



Roj: STS 4686/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4686  
Id Cendoj: 28079110012015100611  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 899/2014  
Nº de Resolución: 609/2015  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA  
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

**Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán**

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº: 609/2015**

**Fecha Sentencia** : 12/11/2015

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL**

**Recurso Nº** : 899/2014

**Fallo/Acuerto:** Sentencia Estimando

**Votación y Fallo:** 21/10/2015

**Ponente Excmo. Sr. D.** : Rafael Sarazá Jimena

**Procedencia:** AUD.PROVINCIAL de Barcelona, SECCIÓN N. 14

**Secretaría de Sala** : Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

**Escrito por** : ACS

**Nota:**

Demanda de vulneración de derechos fundamentales a la protección de datos de carácter personal y al honor. Comunicación de datos personales que puede dificultar la búsqueda de empleo. Carga de la prueba.

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.:** 899/2014

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Rafael Sarazá Jimena

**Votación y Fallo:** 21/10/2015

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**SENTENCIA Nº: 609/2015**

**Excmos. Sres.:**

**D. Francisco Marín Castán**

**D. Ignacio Sancho Gargallo**

**D. Francisco Javier Orduña Moreno**

**D. Rafael Sarazá Jimena**

**D. Pedro José Vela Torres**

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Humberto , representado ante esta Sala por el procurador D. Fernando García de la Cruz Romeral, y asistido por la letrada D<sup>a</sup> María Eloísa Marín Varela, contra la sentencia núm. 404/2013 dictada el dieciocho de julio de dos mil trece, por la Sección Catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 248/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 527/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Manresa, sobre derecho al honor. Ha sido parte recurrida "Construcciones de las Conducciones del Sur S.A., Cotronic, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Luis Amado Alcántara y asistida por el letrado D. Manuel González Molina. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia.

**PRIMERO** .- La procuradora D<sup>a</sup> María Soledad López García, en nombre y representación de D. Humberto , interpuso demanda de juicio ordinario contra "Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A." en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declarara: 1.- La vulneración por parte de "Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A." de los derechos fundamentales a la propia imagen y al derecho al honor del Sr. D. Humberto ; 2.- El derecho de D. Humberto al control sobre sus datos personales; 3.- Se acordara la cancelación de todos los datos obrantes en los archivos de "Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A." ordenándose el inmediato bloqueo del veto realizado, a excepción de la conservación y disposición de las Administraciones Públicas, Juzgados y Tribunales, para atender a las posibles responsabilidades derivadas de su tratamiento durante el término de prescripción; 4.- Se condenara a "Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A." a indemnizar al demandante en seiscientos cincuenta y tres mil trescientos diez euros con cincuenta y seis céntimos (653.310,56 #) más el interés que legalmente proceda computar desde el día 28/12/2007 hasta su total abono; 5.- Se condenara a "Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A." al pago de las costas procesales.

**SEGUNDO**.- La demanda fue presentada el 28 de junio de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Manresa y fue registrada con el núm. 527/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada y del Ministerio Fiscal.

**TERCERO**.- El Ministerio Fiscal con fecha 27 de octubre de 2011, contestó a la demanda como parte interviniente en el proceso.

La procuradora D<sup>a</sup> Sheila Herrero Sanabria, en representación de "Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] *dictar sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con imposición de las costas procesales, por su manifiesta temeridad y mala fe*».

**CUARTO**.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado- juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Manresa, dictó sentencia de fecha doce de noviembre de dos mil doce , con la siguiente parte dispositiva:

« *Se desestima la demanda presentada por D. Humberto , contra Construcciones de las Conducciones del Sur, imponiendo las costas a la parte demandante* ».

### Tramitación en segunda instancia.

**QUINTO**.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por D. Humberto . "Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A." se opuso al recurso interpuesto de contrario. El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 248/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 404/2013 en fecha dieciocho de julio de dos mil trece , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

« **FALLAMOS** : 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Humberto .

» 2.- *Confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Manresa en fecha 12 de noviembre de 2012 .*

» 3.- *Interponer al apelante las costas derivadas de la apelación ».*

**Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.**

**SEXTO.-** La procuradora D<sup>a</sup> Lina Atset Tormo, en representación de D. Humberto , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- *Al amparo del art. 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y mediante el mismo, se denuncia la vulneración de los arts. 217.6 y 217.7 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil por cuanto la sentencia recurrida aplica erróneamente la distribución de la carga de la prueba, atribuyendo a la demandante la obligación de probar el contenido de las comunicaciones habidas entre demandada y Telefónica».*

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y mediante el mismo se denuncia la infracción de los arts. 14 y 18 CE , al existir a partir de los hechos probados de la sentencia recurrida una clara vulneración del derecho a la intimidad y al honor del Sr. D. Humberto .

Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y mediante el mismo se denuncia la infracción de los arts. 14 y 18 de la CE , al vulnerarse lo dispuesto en los arts. 4.2 , 4.5 , 6.1 , 11.1 , 15.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal , generándose una clara vulneración del derecho a la intimidad y al honor de Sr. Humberto ».

**SÉPTIMO.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha dos de diciembre de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es como sigue: «1º) *Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Humberto , contra la sentencia dictada, en fecha 18 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), en el rollo de apelación nº248/2013 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 527/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Manresa.*

»2º) *Y entréguense copias del escrito de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría; transcurrido dicho plazo, y a los mismos fines, dese traslado al Ministerio Fiscal».*

**OCTAVO.-** Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

**NOVENO.-** Por providencia de 7 de septiembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 21 de octubre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena** , Magistrado de Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Antecedentes del caso.**

1.- D. Humberto interpuso una demanda contra "Construcciones de las Conducciones del Sur (Cotronic), S.A." (en lo sucesivo, Cotronic), en la que solicitaba que se declarasen vulnerados sus derechos al honor y a la propia imagen, así como a la protección de sus datos personales, se ordenase la cancelación de todos los datos personales referidos a él existentes en los archivos de Cotronic y se condenara a esta a indemnizarle en 653.310,56 euros, que resultaba de multiplicar su sueldo base por los 374 meses que mediaban entre que fue despedido por Cotronic y la finalización de su vida laboral.

Los hechos en los que basaba su demanda eran, sintéticamente, que en noviembre de 2009 fue despedido por Cotronic, empresa subcontratista de "Telefónica, S.A." (en lo sucesivo, Telefónica), acusado de haber cobrado cien euros a un cliente por una actuación que debía ser gratuita. Formuló demanda contra dicho despido, que fue declarado improcedente por no estar probados los hechos imputados al trabajador, y la empresa optó por indemnizarle y extinguir el vínculo laboral.

Tras realizar varias entrevistas de trabajo en el sector de las telecomunicaciones, sin lograr ser contratado, fue entrevistado en la empresa "Instalaciones de Tendidos Telefónicos (Itete), S.A." (en lo sucesivo, Itete) y pasó incluso el reconocimiento médico, pero dicha empresa le manifestó que no podía contratarlo porque estaba vetado por Telefónica, al haber sido incorporado a un fichero de personal calificado como trabajador conflictivo, por los hechos motivadores del despido que la sentencia del Juzgado de lo Social consideró que no estaban probados. Seguía manifestando el demandante que, a través del comité de empresa de Telefónica, supo que estaba vetado a petición de Cotronic, lo que imposibilitaba su contratación por cualquier empresa que trabajara para Telefónica.

**2.-** Cotronic se opuso a la demanda. Alegó que una vez finalizada su relación laboral con el demandante, lo comunicó a Telefónica para que cancelaran la tarjeta expedida por esta a favor del demandante, pero negó que hubiera comunicado otros datos personales a Telefónica, en concreto los relacionados con las causas del despido.

**3.-** El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Pese a que en su declaración testifical un miembro del comité de empresa de Telefónica mostró su convencimiento, derivado de su experiencia, de que existía ese fichero de trabajadores vetados, la sentencia consideraba que no había prueba de la existencia de ese fichero o de que el demandante estuviera incorporado al mismo. Declaraba también la sentencia que el director de recursos humanos de Itete, en su declaración testifical, manifestó no tener conocimiento de que Telefónica hubiera vetado al demandante, ni tenía constancia de que Telefónica tuviera un fichero de personas conflictivas, si bien no pudo concretar por qué no se contrató al demandante, por lo que, consideraba la sentencia, la existencia del veto alegado por el demandante no era más que una hipótesis.

**4.-** El demandante apeló la sentencia.

La Audiencia Provincial desestimó su recurso. Centró la cuestión en determinar si la comunicación realizada por Cotronic cuando finalizó la relación laboral con el demandante se limitó a facilitar a Telefónica los datos personales del demandante consistentes en nombre, apellidos, DNI, fechas de alta y baja en la empresa y una fotografía, a fin de que se cancelara la tarjeta expedida por Telefónica a favor del demandante para que pudiera desarrollar su trabajo, lo cual estaría amparado por el art. 11.c de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo, LOPD), o si esa comunicación contenía otra información, en concreto la relativa al carácter conflictivo del trabajador, lo que habría posibilitado su inclusión en un fichero de trabajadores conflictivos que impediría que fuera contratado por empresas que trabajaran para Telefónica.

Sobre esta cuestión, la sentencia de la Audiencia consideró que en el proceso no existía prueba adecuada de los hechos alegados por el demandante, puesto que el director de recursos humanos de Itete negó que la causa de que no se contratara al demandante fuera estar vetado por Telefónica, y el testimonio del miembro del comité de empresa de Telefónica, que manifestó su convencimiento en la existencia de un fichero de trabajadores conflictivos, resultaba insuficiente para acreditar tales hechos.

Por ello, concluyó, por aplicación del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la falta de prueba de la actuación imputada a Cotronic, en la que se basaban las pretensiones formuladas en la demanda, debía perjudicar al demandante.

La sentencia contó con el voto particular de uno de los magistrados que integraban el tribunal, que mostró su disconformidad con la aplicación de las reglas de la carga de la prueba realizada por la sentencia mayoritaria, puesto que Cotronic tenía la facilidad probatoria sobre los términos en que comunicó a Telefónica la baja laboral del demandante. Al no haber aportado al litigio la comunicación que remitió a Telefónica, la aplicación de las reglas de la carga de la prueba debía perjudicarle, y por tal razón debía considerarse que la demandada comunicó a Telefónica la baja del actor con indicación de los hechos relacionados con las causas de su despido, que podían producir un efecto discriminatorio. Por ello consideró que la sentencia debió apreciar la intromisión alegada en la demanda.

**5.-** El demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia, que ha sido admitido por la vía del art. 477.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Recurso extraordinario por infracción procesal.****SEGUNDO.- Formulación del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.**

1.- El único motivo de recurso extraordinario por infracción procesal que se formula denuncia la vulneración de los apartados 6 y 7 del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- La infracción consistiría en la aplicación errónea de las reglas de la carga de la prueba. Argumenta el recurrente que la cuestión debatida en el recurso afecta al ámbito de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución y consiste en si Cotronic comunicó a Telefónica datos referidos a la cesación de la relación laboral, que afectarían a la intimidad del trabajador y pudieran condicionar el futuro laboral del demandante, suponiendo una auténtica discriminación por su inclusión en una "lista negra". El contenido oprobioso de la comunicación de información personal del trabajador haría de esta un hecho clandestino al que resultaría muy difícil, por no decir imposible, acceder al trabajador, lo que obligaría a un equilibrio ponderado de la carga de la prueba.

Dado que Cotronic ha reconocido que transmitió a Telefónica información relativa al demandante cuando cesó la relación laboral entre ambos, correspondía a Cotronic probar el alcance de tal cesión de datos. Al no haberlo hecho así, la Audiencia Provincial habría vulnerado el principio de facilidad probatoria que informa la aplicación de las reglas de la carga de la prueba.

3.- Cotronic se opuso al motivo del recurso, negando la existencia del fichero de trabajadores conflictivos.

El Ministerio Fiscal informó en el sentido de considerar la impugnación formulada en el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, puesto que Cotronic pudo aportar las comunicaciones hechas a Telefónica que hubieran despejado las dudas sobre lo afirmado por el demandante en su demanda y por el testigo miembro del comité de empresa en su declaración testifical.

**TERCERO.- Decisión de la Sala. La carga de la prueba en determinados litigios sobre vulneración de derechos fundamentales.**

1.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda por aplicación de las reglas de la carga de la prueba, al considerar que el demandante no había probado suficientemente que Cotronic hubiera comunicado a Telefónica las causas del despido, de modo que Telefónica pudiera "vetar" al demandante mediante su inclusión en un fichero de trabajadores conflictivos. Por ello, consideraron que correspondía al demandante la prueba de estos extremos, y que la falta de una prueba suficiente sobre los mismos debía perjudicarlo, lo que se traduciría en la desestimación de su demanda.

2.- Como cuestión previa, debe precisarse que la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes, sin perjuicio de que sus reglas y principios rectores puedan servir de advertencia a las partes sobre la conveniencia de proponer prueba sobre ciertos extremos, ante el riesgo de ver desestimadas sus pretensiones si los mismos no resultan probados.

La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7 del Código Civil , al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. Estas reglas toman en consideración la posición que en el litigio ocupe la parte interesada en la prueba de los hechos, la relación que tenga la parte con las fuentes de la prueba, la naturaleza de los hechos mismos, y la naturaleza del litigio.

Solo se produce la infracción de las normas que regulan la carga de la prueba si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en los distintos apartados del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia.

Por tanto, con independencia de su éxito o fracaso, es pertinente en este caso la alegación de la infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba puesto que el litigio ha sido decidido no porque se hayan considerado probados determinados extremos que desvirtúen los hechos en que se apoya la demanda,

sino por atribuir al demandante las consecuencias negativas de la insuficiencia de prueba sobre los hechos fundamentales objeto del litigio.

**3.-** El recurso plantea la cuestión de la carga de la prueba en determinados litigios sobre derechos fundamentales, referidos en concreto al ámbito del acceso al empleo. En este campo, una legislación que establezca un nivel alto de protección frente a conductas discriminatorias y, en general, frente a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales en el plano sustantivo puede ser ineficiente si las acciones frente a la violación de los derechos fundamentales fracasan por problemas atinentes a la insuficiencia de prueba, esto es, son rechazadas sistemáticamente porque los tribunales consideren que el demandante no ha probado los hechos determinantes de la vulneración del derecho fundamental.

En multitud de casos, es la empresa o la Administración pública demandada la que tiene un mayor acceso a la fuente de la prueba, porque se trata del empleador al que se acusa de haber realizado un despido discriminado, de negar el acceso al empleo por razones que suponen un vulneración de un derecho fundamental, o, como en este caso, de haber comunicado a otra empresa datos personales del trabajador (en concreto, las causas del despido, que fueron declaradas no probadas en el juicio por despido que se siguió) con lo que se posibilitaría la formación de "listas negras" que dificultaran el acceso del trabajador a un empleo.

Por eso se ha considerado muy importante configurar las reglas de la carga de la prueba de modo que la protección judicial de los derechos fundamentales pueda ser efectiva.

**4.-** La cuestión planteada en el recurso afecta a materias muy sensibles desde el punto de vista de los derechos fundamentales, en el campo del acceso al empleo, como son las llamadas "listas negras".

Existen diversos informes de organismos públicos, entre los que destacan el Informe Jurídico núm. 2010/0201 de la Agencia Española de Protección de Datos y el documento de trabajo sobre las listas negras elaborado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada, creado en virtud de lo previsto en el citado artículo de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de 3 de octubre de 2002, que se refieren a la problemática existente sobre las llamadas "listas negras", esto es, ficheros de datos personales formados mediante « *la recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, elaborada de conformidad con determinados criterios dependiendo del tipo de lista negra en cuestión, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma, que pueden consistir en discriminar a un grupo de personas al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio o dañar su reputación* », entre las que destacan las que incluyen datos sobre la

*« causa de suspensión o extinción de la relación laboral, existencia de reclamaciones judiciales contra la empresa efectuadas por el trabajador, así como si es susceptible de nueva contratación en función de respuestas a preguntas que no se concretan, extremos estos últimos que pueden afectar negativamente a la reputación del trabajador y a su futura empleabilidad ».*

Al tratarse de ficheros de datos personales formados sin el consentimiento de los afectados, en tanto no les fuera aplicable ninguna de las excepciones del art. 11.2 LOPD, la cesión de datos que se hiciera para la formación de tales ficheros sería ilícita, vulneraría el derecho fundamental a la protección de los datos personales y, si los datos objeto del tratamiento ilícito pudieran dañar el honor o la intimidad de los afectados, también constituiría una vulneración de estos derechos fundamentales de la personalidad.

**5.-** El Tribunal Constitucional, siguiendo las directrices marcadas por diversas Decisiones del Comité de Libertad Sindical y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, abordó en sus sentencias 26/1981, de 17 de julio, y 38/1981, de 23 noviembre, la cuestión de la carga de la prueba en los despidos antisindicales, sentando una doctrina que sentencias posteriores (entre otras, 21/1992, de 14 de febrero, y 98/2003, de 2 de junio) extendieron a otros supuestos de conducta vulneradora de derechos fundamentales.

Con arreglo a esa doctrina, cuando se alegue que una determinada medida, aparentemente inocua desde el punto de vista de los derechos fundamentales, encubre en realidad una actuación lesiva de tales derechos, incumbe al autor de la medida probar que su actuación no es vulneradora del derecho fundamental en cuestión (SSTC 136/1996, de 23 de julio, 87/1998, de 21 de abril, 29/2000, de 31 de enero, 114/2002, de 20 de mayo, y 98/2003, de 2 de junio, entre otras).

Ahora bien, también ha declarado el Tribunal Constitucional que para que se produzca este desplazamiento de la carga de la prueba no basta simplemente con que el demandante tache la medida de lesiva a sus derechos fundamentales, sino que, además, ha de acreditar la existencia de indicios que generen

una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato ( SSTC 136/1996, de 23 de julio , 48/2002, de 25 de junio , y 98/2003, de 2 de junio ). Solo cuando esto último sucede, la parte demandada asume la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para considerar que su actuación no ha sido lesiva de los derechos fundamentales del demandante ( STC 21/1992, de 14 de febrero , y 98/2003, de 2 de junio ), y destruir así la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios ( STC 74/1998, de 31 de marzo , y 98/2003, de 2 de junio ).

Naturalmente, no se trata de exigir al demandado la prueba de un hecho negativo, la no lesión del derecho fundamental ( SSTC 266/1993, de 20 de septiembre , y 214/2000, de 29 de octubre ), sino la prueba del ajuste a las exigencias constitucionales de su actuación y, en concreto, cuando lo que se denuncia es una actuación discriminatoria, que justifique « *la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito (contrario a la igualdad)* » ( SSTC 197/1990, de 29 de noviembre , 17/1996, de 7 de febrero , y 98/2003, de 2 de junio ).

**6.-** Esta línea jurisprudencial se tradujo en la previsión en la base 19.4 de la Ley 7/1989, de 12 abril, de Bases del Procedimiento Laboral, de que « *en aquellos procesos en los que el demandante alegue discriminación por razón de sexo, corresponderá siempre al demandando la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, a través de los medios de prueba que considere convenientes* ».

El legislador de los textos refundidos de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 y 1995 extendió esta previsión no sólo a la tutela antidiscriminatoria sino también a la tutela frente a la vulneración de la libertad sindical y, por remisión, de cualquier derecho fundamental.

El art. 96.1 de la vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social , hizo extensiva esta regla sobre la carga de la prueba a « *aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública* ».

**7.-** Sobre la base de la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas y de la constatación de un mayor poder del demandado sobre la prueba en una generalidad de casos, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y de otra parte respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, del empleado público o de quien simplemente busca acceder a un empleo, el legislador, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, ha establecido las reglas sobre la carga de la prueba en los supuestos de discriminación y de vulneración de otros derechos fundamentales, para lograr un reequilibrio de las posiciones de las partes frente al dominio de la prueba de una de ellas, teniendo en cuenta las dificultades o facilidades probatorias de que las partes disponen.

El demandante en este tipo de litigios sobre vulneración de derechos fundamentales no queda liberado de realizar toda actividad probatoria. Por el contrario, ha de probar lo que ha sido calificado como "indicios racionales" o "principio de prueba". Una vez que el demandante ha realizado esa actividad, el demandado (empresario, Administración, etc.) deberá destruir la presunción, bien realizando "contraprueba" que destruya la base fáctica de la demanda, bien justificando que existe una causa justificadora de su actuación ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales.

**8.-** La trascendencia de estas reglas ha traspasado el ámbito del proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales para pasar a ser un criterio de distribución de la carga de la prueba aplicable en otras jurisdicciones, en determinados litigios sobre vulneración de derechos fundamentales.

Así, el desarrollo que la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha realizado de las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ha extendido estas reglas sobre carga de la prueba a los procesos civiles y contencioso-administrativos en los que se pida la tutela frente a actuaciones discriminatorias por razón del origen racial o étnico, o bien por razón de la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas en materias relativas al acceso al empleo, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio

profesional y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta.

La disposición adicional 5.3 de la Ley Orgánica núm 3/2007, de 22 de marzo , añadió al art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil un nuevo apartado 5, conforme a cuyo primer párrafo « *[d]e acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad* ».

**9.-** Si bien dicha doctrina tiene su principal campo de aplicación en los litigios que versan sobre actuaciones discriminatorias, los principios que la inspiran son aplicables también a otros supuestos, con frecuencia relacionados con el ámbito del acceso al empleo, en los que se acciona con base en una alegada vulneración de derechos fundamentales y en los que puede apreciarse una dificultad probatoria para el demandante, por razón de su alejamiento de las fuentes de la prueba y los obstáculos con que se encuentra para acceder a ellas, mientras que, por el contrario, el demandado se encuentra en una situación de mayor proximidad a tales fuentes de las pruebas que le facilitan probar los hechos que desvirtúan las alegaciones del demandante. En tales casos, si existen indicios de que la actuación del demandado ha podido lesionar los derechos fundamentales del demandante, la falta de prueba de hechos y circunstancias que desvirtúen estos indicios de conducta lesiva de los derechos fundamentales, cuando pueda considerarse que la parte demandada tenía a su disposición las fuentes de la prueba de tales hechos, ha de afectar negativamente a la parte demandada, permitiendo la estimación de las pretensiones del demandante. Han de aplicarse en estos casos los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria del art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que deben preponderar sobre el criterio tradicional de atribuir al demandante la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión.

**10.-** En el presente caso, puede considerarse que el demandante había aportado al proceso indicios de que una conducta lesiva para sus derechos fundamentales podía haberse producido, en concreto, la cesión por parte de Cotronic de los datos personales del demandante asociados con una conducta lesiva para su honor (haber incurrido en una conducta contraria a la buena fe contractual por haber intentado cobrar a un cliente por una actuación por la que no tenía derecho a realizar tal cobro). Tales indicios son la declaración del miembro del comité de empresa de Telefónica que afirmó su convicción sobre la existencia de un fichero de trabajadores conflictivos formado no solo con los datos de Telefónica, sino también con las comunicaciones de empresas subcontratistas; el hecho de que el demandante, tras ser despedido de Cotronic, llevaba varios meses sin encontrar empleo; y el hecho de que tras pasar la entrevista de trabajo y ser sometido incluso a reconocimiento médico, no fuera finalmente contratado por Itete, sin que el director de recursos humanos de esta empresa, al declarar en el juicio, supiera precisar por qué no se le había contratado.

**11.-** Ciertamente, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial, se trata de elementos probatorios insuficientes por sí solos para acreditar la vulneración de los derechos fundamentales del demandante. Pero delimitan un escenario en el que existen indicios serios de que pudo haber una cesión de datos personales susceptible de obstaculizar su acceso al empleo, en el que al demandante le es muy difícil, cuando no imposible, acceder a una prueba más completa de los hechos fundamentadores de su pretensión, mientras que la parte demandada tiene una absoluta cercanía con la fuente de la prueba que le permitiría practicar prueba con la que rebatir de un modo claro esos indicios, como es, por ejemplo, la prueba relativa al contenido de la comunicación que reconoce hizo llegar a Telefónica, en la que el demandante alega que se hizo una comunicación ilícita de datos personales (los relativos a las causas de su despido, desvirtuadas en el juicio seguido ante el Juzgado de lo Social) y la demandada alega que se limitó a comunicar nombre, apellidos, DNI y fechas de alta y baja, para que se cancelara la tarjeta facilitada por Telefónica.

Al no haber aportado la prueba del contenido de la comunicación que reconoce realizó a Telefónica cuando terminó la relación laboral con el demandante, el carácter dudoso de los hechos litigiosos no debe perjudicar al demandante, sino a la demandada, que tenía la disponibilidad y facilidad de la prueba, conforme prevé el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que ha de ser la regla aplicable, y no la del art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , como ha aplicado la sentencia recurrida. Así lo exige la protección efectiva de los derechos fundamentales en una situación como la que es objeto del litigio, en línea con la jurisprudencia constitucional y con las previsiones legales a que se ha hecho referencia.

**12.-** Una solución distinta traería como consecuencia que la protección de los derechos fundamentales al honor y a la protección de datos, en un ámbito de acceso al empleo como es el que se contempla en este litigio, cuando concurren indicios razonables de que ha podido producirse una vulneración de estos derechos, quedaría circunscrita a su reconocimiento formal, pero carecería de eficacia práctica ante las dificultades

probatorias que para el afectado supone acreditar de modo suficiente y adecuado los hechos constitutivos de la vulneración, por su lejanía de la fuente de la prueba.

**CUARTO.- La vulneración de los derechos fundamentales del demandante. Medidas de protección y de reparación de la vulneración producida.**

1.- Constatada la infracción procesal producida por una incorrecta aplicación de las reglas de la carga de la prueba, la Sala ha de asumir la instancia y resolver el recurso de apelación, tomando en consideración lo alegado por el demandante en su recurso de casación.

Una vez fijada como base fáctica de la que debe partirse para resolver el litigio la consistente en que Cotronic comunicó a Telefónica datos personales del demandante, relativos a las causas por las que había resultado despedido, ha de considerarse que tal cesión de datos fue ilícita, porque no contó con el consentimiento del afectado, no resultaba amparada en ninguno de los supuestos en los que el art. 11.2 LOPD exime de la exigencia de consentimiento del afectado para que la cesión sea lícita, y, además, no respetaba el principio de calidad de datos pues los datos cedidos no eran veraces (la sentencia del Juzgado de lo Social los había considerado como no acreditados) y no se concedía al demandante la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, regulados en los arts. 15 a 17 LOPD .

Por tanto, se vulneró el derecho fundamental del demandante a la protección de sus datos de carácter personal. Como hemos declarado en sentencias como las núm. 12/2014, de 22 de enero , y 267/2014, de 21 de mayo, el Tribunal Constitucional , desde sus primeras sentencias sobre esta cuestión, consideró que el art. 18.4 de la Constitución consagra tanto una institución de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, como también un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos. La STC 292/2000, de 30 de noviembre , definió el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal como « *un derecho o libertad fundamental [...] frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de las personas provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos lo que la Constitución llama la informática* ».

Esta infracción de la normativa sobre protección de datos produjo, a su vez, una vulneración del derecho al honor del demandante, pues los datos comunicados no cumplían el requisito de la veracidad y afectaban negativamente a su reputación.

No se ha producido, por el contrario, una vulneración del derecho a la propia imagen, puesto que el mismo no ha resultado afectado por la actuación de la demandada, dado que no puede confundirse la "imagen" en cuanto a reputación y buena consideración que los demás tengan de uno mismo, que es protegida por el derecho al honor, con los aspectos de la personalidad que son protegidos por el derecho fundamental a la propia imagen, que resulta vulnerado, conforme a los apartados 5 y 6 de la Ley Orgánica 1/1982, por la

« *[l]a captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2* » y por la

« *[l]a utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga* », lo que no ha sucedido en el caso objeto del recurso.

2.- Por ello, ha de estimarse la pretensión del demandante de que se declare la existencia de la vulneración en su derecho al honor, puesto que se comunicaron a un tercero hechos inveraces que afectaban negativamente a su reputación, y en su derecho a la protección de datos personales, al haberse cedido sus datos de forma ilícita. El demandante tiene también derecho a que se cancelen sus datos personales que obran en los archivos de la demandada.

3.- El demandante solicita en su demanda una indemnización de 653.310,56 euros, resultante de multiplicar su sueldo base por los 374 meses que mediaban entre que fue despedido por Cotronic y la finalización de su vida laboral.

La cuantía de la indemnización solicitada es desproporcionada y no se corresponde con daños que hayan resultado acreditados. Parte de la idea de que la cesión ilícita de datos hecha por Cotronic supone la "muerte laboral" del demandante, que se vería así impedido de encontrar cualquier trabajo en los más de treinta años que le restaban de vida laboral. Se trata de una conclusión a todas luces excesiva, a la vista de la edad del trabajador, de su cualificación, y del hecho notorio de que no solo existen otros sectores laborales en

los que puede encontrar empleo, sino que incluso en el sector en el que desempeñaba sus labores, existen otras empresas de telecomunicaciones distintas de Telefónica y sus subcontratas.

No obstante, la vulneración de su derecho al honor hace que se presuma siempre la existencia de perjuicio ( art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 , de 5 de mayo), y en concreto, de un daño moral por la afectación de la reputación y consideración, propia y ajena, del demandante.

Asimismo, la vulneración de su derecho a la protección de datos de carácter personal otorga al afectado el derecho a la indemnización de los daños que la vulneración le produzca ( art. 19.1 y 3 LOPD ). En el caso enjuiciado, una cesión de datos personales como la que es objeto de la demanda dificulta la consecución de un nuevo empleo por el afectado, y de hecho cuando interpuso la demanda, el demandante llevaba varios meses de búsqueda infructuosa de empleo.

Tanto en un caso como en otro (perjuicio causado por la vulneración del derecho al honor, incluido el daño moral, y daños patrimoniales derivados de la cesión ilícita de datos personales), la cuantificación exacta de la indemnización resulta difícil. Pero esta dificultad no puede constituir un obstáculo insalvable para la efectiva protección de los derechos fundamentales del demandante. Por ello, procede fijar estimativamente una indemnización que se considere adecuada a las circunstancias concurrentes (naturaleza de los datos cedidos, ámbito de difusión, dificultades para encontrar un nuevo empleo), y a tal efecto, se considera adecuada una indemnización de 30.000 euros.

4.- El carácter controvertido de la procedencia de la indemnización, que ha dado lugar incluso a dos sentencias desestimatorias en las instancias, determina que solo se devengarán intereses desde la fecha de esta sentencia, al tipo previsto en el art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

#### **QUINTO .- Costas**

La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, y la estimación parcial del recurso de apelación y de la demanda que ello conlleva, determina que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las de ninguna de ambas instancias ni de las ocasionadas por los recursos extraordinarios, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### **FALLAMOS**

1- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Humberto , contra la sentencia núm. 404/2013 dictada, en fecha dieciocho de julio de dos mil trece, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección catorce .

2.- Anular la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, asumiendo la instancia, estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Humberto , contra la sentencia de doce de noviembre de dos mil doce del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Manresa , que revocamos. Estimamos en parte la demanda formulada por D. Humberto contra "Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A.", por lo que:

2.1.- Declaramos vulnerados por "Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A. (Cotronic, S.A.)" los derechos fundamentales al honor y a la protección de datos de carácter personal de D. Humberto .

2.2.- Acordamos la cancelación de los datos personales de D. Humberto que obren en los archivos automatizados de "Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A. (Cotronic, S.A.)".

2.3.- Condenamos a "Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A. (Cotronic, S.A.)" a indemnizar a D. Humberto en 30.000 euros.

3.- No procede imposición de costas de ninguna de las instancias ni de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marín Castán.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Sarazá Jimena.- Pedro José Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO.



PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Sarazá Jimena, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ