



Roj: **STSJ PV 1118/2012 - ECLI: ES:TSJPV:2012:1118**

Id Cendoj: **48020340012012101051**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2012**

Nº de Recurso: **831/2012**

Nº de Resolución: **1072/2012**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: 831/12

N.I.G. 20.05.4-11/003273

SENTENCIA Nº:

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a diecisiete de abril de dos mil doce

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos.Sres. D. MANUEL DIAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presiente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por INBERLEK GESTION S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de DONOSTIA de fecha uno de Diciembre de dos mil once, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Montserrat frente a **MONTAJES ELECTRICOS NABAR S.L.**, **ZUAZNABAR S.L.** y **INBERLEK GESTION S.L.**.

Es Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D./ña. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. -La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- Montserrat ha prestado servicios para Zuaznabar S.L., posteriormente subrogada por Imberlex Gestión S.L., con la antigüedad reconocida de 29 de mayo de 2001, categoría profesional de oficial administrativo y salario mensual, con prorrata de pagas extras, de 2.550,28 euros.

La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

Las relaciones de trabajo en la empresa se rigen por el Convenio colectivo de trabajo de la Industria siderometalúrgica de Guipúzcoa.

SEGUNDO.- En fecha 5 de agosto de 2011 la empresa notificó a la trabajadora su despido disciplinario con efectos de esa misma fecha cuyo tenor literal es:



"Dña. Montserrat .

Oiartzun, a 5 de agosto de 2011

La dirección de la empresa le comunica que conforme a lo dispuesto en los artículos 54.2 c) y 55 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , así como a lo dispuesto en la normativa convencional de aplicación, ha decidido dar por finalizada la relación laboral por DESPIDO disciplinario con efectos del día de hoy 5 de Agosto de 2011, último día en que usted figurará de alta en nuestra empresa. Las causas que dan lugar a esta decisión son las siguientes:

El inicio de la actuación de la empresa, que ha finalizado mediante la presente carta de despido, se encuentra en el hecho de que usted no estaba realizando con el rendimiento adecuado sus funciones profesionales, y las explicaciones que estaba dando sobre su rendimiento distaban mucho de ser racionales, ante esta situación procedimos a indagar en las actividades que desarrollaba en su horario laboral y en su puesto de trabajo, y nuestra sorpresa fue mayúscula cuando comprobamos los incumplimientos que vamos a señalarle por grupos, y que encajan en la transgresión de la buena fe contractual y faltas de respeto y consideración que justifican su despido:

Incumplimientos consistentes en falta de respeto.

Hemos comprobado, que en las comunicaciones que usted utiliza desde nuestra oficina, en horario laboral y con el ordenador de la empresa se refiere de una manera insultante sobre sus superiores y compañeros de trabajo, utilizando expresiones referidas a menospreciar a su superior, y a tratar de indicar que existe una especie de conjura contra usted.

Todas esas faltas de respeto son realizadas por usted desde su puesto de trabajo, utilizando los medios de la empresa, hablando con gente no relacionada con la empresa ni directa ni indirectamente y además en horario laboral.

En sus comunicaciones realizadas en un periodo que va desde el 11 abril 2011 al 22 Agosto 2011 (de periodos anteriores no tenemos información), usted falta gravemente al respeto al Gerente de la empresa y una compañera de trabajo.

Dicha actitud, además de ser intolerable se produce a espaldas de los mismos y en un entorno calmado, porque hemos de señalarle que por su actividad profesional usted no se encuentra en un entorno sometido a un conflicto constante, como podría ser por ejemplo una obra, en la cual la tensión por realizar el trabajo puede dar lugar en algún momento a alguna discusión subida de tono. Por el contrario, usted se encuentra en una oficina, y aprovecha su acceso a Internet y al correo electrónico para con toda la parsimonia del mundo faltar al respeto a sus superiores y a sus compañeras.

Utilización indebida de los medios de trabajo en horario laboral.

Unido con lo anterior, esta la circunstancia de que durante su jornada laboral, en vez de realizar con la debida diligencia su trabajo, dedica gran parte del tiempo a actividades totalmente incompatibles con el mismo, siendo los ejemplos más gráficos los siguientes:

Todos los días laborables lo primero que usted realiza es dedicar el inicio de la jornada a leer la prensa local de San Sebastian, de León, e informaciones varias ajenas a su labor.

Analiza las bolsas de trabajo existentes en Internet, y en las mismas estudia aquellas que puedan tener relación con su perfil profesional de forma continuada, 02-05-2011 etc.

Ha estado realizando múltiples gestiones familiares, como compras particulares por Internet, análisis de excursiones múltiples, análisis y preparación de cuentas de la sociedad recreativa de la que usted es socia (ZUENA), preparando también las excursiones y salidas de dicha sociedad, etc.

Los anteriores hechos, los ha realizado los siguientes días 22-06-2011, 23-06-2011, etc.

Por si lo anterior no fuera suficiente, usted ha impreso de Internet libros, que desde luego no tienen nada que ver con su actividad profesional. En concreto ha impreso los siguientes libros:

-Dos niñas vestidas de azul. Impreso el día 05-2011

-Aurora Boreal. Impreso el día 8-06-2011 etc

Pero no sólo no se ha contentado con imprimirlos y llevarlos a su domicilio, sino que además ha aprovechado su jornada laboral para leerlos. De hecho, se mecánica consistía en ir imprimiendo partes del libro, por ejemplo 15 hojas, y camuflarlas entre la documentación que tienen en la mesa, y aprovechar los momentos en los que



no había ningún compañero con usted para leerlas, y cuando alguien se acercaba las escondía y aparentaba estar realizando un trabajo.

Después de comprobar todo lo anterior, es por lo que hemos llegado a saber cuales son los motivos de su exiguo rendimiento.

En este sentido, debemos indicar que si por si su comportamiento no fuera lo suficientemente grave, por su actividad y retribución usted era una persona de la entera confianza de nuestra organización, dado que realiza las funciones financieras de la empresa, se ocupaba de las nóminas (incluida la suya) y contratos de la empresa, tenía en su poder las claves bancarias de la empresa...

Con lo anterior, y dada la confianza que se había depositado en usted, el hecho de comprobar las actuaciones que le hemos descrito anteriormente nos ha defraudado profundamente, y nos ha llevado a pensar que el único motivo que ha guiado su actuación en los últimos tiempos ha sido crear un escenario para tratar de obtener un despido improcedente, realizando al respecto alegaciones falsas, y tratando de crear un ambiente enrarecido en la empresa, siendo significativo el hecho de que cuando usted manifiesta que se siente controlada, lo primero que realiza después de dicho hecho es ponerse a leer el libro que ha impreso en la oficina, y por supuesto realizando dicha lectura en horario laboral.

Es por ello, que analizados los hechos realizados por usted su proceder, aparte de decepcionarnos profundamente, implica que nos encontremos ante el motivo de extinción por despido disciplinario recogido en el artículo 54.2 c) y d) del Estatuto de los Trabajadores (trasgresión de la buena fe contractual y falta de respeto). Estando tipificada la sanción para su infracción en el artículo 54 del propio Estatuto.

En este sentido, la trasgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario, ha sido analizada por nuestra jurisprudencia a la hora de enjuiciar el 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores. Y dicha jurisprudencia ha señalado, que esta causa de despido comprende, dentro de la rúbrica general de trasgresión de la buena fe contractual, todas las violaciones de los deberes de conducta y cumplimiento de la buena fe que el contrato de trabajo impone al trabajador (STS 27 octubre 1982), lo que abarca todo el sistema de derechos y obligaciones que disciplina la conducta del hombre en sus relaciones jurídicas con los demás y supone, en definitiva, obrar de acuerdo con las reglas naturales y de rectitud conforme a los criterios morales y sociales imperantes en cada momento histórico (STS 8 mayo 1984); debiendo entenderse contrario a este deber, a la entidad del cargo de la persona que cometió la falta y sus circunstancias personales (STS 20 octubre 1983); pero sin que se requiera para justificar el despido que el trabajador haya conseguido un lucro personal (pese a que el mismo si se ha dado en su caso), ni sea exigible que tenga una determinada entidad el perjuicio sufrido por el empleador, pues simplemente basta que el operario, con intención dolosa o culpable y plena conciencia, quebrante de forma grave y relevante los deberes de fidelidad implícitos en toda prestación de servicios, que debe observar con celo y probidad para no defraudar los intereses de la empresa y la confianza en él depositada (STS 16 mayo 1985)".

En cuanto, a la jurisprudencia relacionada con la falta de respeto a superiores y compañeros, es de sobra conocida por lo que es innecesario citar la misma.

La sanción de despido impuesta, se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal, civil o de otra índole en que pudiera haber incurrido el trabajador con su actuación.

Simultáneamente a la entrega de esta comunicación se pone a su disposición en el domicilio de empresa, el finiquito correspondiente a la fecha de extinción de contrato arriba señalada.

TERCERO.- La actora ha venido prestando servicios para la empresa como oficial administrativo, contabilizaba las facturas que tenían el visto bueno de Luis Pablo o de Apolonia . Entre las 13 horas y las 15 horas se hallaba fuera del horario de trabajo. La actora dispone para su trabajo de un ordenador. La actora no ha sido nunca sancionada, ni advertida con relación a disminución de rendimiento ni con relación a ningún otro incumplimiento.

CUARTO.- La empresa instaló un programa espía durante los meses de abril a agosto 2011 denominado Activity Monitor softactivity, únicamente a la actora, procedimiento que permite el acceso con información detallada sobre lo que hacen los usuarios de la red, así como cuándo y cómo lo hacen. Entre sus características destacan que las bases de **datos** centrales de registros guarda pulsaciones de teclas, registra saltos entre programas con marcación de tiempo, rutas de aplicaciones y nombres de ventanas, sitios Web visitados, correos electrónicos, mensajes instantáneos etc., control de pulsaciones de teclas de cualquier usuario desde la pantalla del ordenador en tiempo real, contraseñas, correos electrónicos, chateos, todo queda a la vista y pasa inadvertido para los usuarios controlados.



QUINTO.- Del citado programa se desprende que desde el citado ordenador -en el periodo comprendido entre mayo y agosto de 2011- se accedió a Internet en horas de trabajo y en algunas a páginas referidas a noticias de prensa, impresión de hojas de libros de Internet, envíos de mensajes de correo electrónico, etc.. La gran mayoría de

los accesos o visitas a Internet se produjeron en horario de trabajo. Los accesos concretos, con mención de la hora en que se produjeron, constan en el ya citado reporte del citado programa, que obra a los folios 257 a 1.200 de autos.

El representante legal de los trabajadores desde noviembre de 2010 no ha sido informado ni notificado de la instalación del citado programa espía a la actora. Tampoco conoce la prohibición del uso de Internet, ni la prohibición de realización de fotocopias, no le consta notificación ni comunicación alguna respecto al uso responsable de Internet, desconoce el documento aportado como número 1 por la empresa. Dicho documento carece de fecha, firma y de recibís por parte de los trabajadores de las empresas codemandadas. Era conducta tolerada por la empresa realizar fotocopias, el acceso a Internet, sin limitación expresa, que no acredita.

Las empresas demandadas tiene el mismo centro de trabajo. El Administrador único de Montajes Eléctricos Nabar, S.L. es Zuaznabar S.L.. El administrador único de Imberlex Gestión S.L. y de Zuaznabar S.L. es Belarmino . No existe coincidencia de objeto social entre ellas.

SEXTO.- Se presentó papeleta de conciliación ante el servicio administrativo competente, celebrándose el acto conciliatorio el día 14 de septiembre de 2011, terminando con el resultado de "sin avenencia".

SEGUNDO. - La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

Que debo estimar como estimo la demanda interpuesta por Montserrat contra Zuaznabar S.L., posteriormente subrogada por Imberlex Gestión S.L. y Montajes Eléctricos Nabar S.L., declarando el despido que efectuado por Imberlex Gestión S.L. es improcedente, condenando a Imberlex Gestión S.L. a que proceda a la inmediata readmisión de Montserrat en las mismas condiciones precedentes al despido o ejercite en su caso la opción indemnizatoria, abonando a la actora en concepto de indemnización la cantidad de 39.206,25 euros, y en todo caso a que abone a Montserrat los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia a razón de 85 euros diarios, y absolviendo a Zuaznabar S.L. y Montajes Eléctricos Nabar S.L. de los pedimentos de la demanda.

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Sentencia de Instancia ha estimado la pretensión de la trabajadora demandante declarando improcedente el despido disciplinario ocurrido el 5-08-2011 en el que se imputaba a la trabajadora, con categoría profesional de oficial administrativo y antigüedad del 29-05-2001, unos incumplimientos consistentes en falta de respeto y utilización indebida de los medios de trabajo en horario laboral (ordenador, internet, correo electrónico...), comprobados mediante la instalación de un programa espía del que no existe información ni notificación a los representantes de los trabajadores ni a la concreta trabajadora. La Juzgadora de Instancia deja claro de forma expresa que no existe un conocimiento de prohibición del uso de internet o de realizar fotocopias, siendo que se trata de una conducta tolerada por la empresarial sin limitaciones expresas, por ello considera nula la prueba al afectar al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que no atiende al reconocimiento de la petición del grupo empresarial y su solidaridad.

Disconforme con tal resolución de Instancia la empresarial Inberlek Gestión S.L. plantea recurso de suplicación articulando un inicial motivo de revisión fáctica invocando el párrafo b) del art. 193 LRJS (aun cuando atendiendo a la fecha de la resolución de Instancia siga siendo de aplicación la LPL y no la LRJS), al que se suma un último motivo jurídico siguiendo el párrafo c) del mismo artículo y texto que pasamos a analizar.

SEGUNDO. -El motivo de revisión fáctica esgrimido al amparo del artículo 191 b) de la LPL exige recordar que el proceso laboral delimita, desde la Ley de Bases 7/89, la exigencia de un Recurso de Suplicación como medio de impugnación extraordinario propio de una única instancia con cierta naturaleza casacional que solo puede interponerse por motivos tasados, expresos y circunstanciados sin que el Tribunal pueda acceder al examen, con modificación de la resolución de instancia, mas que cuando exista un error en la apreciación de los medios de prueba que consten en el procedimiento, ya sea positivamente, por recoger hechos contrarios a los que se desprenden de la actividad probatoria, o negativamente, por omisión de tales que del mismo modo se desprenden de dichas pruebas. Además el padecimiento del error debe ser palpable y evidente, con trascendencia en el Fallo y variación del procedimiento, y por lo mismo con independencia de su certeza o veracidad.



La revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación pero, en todo caso, evidenciándose las pruebas documentales o periciales que obrando en autos, y siendo concretamente citadas por el recurrente, son base para descubrir, al margen de cualesquiera otros medios probatorios, la infracción normativa de que deriva.

Así respecto de la prueba documental el éxito de la motivación fáctica del recurso extraordinario exige que los documentos alegados sean concluyentes, decisivos y con poder de convicción o fuerza suficiente para dejar de manifiesto el error del Magistrado de instancia, sin lugar a dudas.

En lo que respecta a la prueba pericial, y al margen de la discrecionalidad o apreciación libre del Magistrado de instancia, tan sólo el desconocimiento o ignorancia de su existencia, o la contradicción por emisión de variados informes o dictámenes, hacen que el sentido de la apreciación pueda ser contradictorio permitiendo a la Sala la valoración en conjunto que concuerde con la de instancia o concluya de manera diferente.

En lo que respecta al caso concreto de la presente pretensión de la empresarial recurrente que induce inicialmente a la modificación fáctica del hecho probado quinto al objeto de que se deje constancia de que la empresa había prohibido expresamente el uso privado de internet en horario laboral, y de que existen cámaras de grabación cuyo ubicación es conocida por los operarios en los lugares de trabajo común, a criterio de la Sala no podrá tener éxito por cuanto están basadas en una referencia de prueba documental que ya ha sido valorada por la Instancia, y que tiene un carácter genérico no fechado, indeterminado, del que no pueden inferir el establecimiento de unas reglas de uso ni la receptividad de la información, su justificación o consecuencias. Muy al contrario, la Juzgadora de Instancia deja expreso de manera tajante la falta de información y notificación de la instalación del programa espía, así como el desconocimiento de cualesquiera prohibiciones o usos, que además se toleran habitualmente.

Por lo mencionado procede denegar la revisión fáctica postulada.

TERCERO. -En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 191 c) de la LPL, motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos la empresarial recurrente denuncia la infracción de los artículos 54.2 c) y d) ET en relación al art. 5. a) ET y el 20.1 y el 20.3 del mismo texto, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 6-10-2011 Rec. 4053/2010, abordaremos la temática específica partiendo de determinadas generalidades.

La temática de fondo discute sobre la base de un conflicto laboral que suscita el uso de las nuevas tecnologías, con ausencia de una regulación legal específica y el papel del control empresarial sobre el uso de los ordenadores, en una aplicación analógica del art. 18 del E.T. respecto del denominado registro informático aplicando los límites constitucionales que ha conllevado, en general una disparidad de criterios judiciales. Se trata de observar si ha existido una utilización indebida por el trabajador de los medios que la empresa le ha puesto a su disposición y comprobar si los medios de investigación que tiene el empresario para depurar tal conducta han supuesto o no una vulneración del principio de buena fe contractual y de los límites del ordenamiento jurídico. Y es que en materia específica de observancia de mecanismos de control y vigilancia sobre el adecuado uso de los ordenadores hay que estar al caso concreto para comprobar si se respetan los derechos fundamentales (se dice intimidad, dignidad) y en caso de conflicto en qué circunstancias pueden considerarse legítimos al amparo del poder de dirección que reconoce el art. 20 del E.T. con respecto a los derechos fundamentales y bajo el principio de proporcionalidad. Pues ciertamente el empresario podrá ejercer un control tecnológico legítimo sobre sus trabajadores que debe atender a estrictos criterios de justificación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, donde cumplidos los equilibrios expuestos entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección y control empresarial, la utilización desviada de



los instrumentos facilitados por la empresarial constituirá una infracción del principio de la buena fe y abuso de la confianza merecedora de la correspondiente sanción.

Por supuesto son rechazables posturas radicales que niegan en el ámbito de la empresa el ejercicio de los derechos fundamentales (Sentencia del T.C. 98/2000) pues el contrato de trabajo no es un título legitimador de recorte el ejercicio de derechos fundamentales que incumbe al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición por insertarse en una organización privada o pública empresarial. Aún así, tampoco puede desconocerse que la inserción en la organización ajena deben modular esos derechos para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (St. del T.C. 99/94 y 4/96) donde en definitiva viene a ser doctrina constitucional la de que no hay derechos fundamentales absolutos pues todos deben 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 además sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (Sts. del T.C. 98 y 186 del 2000). En suma, la doctrina constitucional y la propia laboral de nuestro T.S., que parte lógicamente de su aplicación, plantea como requisitos o condiciones los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad con posición preeminente de los derechos fundamentales, cuando el poder de dirección del empresario entre en colisión con el derecho fundamental del trabajador. Ello significa que aunque el empresario pueda controlar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales deberá atenerse siempre a los límites que le vienen impuestos con respecto a los derechos constitucionales de aquellos.

Como hemos comentado en otras ocasiones (Sentencia del T.S.J. del País Vasco de 12-09-2006 Rec. 1270/06) la alusión al derecho fundamental de intimidad, la dignidad y de los derechos humanos, no puede ser aprehendido aplicando sistemas subjetivos especiales y objetivos que no aparecen como un núcleo duro, de aspecto independiente, sino que se interrelacionan al resto de derechos también fundamentales, pues no estamos hablando de aspecto íntimos del derecho a la vida privada familiar, del domicilio, del secreto a la correspondencia, u otros particulares cuya injerencia tiene sus límites, derogaciones o restricciones, sino que estamos hablando de un sistema de garantías instituido bajo la libertad de prestación de servicios laboral, que no es en sí una injerencia como mera formalidad sino una exigencia del Estado de Derecho con el cumplimiento de notas de previsibilidad, publicidad y accesibilidad que impida cualquier riesgo de arbitrariedad por interferencia en los derechos genéricos en circunstancias concretas (caso RUDFUNK de 20 de Mayo del 2.003 y supuestos del Tribunal Europeo de derechos Humanos, St. 16.2.2004 de 29.3.2001 caso THOMA contra Luxemburgo; de 25.7.2001 en el caso PERNA contra Italia de 12.10.2001 en el caso FELDEK contra Checoslovaquia y del 14.3.2001 en el caso DIEGO NAFIRIA contra España).

Y es que si bien ciertamente la Constitución Española señala como límite de carácter privado a otros derechos, la intimidad de las personas, por ser éste un derecho fundamental cuya **protección** está especialmente reforzada en la ponderación del resto de derechos, el Tribunal Constitucional ha resumido en su Sentencia 292/2000 relativa a la Constitucionalidad de la Ley Orgánica de **protección de datos** personales la jurisprudencia que había consolidado previamente en relación con el derecho de información y el derecho de intimidad (STC 254/93 , 143/94 , 11/98 , 94/98 , 202/99). Sistemáticas que traídas al caso suponen una pauta interpretativa del artículo 18.4º de la Constitución que contiene un instrumento de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y el pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que en sí mismos son un derecho a libertad fundamental como 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** o "libertad informática" (reiterado en Sentencia del Tribunal Constitucional 143/94 , 11/98 , 94/98 y 202/99) donde la garantía de la vida privada de las personas y de su reputación poseen una dimensión positiva que excede el ámbito propio del Derecho Fundamental a la intimidad (párrafo 1º del artículo 18 de la Constitución) que se traducen en un derecho de control sobre los **datos** relativos a la propia persona. Por ello la llamada libertad informática es así un derecho a controlar el uso de los mismos **datos** insertados en un programa informático (habeas datas) que comprende entre otros aspectos la oposición del ciudadano a que determinados **datos** personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención (Sentencia del Tribunal Constitucional 11/98 y 94/98). Pero el contenido del derecho fundamental a la **protección de datos** consiste en un poder de disposición y de control sobre **datos** personales que faculta a la persona para decidir cuales de esos **datos** proporciona a un tercero o cuales puede este tercero recabar y también permiten al individuo saber quien posee esos **datos** y para que se poseen pudiéndose oponerse a lo mismo. Por ello esos poderes de disposición y control que constituyen parte del contenido del Derecho Fundamental a la **protección de datos** se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida obtención de acceso a los **datos** personales y su posterior almacenamiento y tratamiento así como su uso o posibles usos por terceros. Los complementos indispensables son, por un lado, la facultad de saber en todo momento quien dispone de esos **datos** y por otro a que uso los está sometiendo, para poder oponerse a esa posesión y usos. Sin embargo los límites a los que somete el Derecho Fundamental la **protección de los datos** se rigen por las propias normas



(como en la persecución y castigo de delitos Sentencia del Tribunal Constitucional 166/99 y 127/2000) con los supuestos del examen pormenorizado de las circunstancias y aplicación del principio de proporcionalidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 14/03 de 30 de Enero).

Se trata de limitar hasta donde puede llegar el empresario en su facultad de control sin que ello implique un avasallamiento de la intimidad del trabajador que en este caso se encuentra directamente ligado a la información privada que pueda obtenerse del estudio informático del ordenador propiedad de la empresa. Y es que al margen de la dudosa aplicación analógica del Estatuto de los Trabajadores para los llamados registros informáticos, con los inconvenientes de distinción entre continente, que suponen las taquillas, bolso u otros aspectos físicos, de los que se corresponden con archivos, programas, **datos** informáticos y electrónicos del ordenador de una empresa, que son instrumentos de trabajo cuya finalidad específica no es contener mensajes o archivos personales, por lo que tampoco tiene sentido aplicar al ordenador como instrumento de trabajo los límites del art. 18 del E.T. para el control sobre efectos personales.

Por todo ello, volviendo a la aplicación de los límites constitucionales generales, en teoría de modulación de derechos fundamentales y poderes empresariales en el contrato de trabajo, desde la ya antigua sentencia del T.C. 90/97 , 98/2000 y 186/2000, recogidas en la Sentencia del T.S. de 5.12.2003, rec. 52/03 que se expuso en la Sentencia de esta Sala de 21.12.2004, rec. 2382/04 , tenemos que la particularidad de cada supuesto concreto debe otorgarse según la consonancia del relato fáctico y sus conclusiones, para descubrir si hay un incumplimiento laboral que puede exigirse a través de un medio hábil probatorio cual suele ser la pericia informática o la auditoria general, pero siempre con un conocimiento de la noticia en proporción a la extracción de información necesaria con justificación y habilidad legal y no mediante vulneraciones inconstitucionales.

Tal es así que en supuesto de autos esta Sala debe confirmar el relato de Instancia y su consideración jurídica que atiende a la ilicitud de la prueba consistente en la instalación y revelación del programa espía, al no existir de forma expresa, tajante y previo una prohibición absoluta respecto del uso para fines personales u otros de los medios de trabajo (ordenador, internet, correo electrónico...), con lo que tampoco estamos en la base judicial que ha llevado al dictado mayoritario de la Sentencia del T.S. de 6.10.2011 Rec. 4053/10 . Y es que debemos recordar que el art. 90 LPL y también de la nueva LRJS, en consonancia con la Ley Orgánica 15/99 y la Ley Orgánica 1/82, exigen buscar los límites constitucionales en el control de las infracciones laborales mediante métodos que supongan una menor o mínima injerencia en la privacidad. De ahí que si se afirma en el relato fáctico, y no ha podido variarse, de que existe una situación de tolerancia con una expectativa razonable de confidencialidad y un desconocimiento de la prohibición absoluta, podremos llegar a afirmar que reconociéndose el derecho a la utilización del ordenador tampoco podrán admitirse unas condiciones que impongan un control o una limitación que afecte a los derechos de intimidad o secreto de las comunicaciones, puesto que la expectativa razonable de intimidad y de uso personal es lícita por mucho que se admita un control ex post facto, proporcional y adecuado. En el mismo sentido de aplicación de **protección** de derechos fundamentales (derecho a la intimidad del trabajador) las Sentencias del T.S. 26.09.2007 Rec. 966/06 , 8.03.2011 Rec. 1826/10 , entre otras muchas. De todas ellas se puede deducir que las contrapartes pueden establecer previamente las reglas de uso de los medios proporcionados por la empresarial con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales, pero debiendo siempre informar a los trabajadores de la existencia del control y de dicha comprobación de corrección de usos así como de las medidas de adopción, pudiendo también aplicar otras medidas de carácter preventivo como es la exclusión o limitación de determinadas conexiones.

Por todo lo mencionado, y como quiera que en el supuesto de autos, no se recoge la existencia de una prohibición expresa del uso personal, más tampoco puede inferirse en juicio de valor irreconciliable con el derecho constitucional, una especie de prohibición tácita, la conclusión no podrá ser otra sino que no se dan los elementos adicionales que permiten la advertencia del control y su represión ya noticiada, por lo que la tolerancia empresarial deducida impide en la comprobación del supuesto incumplimiento atender al cúmulo probatorio, debiendo por ello finalmente concluir con la improcedencia de la extinción contractual, por falta de otra actividad probatoria suficiente y adecuada al caso.

Por todo lo mencionado procede desestimar íntegramente el recurso de suplicación de la empresarial.

CUARTO. - Como quiera que la empresarial recurrente no goza del beneficio de justicia gratuita en atención al art. 233.1 LPL habrá condena en costas, pérdida de depósito y aplicación de consignaciones.

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por INBERLEK GESTION S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de DONOSTIA de fecha uno de Diciembre de dos mil once , dictada en



proceso sobre DSP, y entablado por Montserrat frente a **MONTAJES ELECTRICOS NABAR S.L. , ZUAZNABAR S.L. y INBERLEK GESTION S.L.** , confirmando la resolución de Instancia.

Se condena en costas a la empresarial recurrente que deberá hacer frente a los honorarios del Letrado impugnante en cuantía de 400 euros, con pérdida de depósito y aplicación de consignaciones.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

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.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Iltrmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia** , deberá acompañar, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0831-12.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0030-1846-42- 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0831-12.

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