignidad que como persona merece, según se deduce de tal Norma.

No nos olvidemos, por otro lado, que el artículo 4 punto 2 letra e de tal Estatuto se fija como derecho del trabajador el que se le respete su intimidad (en la relación de trabajo, según indica el inicio de tal punto 2) y a la consideración debida a su dignidad.

Desde el punto de vista constitucional, el artículo 18 de la Carta Magna de 27 de diciembre de 1978 garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal en su párrafo primero, en el tercero, el secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial.

La doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su sentencia 186/2000, de 10 de julio (LA LEY JURIS. 9715/2000) y en la de 98/2000, de 10 de abril (LA LEY JURIS. 96061/2000) se consideran y aplican en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha cinco de diciembre de dos mil tres, recurso 52/03 (LA LEY JURIS. 486/2004), debiendo resaltarse que en la misma se dice: «... todos los trabajadores tienen reconocido el derecho "al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad...", de conformidad con lo previsto en el art. 4.2. e) del Estatuto de los Trabajadores, de forma que aun cuando el art. 20.3 del mismo Estatuto permite al empresario adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, le impone la restricción consistente en el deber de guardar en la adopción y aplicación de las mismas "la consideración debida a su dignidad humana" (la del trabajador). Lo cual supone reconocer que el derecho a la libertad de empresa y a la dirección de la actividad laboral que tiene el empresario constitucional y legalmente reconocida tiene que compatibilizarse con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, pues éste sigue disfrutando de tales derechos cuando lleva a cabo trabajos por cuenta ajena, cual ha reconocido de forma reiterada el Tribunal Constitucional en relación con diversos derechos fundamentales pero específicamente en relación con el derecho a la intimidad del trabajador en sus sentencias 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio.

En relación con esta cuestión las indicadas sentencias el Tribunal Constitucional, después de reconocer el derecho de los trabajadores a la intimidad, también durante el desarrollo de su trabajo (entendida aquélla como un "ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás"), ha señalado igualmente que tal derecho "no es absoluto como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho".

Habiendo terminado por concluir afirmando dicho Tribunal ?en definitiva-- que los controles empresariales que puedan establecer los empleadores en uso de su derecho a controlar la actividad de los trabajadores serán lícitos mientras no produzcan resultados inconstitucionales, y que para poder afirmar si ese respeto se entiende producido o no habrá que establecer en cada caso si la medida empresarial adoptada se acomoda a las exigencias de proporcionalidad entre el fin pretendido con ella y la posible restricción de aquel derecho fundamental de los trabajadores, para lo cual es necesario constatar si dicha medida "cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)" --fundamento jurídico sexto STC 186/2000--».

El ordenador era propiedad de la empresa, un medio de producción que utilizaba el trabajador. Pero ello no puede suponer que sobre el mismo y sobre su contenido, haya un poder omnímodo e indiscriminado, como se encarga de destacar, por ejemplo, la sentencia de del Tribunal Constitucional 281/05, de 7 de noviembre (LA LEY JURIS. 1914/2005). En concreto, no cabe considerar que quepa una libérrima facultad de control de su contenido, haya o no documentos personales del actor. Precisamente aquel derecho fundamental impone ciertas restricciones.

Esto ya lo expusimos en nuestra previa sentencia de fecha 21 de diciembre de 2004, recurso 2.382/04 (LA LEY JURIS. 1939739/2004), que nos sirve de precedente en este caso, aunque entonces se trataba de control de los correos remitidos y recibidos y en este caso, de controlar una concreta carpeta a nombre del actor.

En el particularismo del caso de autos, resulta que un alto responsable de la empresa, el mismo día 22 de septiembre de 2005 y una vez salido del centro el actor, dado que se dio cuenta de que el actor había estado copiando archivos del ordenador Txikueta a la memoria portátil USB, procedió a entrar --desde el administrador del sistema-- a tal ordenador y encontrándose en el disco duro D/ una carpeta con el nombre de Adolfo, comprobó su contenido, percatándose de que en un 78,7 % estaba compuesto por archivos personales del actor, consistentes en archivos de música y fotografías y el resto, de material que contenía información muy sensible para la empresa (hecho probado décimo de la sentencia).

Ante ello, se dirige a una empresa consultora con la que colabora habitualmente y se inicia una análisis del contenido de tal ordenador que, según se dice en la propia pericial se inició el 24 de septiembre y terminó el 5 de octubre de tal año, revelándose la sistemática que se expone en el undécimo hecho probado de la sentencia recurrida, señalándose en tal informe que se explora el contenido de tal carpeta, se examinan sus archivos y se saca una copia en soporte de disco de su contenido.

A todo esto, no es sino hasta el día 29 cuando al actor se le pide la clave de acceso, según se señala por la propia impugnante, lo que es distinto a considerar que da su consentimiento para que se le abran sus archivos y con efectos

retroactivos (niega haberlo dado).

En esta circunstancia, consideramos que no se dan los requisitos fijados por el Tribunal Constitucional para considerar válidas tales pruebas. Cabían, en concreto, medidas alternativas, pues se pudo pedir el consentimiento del actor desde un primer momento y caso de no darlo éste, instar la autorización judicial de rigor. Ni siquiera se cumplió con los mínimos que, para las taquillas y efectos particulares del trabajador, se prevén en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores.

En efecto, ni se le dijo al demandante, cuando se realizó el inmediato registro, que se iba a efectuar, menos se le invitó a presenciarlo o a dar su consentimiento, ni consta que hubiese representante legal de los trabajadores, si quiera un compañero de trabajo, sin que se pueda equiparar, como se pretende a un compañero de trabajo al alto directivo de la empresa que hizo el registro, vinculado como socio a la empresa y vinculado afectivamente a la representante de la empresa y gerente de la misma, según se lee en el acta del juicio. Al realizarse aquella pericial, tampoco se pide el consentimiento del actor, ni se pide la intervención judicial o se le pide al actor que asista, o que acuda un representante legal de los trabajadores o un compañero del actor.

Que había efectos personales como fotos, es algo que se comentó en juicio por diversos testigos, así como que no había prohibición expresa de introducir información sobre temas personales. Hoy en día, aún y asumiendo que el ordenador es un medio de producción de titularidad empresarial, suele ser habitual introducir elementos personales en el ordenador y ante tal constancia, consideramos que, si se pretendía que no constase información personal en tal ordenador, de uso habitual por el actor, debió prohibirse previamente de forma expresa.

Lo cierto y verdad es que había una carpeta con el nombre del demandante, que había datos personales suyos junto con otros de la empresa y que se investigaron y se abrieron sus archivos por un alto directivo de la empresa y por el perito, sin el consentimiento del actor, sin intervención judicial y sin ni siquiera las garantías del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, cuando se trata de registrar efectos personales del trabajador. La identificación por el nombre del actor de aquella carpeta, consideramos que ya era indicativo de que se lo razonable era suponer que se contenían en la misma datos personales. En todo caso, la duda que pudiera albergarse, se disiparía al empezar a examinar los archivos de la carpeta, pues en un alto porcentaje, superior al 75, eran de tal índole. Sin embargo, tampoco se detuvo ahí el primer registro y la posterior peritación: no obstante, conocerse sin especie alguna de duda que había datos personales, se sigue con aquel registro y peritación hasta examinar de forma exhaustiva tal carpeta e incluso se llegó a copiar en disco portátil su íntegro contenido.

En esta circunstancia, no sobrepasando el caso enjuiciado el juicio de necesidad de aquellos registros y pericial, pues cabían otras posibilidades, procede considerar que aquellas pruebas son nulas, pues consideramos infringido el artículo 18 de la Constitución y el artículo 90 punto 1 de la Ley de Procedimiento Laboral (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), debiendo aplicarse el efecto previsto en el artículo 11 punto 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: la indicada nulidad.

Tercero. Otro aspecto del que discrepa la recurrente de la sentencia es el relativo al salario fijado en sentencia, pretendiendo que se fije en vez de la cantidad de 2.683,33 euros mensuales, incluida la prorrata de pagas de vencimiento periódico superior a un mes, la de 3.108,3 euros.

Tal reforma la plantea por la vía del apartado b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral exclusivamente, cuando es lo cierto que la única prueba que señala al efecto, documental, consiste en unas nóminas y contratos que no reflejan tales cantidades.

Las nóminas reflejan las cantidades fijadas en sentencia y no las que señala la recurrente.

Los contratos aluden a un convenio colectivo de sector, que con carácter provincial, también indicaba la recurrente en los fundamentos de derecho de la demanda, mas sin identificarlo.

Considerando que se refiere al de Oficinas y Despachos de Guipúzcoa, publicado en el BOG de 20 de marzo de 2002, hemos de señalar que la parte debió haber articulado un expreso motivo por la vía del apartado c del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral y explicar el porqué de la diferencia cuantitativa.

Nada de eso hace y se limita a señalar el contenido del artículo 8 del citado convenio, que dice lo que refiere, pero no nos explica ni las operaciones ni las cantidades sobre las cuales debiera llegarse a la cantidad que refleja, por lo que difícilmente podemos llegar a la conclusión que pretende.

Cuarto. Tampoco procede la reforma del hecho probado octavo, que también pretende, pues aparte de que se plantea una versión alternativa que presenta matices irrelevantes con respecto de la judicial en orden a lo que es el resultado del pleito, se cita como documento acreditativo de lo dicho una carta de sanción que nada aporta para la versión alternativa, una papeleta de conciliación elaborada por la propia parte -que tampoco acredita de forma indefectible lo que sostiene- y un acta de juicio ante un Juzgado de lo Social que no consta en autos.

Igualmente intrascendente para el resultado de autos es la reforma que se pretende del hecho probado decimoquinto, aparte de que el documento en el que se apoya solo alude a transferencias, ciertamente hechas desde una cuenta del Banco de Vasconia a otra de otro banco o Caja (manifiesta la recurrente que es Caja Laboral Popular) por el concepto de nóminas exclusivamente, aunque la impugnante si que parece referirse a que hubo tal rechazo a la percepción del finiquito, sin mas.

Quinto. Lo que si que procede es que, en lógica consecuencia, con lo expuesto en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, se anulen o modifiquen los hechos probados de la sentencia que dan por probada la imputación empresarial en base a aquellas pruebas ilegales por tanto, se accede a suprimir los hechos probados sexto, séptimo y duodécimo, y la modificación noveno, décimo y undécimo, en los términos en que pide la recurrente, sin que sea necesario añadir el hecho probado que pretende, donde se pretende señalar que no se ha probado la imputación empresarial, pues si no consta la misma en hechos probados es porque partimos de que no se ha probado de forma distinta que aquella prueba considerada ilegal.

Sexto. Siguiendo la doctrina sentada implícitamente en la sentencia de Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre (LA LEY JURIS. 2437/2004) (basada en la teoría del fruto podrido del árbol podrido), procede declarar nulo el despido disciplinario actuado en base a una imputación pretendida sobre pruebas atentatorias a derechos fundamentales y libertades públicas, dado lo señalado en el artículo 55 punto 5 del Estatuto de los Trabajadores.

Séptimo. Habiendo obtenido la recurrida sentencia a su favor ante el Juzgado, el carácter revocatorio de la presente sentencia, no lleva la imposición de las costas procesales, dada la interpretación que, para estos casos, hace la Sala Cuarta del Tribunal Supremo [entre otras 21 de enero de dos mil dos (LA LEY JURIS. 5667/2002) y 17 de julio de mil novecientos noventa y seis (LA LEY JURIS. 8715/1996), recursos 176/01 y 98/96].

Vistos los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

Fallo

Que estimamos parcialmente el recurso de suplicación formulado en nombre y representación de don Adolfo contra la sentencia de fecha treinta de enero de dos mil seis, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Donostia-San Sebastián en el proceso 855/05 seguido ante el mismo y en el que también es parte Diana Tecnología, S.L.

En su consecuencia, declaramos la nulidad del despido de demandante actuado por la demandada en fecha veintisiete de octubre de dos mil cinco, condenando a dicha demandada a estar y pasar por tal declaración y a readmita al demandante en idénticas condiciones laborales a las que regían con anterioridad a su despido y le abone los salarios de tramitación devengados hasta que se produzca la misma, a razón de 89,44 euros por día, salvo que éste hubiese iniciado proceso de incapacidad temporal, en cuyo caso no cobrará dichos salarios durante el periodo que haya durado tal proceso o en el caso de que haya encontrado otro trabajo, en cuyo caso solo tendrá derecho a percibir la diferencia entre tal cantidad y la cantidad que obtenga en tal nuevo trabajo, si fuese menor.

Cada parte deberá abonar las costas de este recurso que hayan sido causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fecha artículo: mié 29 nov 2006 07:00:00 CET

Cristino Martos, 4  
28015 Madrid

Tel 91 540 92 82 Fax 91 548 28 10  
[comfia@comfia.ccoo.es](mailto:comfia@comfia.ccoo.es)