



Roj: **STSJ CAT 9614/2016 - ECLI: ES:TSJCAT:2016:9614**

Id Cendoj: **08019340012016106542**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2016**

Nº de Recurso: **6194/2016**

Nº de Resolución: **7427/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE QUETCUTI MIGUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 43148 - 44 - 4 - 2016 - 8003922

AF

Recurso de Suplicación: 6194/2016

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

ILMA. SRA. JUANA VERA MARTINEZ

En Barcelona a 16 de diciembre de 2016

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 7427/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por Unidalque Servicio y Mantenimiento, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social nº 3 Tarragona de fecha 31 de mayo de 2016 dictada en el procedimiento nº 87/2016 y siendo recurridos Ministerio Fiscal (Tarragona) y D. Enrique . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de febrero de 2016 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 31 de mayo de 2016 que contenía el siguiente Fallo:

"Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Enrique , con D.N.I. nº NUM000 , contra la empresa UNIDALQUE SERVICIO Y MANTENIMIENTO, S.L. (UNISEMA), siendo parte el MINISTERIO FISCAL, sobre despido, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido, condenando a la demandada, a que, a su opción, readmita a la parte actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le abone una indemnización de 10.261,66 euros.

No ha lugar a salarios de tramitación, salvo que la empresa opte por la readmisión.



La opción deberá ejercitarse en el plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la notificación de esta Sentencia.

Se advierte al empresario que en el supuesto de no optar por la readmisión o la indemnización se entiende que opta por la primera "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- El demandante D. Enrique , prestó servicios para la empresa demandada UNIDALQUE SERVICIO Y MANTENIMIENTO, S.L. (UNISEMA), desde el 28-1-2013, ostentando la categoría profesional de Maestro Industrial, percibiendo un salario mensual con inclusión de pagas extraordinarias de 3.198,44 euros.

(hecho no opuesto por la demandada)

SEGUNDO.- Por carta de la empresa demandada de 16-12-2015 se comunicó al actor su despido disciplinario con efectos desde esa misma fecha, imputándosele incumplimiento tardío de la obligación de aportar los partes de confirmación de baja, así como el bloc de parte de trabajo, el teléfono móvil y el ordenador portátil. Una vez entregado, la empresa constató que el demandante había manipulado y borrado programas de gestión empresarial, así como fotografías de asistencia técnica en sede de los clientes. También se le imputa, aparecer tanto en el ordenador portátil entregado y el teléfono móvil, archivo informáticos recientes como fotografías personales, vídeos con un alto contenido implícito de carácter sexual, e incluso un curriculum vitae creado el 10-10-2015. Entiende la empresa que al haber utilizado privadamente dicho ordenador y teléfono, se incurre en faltas grave y muy grave de los arts. 50 y 51 del convenio colectivo del sector del siderometal de Tarragona.

Carta que obra en auto y se tiene por reproducida a los efectos de su incorporación al presente relato fáctico.

(docum. nº 3 de la parte actora, docum. nº 6 de la demandada)

TERCERO.- El demandante ha estado en situación de I.T. desde el 21 de octubre de 2015 al 29 de octubre de 2015 por accidente de trabajo.

En fecha 12 de noviembre de 2015 inició situación de baja médica por contingencias comunes causando alta médica en marzo de 2016.

(docum. nº 11 a 17 del actor, docum. nº 7 a 10 de la demandada)

CUARTO.- La empresa demandada estando el actor en situación de I.T., le remitió el pasado día 25-11-2015, un burofax que fue recepcionado por el mismo en la indicada fecha, en el que se le ponía de manifiesto, que en el plazo de 24 horas debía justificar la expedición del parte de confirmación de baja del 15-11-2015, así como la confirmación del 22-11-2015 y la ausencia a su puesto de trabajo el 16-11-2015. Asimismo, en dicho escrito se le manifestaba que debía como ya se le había dicho anteriormente, entregar el ordenador portátil, teléfono móvil y el bloc de partes de trabajo.

El actor entregó su portátil y su móvil sin los cables de alimentación el 27-11-2015. También entregó diverso cableado, tarjeta de crédito, su bloc de partes de trabajo y diversos partes de confirmación de baja.

No consta en las actuaciones que el demandante recibiera ningún burofax de la empresa fechado por la misma el 19-11-2015.

(docum. nº 1 de la parte actora, docum. nº 1 a 3 de la empresa demandada)

QUINTO.- Mediante burofax de la empresa demandada, de fecha 2-12-2015, se le pone de manifiesto al actor, que en el plazo de 24 horas, debe justificar la expedición del parte de baja de 29-11-2015. Dicho burofax fue recepcionado por el actor el día 3-12-2015. El día 4-12-2015 el actor remite a la empresa el cargador del portátil y el del móvil, así como los partes de baja nº 3 y 4.

(docum. nº 2 del actor, docum. nº 4 y 5 de la demandada)

SEXTO.- La empresa demandada entregó al inicio de la relación laboral del demandante, entre otros útiles, un ordenador portátil y un teléfono móvil, para la ejecución de su trabajo, tanto en España como en los distintos viajes al extranjero que ha debido de realizar durante los años 2013, 2014 y 2015.

Dicho ordenador y móvil era utilizado esencial y básicamente para su actividad profesional, si bien residualmente era utilizado por el actor para algunas cuestiones personales, no habiéndosele prohibido desde su entrega que lo utilizara para tareas ajenas al trabajo.

(interrogatorio de la demandada, testifical Sra. Cecilia)

SÉPTIMO.- El 4-12-2015 el Gerente de la empresa Sr. Prudencio , accedió al ordenador entregado por el actor, así como al teléfono móvil, sin autorización del mismo, y sin presencia de ningún otro trabajador de la empresa,



comprobando que en el mismo había fotografías personales, videos y datos personales del demandante, introduciéndose en el contenido de los mismos.

(interrogatorio del legal representante de la empresa demandada Sr. Prudencio y carta de despido en la que se admite que el Sr. Prudencio accedió al ordenador y móvil de trabajo del actor sin estar presente y sin su autorización)

OCTAVO.- La empresa demandada tras acceder el Gerente de la empresa a dichos dispositivos, procedió a expedir la carta de despido, con los datos y comprobaciones que personalmente constató. Posteriormente, contrató los servicios de un Ingeniero Informático, quien el pasado día 23-2-2016 en las oficinas de la empresa junto con el Gerente y una empleada de Administración y el propio Letrado de la empresa accedieron al ordenador y móvil que había entregado el actor, a fin de que dicho perito emitiera un dictamen sobre los datos y su contenido.

(interrogatorio del perito Sr. Juan Pedro)

NOVENO.- No consta en las actuaciones que el demandante haya sido sancionado con anterioridad.

(hecho no opuesto por la demandada)

DÉCIMO.- La parte actora no ocupa, ni consta que haya ocupado en el último año, cargo representativo o sindical.

DÉCIMO PRIMERO.- En fecha 1-2-2016, se intentó la conciliación por despido ante el organismo público competente, que tuvo lugar sin avenencia, según papeleta presentada el día 14-1-2016.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte codemandada UNIDALQUE, SERVICIO Y MANTENIMIENTO, S.L., que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte actora D. Enrique impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que contra a sentencia de instancia que estimó la demanda y declaró el despido del actor como improcedente, se alza la empresa formulando el presente recurso de suplicación por los motivos que seguidamente se examinarán.

SEGUNDO.- Que como primer motivo del recurso y bajo correcto amparo procesal en la letra a) del art. 193 de la LRJS se interesa la declaración de nulidad de la resolución de instancia, sin que se cite el precepto naturaleza procesal e índole esencial que supuestamente se hubiera podido infringir en la sentencia, lo que implicaría sin más la desestimación del motivo, pues si el redactado del mismo se fundamenta en la supuesta infracción de normas o garantías del procedimiento que le han supuesto indefensión, la exigencia legal implica lógicamente que por parte del recurrente se explicita la norma o garantía en que se base su alegato.

Que aún obviando tan desatenta formulación y dado que de la misma se evidencia que lo que el recurrente denuncia no es sino la situación de indefensión en la que ha quedado al no valorarse la prueba de acceso al ordenador y teléfono móvil, la Sala puede entender que lo que se denuncia es lo previsto en los arts. 24.1 de la CE y 87.1 de la LRJS, por entender que ha existido una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en relación a la prueba, dado que el juzgador de instancia no ha dado eficacia, por afectación al derecho a la intimidad de la parte actora al examen por parte del empresario del ordenado portátil y teléfono móvil que fue entregado al actora para el desarrollo de su actividad laboral, sin advertirlo al trabajador, ni estar presente, ni él, ni alguno de sus representantes, ni miembro del comité de empresa u otro trabajador.

Es preciso señalar que la cuestión que se plantea a la Sala, no ha sido pacífica, sino que ha conllevado un largo debate que ha finalizado, tras varios pronunciamientos tanto del TS como del TC.

En este orden de cosas podemos citar la sentencia del Tribunal Constitucional de 17-12-2012, que señalaba ad litteram, respecto de la posible vulneración al derecho a la intimidad, en ese caso respecto del acceso empresarial al correo electrónico que:

"el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular, garantizando, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, consiguientemente, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), siendo el mismo aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 6). La esfera de la intimidad personal está en relación con la



acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena (SSTC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5 ; y 173/2011, de 7 de noviembre , FJ 2) y que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 159/2009, de 29 de junio , FJ 3)". Señalando igualmente que ello mismo acontece respecto del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, cuando añade "En relación a los datos que se contienen en ordenadores u otros soportes informáticos, este Tribunal en la STC 173/2011, de 7 de noviembre , FJ 3, recordó que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos y con carácter general, ha venido reiterando que el poder de dirección del empresario, es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE). Expresamente en el art. 20 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET) se contempla la posibilidad de que el empresario, entre otras facultades, adopte las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse, en todo caso, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral en los arts. 4.2 c) y 20.3 LET (STC 186/2000, de 10 de julio , FJ 5) (...) Concretamente, en relación con la utilización de ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial por parte de los trabajadores, puede afirmarse que la utilización de estas herramientas está generalizada en el mundo laboral, correspondiendo a cada empresario, en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, dirección y control fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador. En el marco de dichas facultades de dirección y control empresariales no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales.

Las consideraciones precedentes no impiden que se proceda a dotar de una regulación al uso de las herramientas informáticas en la empresa y, en particular, al uso profesional de las mismas, por medio de diferentes instrumentos como órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas, de manera que la empresa no quede privada de sus poderes directivos ni condenada a permitir cualesquiera usos de los instrumentos informáticos sin capacidad alguna de control sobre la utilización efectivamente realizada por el trabajador.

A tal fin y en pura hipótesis, pueden arbitrarse diferentes sistemas, siempre respetuosos con los derechos fundamentales, orientados todos ellos a que los datos profesionales o los efectos de la comunicación profesional llevada a cabo alcancen al conocimiento empresarial, sin que se dé, en cambio, un acceso directo o cualquier otra intromisión del empresario o sus mandos en la empresa, en la mensajería o en los datos personales de los trabajadores, si este uso particular ha sido permitido. En ese ámbito, aunque pudiera haber la pretensión de secreto de las comunicaciones, actúa a su vez legítimamente el poder directivo, con la posibilidad consiguiente de establecer pautas de flujo de la información e instrucciones u órdenes del empresario que aseguren, sin interferir injustificadamente el proceso de comunicación y sus contenidos, el acceso a los datos necesarios para el desarrollo de su actividad, al igual que ocurre en otros escenarios en los que, sin control directo del empresario, los trabajadores a su servicio desarrollan la actividad laboral ordenada en contacto con terceros y clientes.

Partiendo del uso común del ordenador, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es esencial determinar si el acceso a los contenidos de los ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial puestos por la empresa a disposición de los trabajadores, y en un medio al que puede acceder cualquiera, vulnera el art. 18.3 CE , para lo que habrá de estarse a las condiciones de puesta a disposición, pudiendo aseverarse que la atribución de espacios individualizados o exclusivos puede tener relevancia desde el punto de vista de la actuación empresarial de control. Es el caso de asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores, o incluso a las entidades sindicales, aspecto éste que fue abordado en nuestra STC 281/2005, de 7 de noviembre . El ejercicio de la potestad de vigilancia o control empresarial sobre tales elementos resulta limitada por la vigencia de los derechos fundamentales, si bien los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin".

Un razonamiento similar se puede observar en la sentencia del TC de 7-10-2013 , en la que ad pedem litterae se señala:

"en nuestra labor de delimitación del ámbito de cobertura del derecho, hemos precisado que el art. 18.3 CE protege únicamente ciertas comunicaciones: las que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados. En consecuencia no "gozan de la protección constitucional del art. 18.3 CE aquellos objetos que, pudiendo contener correspondencia, sin embargo la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo". Así pues "quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente



como comunicación abierta, esto es, no secreta". Así ocurre "cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia". En tales casos "pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido" [STC 281/2006, de 9 de octubre , FJ 3 b)]. De igual forma, en la STC 241/2012, de 17 de diciembre , FJ 7, también hemos excluido la protección constitucional de comunicaciones abiertas, que se realizan en un canal del que no puede predicarse su confidencialidad"

Que no puede dejar de señalarse, entre los pronunciamientos jurisprudenciales, el contenido en la sentencia del TS de 26-9-07 cuando señalaba:

"La cuestión debatida se centra, por tanto, en determinar si las condiciones que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores establece para el registro de la persona del trabajador, su taquilla y sus efectos personales se aplican también al control empresarial sobre el uso por parte del trabajador de los ordenadores facilitados por la empresa. Pero el problema es más amplio, porque, en realidad, lo que plantea el recurso, desde la perspectiva de ilicitud de la prueba obtenida vulnerando los derechos fundamentales (artículo 91.1 de la Ley de Procedimiento Laboral), es la compatibilidad de ese control empresarial con el derecho del trabajador a su intimidad personal (artículo 18.1 de la Constitución) o incluso con el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución Española), si se tratara del control del correo electrónico. El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos establece también que toda persona tiene derecho al respeto de la vida privada y familiar y prohíbe la injerencia que no esté prevista en la ley y que no se justifique por razones de seguridad, bienestar económico, defensa del orden, prevención de las infracciones penales, protección de la salud, de la moral o de los derechos y libertades de los demás. El derecho a la intimidad, según la doctrina del Tribunal Constitucional, supone "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" y ese ámbito ha de respetarse también en el marco de las relaciones laborales, en las que "es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden ser lesivas para el derecho a la intimidad" (SSTC 142/1993 , 98/2000 y 186/2000). De ahí que determinadas formas de control de la prestación de trabajo pueden resultar incompatibles con ese derecho, porque aunque no se trata de un derecho absoluto y puede ceder, por tanto, ante "intereses constitucionalmente relevantes", para ello es preciso que las limitaciones impuestas sean necesarias para lograr un fin legítimo y sean también proporcionadas para alcanzarlo y respetuosas con el contenido esencial del derecho. En el caso del uso por el trabajador de los medios informáticos facilitados por la empresa pueden producirse conflictos que afectan a la intimidad de los trabajadores, tanto en el correo electrónico, en el que la implicación se extiende también, como ya se ha dicho, al secreto de las comunicaciones, como en la denominada "navegación" por Internet y en el acceso a determinados archivos personales del ordenador. Estos conflictos surgen porque existe una utilización personalizada y no meramente laboral o profesional del medio facilitado por la empresa. Esa utilización personalizada se produce como consecuencia de las dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta del empleo personal del ordenador - como sucede también con las conversaciones telefónicas en la empresa- y de la generalización de una cierta tolerancia con un uso moderado de los medios de la empresa. Pero, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que se trata de medios que son propiedad de la empresa y que ésta facilita al trabajador para utilizarlos en el cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito del poder de vigilancia del empresario, que, como precisa el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores , implica que éste "podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales", aunque ese control debe respetar "la consideración debida" a la "dignidad" del trabajador. TERCERO.- Estas consideraciones muestran que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores no es aplicable al control por el empresario de los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores para la ejecución de la prestación laboral.

El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores establece que "sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo", añadiendo que en la realización de estos registros "se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible". El supuesto de hecho de la norma es completamente distinto del que se produce con el control de los medios informáticos en el trabajo. El artículo 18 está atribuyendo al empresario un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo y que, por tanto, queda fuera del marco del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores . En los registros el empresario actúa, de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de los poderes que le concede el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores y, en realidad, como ha señalado la doctrina científica, desempeña -no sin problemas de cobertura -una función de "policía privada" o de "policía empresarial" que la ley vincula a la defensa



de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores de la empresa. El régimen de registros del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores aparece así como una excepción al régimen ordinario que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 545 y siguientes). Tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla forman parte de la esfera privada de aquél y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario "como propietario o por otro título" y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen. Por otra parte, con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del artículo 18, pues incluso respecto a la taquilla, que es un bien mueble del empresario, hay una cesión de uso a favor del trabajador que delimita una utilización por éste que, aunque vinculada causalmente al contrato de trabajo, queda al margen de su ejecución y de los poderes empresariales del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores para entrar dentro de la esfera personal del trabajador.

De ahí que los elementos que definen las garantías y los límites del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, no sean aplicables al control de los medios informáticos. En primer lugar, la necesidad del control de esos medios no tiene que justificarse por "la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa", porque la legitimidad de ese control deriva del carácter de instrumento de producción del objeto sobre el que recae. El empresario tiene que controlar el uso del ordenador, porque en él se cumple la prestación laboral y, por tanto, ha de comprobar si su uso se ajusta a las finalidades que lo justifican, ya que en otro caso estaría retribuyendo como tiempo de trabajo el dedicado a actividades extralaborales. Tiene que controlar también los contenidos y resultados de esa prestación. Así, nuestra sentencia de 5 de diciembre de 2003, sobre el telemarketing telefónico, aceptó la legalidad de un control empresarial consistente en la audición y grabación aleatorias de las conversaciones telefónicas entre los trabajadores y los clientes «para corregir los defectos de técnica comercial y disponer lo necesario para ello», razonando que tal control tiene "como único objeto ...la actividad laboral del trabajador", pues el teléfono controlado se ha puesto a disposición de los trabajadores como herramienta de trabajo para que lleven a cabo sus funciones de "telemarketing" y los trabajadores conocen que ese teléfono lo tienen sólo para trabajar y conocen igualmente que puede ser intervenido por la empresa. El control de los ordenadores se justifica también por la necesidad de coordinar y garantizar la continuidad de la actividad laboral en los supuestos de ausencias de los trabajadores (pedidos, relaciones con clientes ..), por la protección del sistema informático de la empresa, que puede ser afectado negativamente por determinados usos, y por la prevención de responsabilidades que para la empresa pudieran derivar también algunas formas ilícitas de uso frente a terceros. En realidad, el control empresarial de un medio de trabajo no necesita, a diferencia de lo que sucede con los supuestos del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, una justificación específica caso por caso. Por el contrario, su legitimidad deriva directamente del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. En segundo lugar, la exigencia de respetar en el control la dignidad humana del trabajador no es requisito específico de los registros del artículo 18, pues esta exigencia es general para todas las formas de control empresarial, como se advierte a partir de la propia redacción del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. En todo caso, hay que aclarar que el hecho de que el trabajador no esté presente en el control no es en sí mismo un elemento que pueda considerarse contrario a su dignidad.

En tercer lugar, la exigencia de que el registro se practique en el centro de trabajo y en las horas de trabajo tiene sentido en el marco del artículo 18, que se refiere a facultades empresariales que, por su carácter excepcional, no pueden ejercitarse fuera del ámbito de la empresa. Es claro que el empresario no puede registrar al trabajador o sus efectos personales fuera del centro de trabajo y del tiempo de trabajo, pues en ese caso sus facultades de policía privada o de autotutela tendrían un alcance completamente desproporcionado. Lo mismo puede decirse del registro de la taquilla, aunque en este caso la exigencia de que se practique en horas de trabajo tiene por objeto permitir la presencia del trabajador y de sus representantes. En todo caso hay que aclarar que las exigencias de tiempo y lugar del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores no tienen por objeto preservar la intimidad del trabajador registrado; su función es otra: limitar una facultad empresarial excepcional y reducirla al ámbito de la empresa y del tiempo de trabajo. Esto no sucede en el caso del control de un instrumento de trabajo del que es titular el propio empresario.

Por último, la presencia de un representante de los trabajadores o de un trabajador de la empresa tampoco se relaciona con la protección de la intimidad del trabajador registrado; es más bien, como sucede con lo que establece el artículo 569 Ley de Enjuiciamiento Criminal para intervenciones similares, una garantía de la objetividad y de la eficacia de la prueba. Esa exigencia no puede, por tanto, aplicarse al control normal por el empresario de los medios de producción, con independencia de que para lograr que la prueba de los resultados del control sea eficaz tenga que recurrirse a la prueba testifical o pericial sobre el control mismo.



No cabe, por tanto, aplicación directa del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores al control del uso del ordenador por los trabajadores, ni tampoco su aplicación analógica, porque no hay ni semejanza de los supuestos, ni identidad de razón en las regulaciones (artículo 4.1 del Código Civil). CUARTO. - El control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario no se regula por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores , sino por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y a este precepto hay que estar con las matizaciones que a continuación han de realizarse. La primera se refiere a los límites de ese control y en esta materia el propio precepto citado remite a un ejercicio de las facultades de vigilancia y control que guarde "en su adopción y aplicación la consideración debida" a la dignidad del trabajador, lo que también remite al respeto a la intimidad en los términos a los que ya se ha hecho referencia al examinar las sentencias del Tribunal Constitucional 98 y 186/2000 . En este punto es necesario recordar lo que ya se dijo sobre la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio. Por ello , lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones . De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad" en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos .

La segunda precisión o matización se refiere al alcance de la protección de la intimidad, que es compatible, con el control lícito al que se ha hecho referencia. Es claro que las comunicaciones telefónicas y el correo electrónico están incluidos en este ámbito con la protección adicional que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. La garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador. La aplicación de la garantía podría ser más discutible en el presente caso, pues no se trata de comunicaciones, ni de archivos personales, sino de los denominados archivos temporales, que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet. Se trata más bien de rastros o huellas de la "navegación" en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. Pero hay que entender que estos archivos también entran, en principio, dentro de la protección de la intimidad, sin perjuicio de lo ya dicho sobre las advertencias de la empresa. Así lo establece la sentencia de 3 de abril de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando señala que están incluidos en la protección del artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos "la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet" y es que esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladores sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc).".

TERCERO.- Que en presente caso, es pues substancial y a tenor de la doctrina antecedentemente señalada, determinar si existe una prohibición empresarial de usar tales medios, ordenador y teléfono móvil, más allá que para cuestiones empresariales, prohibiendo el uso particular, o bien no existiendo tal prohibición habría que examinar la cuestión bajo el prisma del hábito social generalizado de tolerancia para ciertos usos personales moderados que crearía una expectativa, también general de confidencialidad en esos usos.

Que ello es de notoria importancia, puesto que como ya señalaba el TS en su sentencia de 6-10-11 y recuerda la de 13-9-16 , "la cuestión clave -admitida la facultad de control del empresario y la licitud de una prohibición absoluta de los usos personales- consiste en determinar si existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando, en contra de la prohibición del empresario o con una advertencia expresa o implícita de control, utiliza el ordenador para fines personales. La respuesta parece clara: si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo».

Que tal como señala la sentencia del TS de 13-9-16 , si existe un régimen previo de limitación de uso de los medios informáticos, con prohibición expresa de uso extralaboral, «el poder de control de la empresa



sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía legítimamente ejercerse, ex art. 20.3 LET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos al STC 170/2013, de 7/Octubre , FJ 4). Y que «este dato constituye una importante particularidad respecto contenido propio de su prestación de trabajo» (a los supuestos enjuiciados en algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que la apreciación, «... a la vista de las circunstancias, de que el trabajador no estaba advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser objeto de seguimiento por la empresa ha llevado a admitir que dicho trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por Internet [SSTEDH de 25 de junio de 1997, caso Halford c. Reino Unido , § 45 ; de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido , § 42 y 47]» (STC 170/2013, de 7/Octubre , FJ 5).

Que sentado lo antecedente, es cuestión no discutida que no existía una prohibición expresa del empresario al respecto, ahora bien, en el recurso se señala, que si bien, no existía tal prohibición expresa personal del empresario al trabajador, sí existía dicha prohibición en los arts. 50 y 51 del convenio colectivo para las empresas siderometalúrgicas de la provincia de Tarragona, que es el que regula las relaciones laborales en la empresa.

Que habrá que acudir a dicho convenio y más concretamente a los preceptos señalados para determinar si existe o no tal prohibición, y así en el art. 50.i) del convenio se cita entre las faltas graves: *"La realización sin previo consentimiento de la empresa, de trabajos particulares durante la jornada de trabajo, así como el empleo para usos propios o ajenos de los útiles, herramientas, maquinaria o vehículos de la empresa, incluso fuera de la jornada de trabajo."*

Pues bien, a juicio de la Sala, no puede perderse de vista la especial situación que respecto al uso de ordenadores y teléfonos móviles se produce, con situaciones y argumentaciones que no se dan con otros útiles que la empresa pone a disposición de los trabajadores para desarrollar su trabajo, como por ejemplo camiones, automóviles, martillos, taladradoras, etc, respecto de ninguna de las cuales se llega a afirmar la existencia de un "hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados", máxime en el caso de autos, en los que el ordenador no está en la empresa sino que es portátil y por lo tanto el trabajador lo lleva siempre consigo para el desarrollo de su trabajo, algo que por cierto se da siempre con el teléfono móvil.

Si ello es así, habrá que convenir que la prohibición que se deriva de la calificación como falta grave del empleo para usos propios de los útiles, herramientas, maquinaria o vehículos de la empresa, no puede considerarse como una prohibición absoluta de utilización del ordenador y teléfono móvil entregado al actor por la empresa y consiguientemente no está amparado el ejercicio de control realizado por el gerente de la empresa el 4-12-15 y habrá que desestimar el motivo de nulidad.

CUARTO.- Que como segundo motivo del recurso se formula el propio de la letra b) del art. 193 de la LRJS , interesándose la revisión de varios extremos del relato histórico de la resolución de instancia.

Que con carácter previo al examen del motivo parece conveniente que la Sala recuerde la doctrina de suplicación sobre la materia, así no podemos desconocer que el proceso laboral es un procedimiento judicial de única instancia, en el que la valoración de la prueba es función atribuida en exclusiva al Juez " a quo», de modo que la suplicación se articula como un recurso de naturaleza extraordinaria que no permite al Tribunal entrar a conocer de toda la actividad probatoria desplegada en la instancia, limitando sus facultades de revisión a las pruebas documentales y periciales que puedan haberse aportado, e incluso en estos casos, de manera muy restrictiva y excepcional, pues únicamente puede modificarse la apreciación de la prueba realizada por el Juez de lo Social cuando de forma inequívoca, indiscutible y palmaria, resulte evidente que ha incurrido en manifiesto error en la valoración de tales medios de prueba. En cualquier otro caso, debe necesariamente prevalecer el contenido de los hechos probados establecido en la sentencia de instancia, que no puede ni tan siquiera ser sustituido por la particular valoración que el propio Tribunal pudiere hacer de esos mismos elementos de prueba, cuando el error evidente de apreciación no surge de forma clara y cristalina de los documentos o pericias invocados en el recurso de acuerdo con el art. 97 de la Ley de Procedimiento Laboral .

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, para indicar que la valoración de la prueba es facultad privativa del órgano judicial de instancia, «sin que pueda sustituirse su valoración por otra voluntaria y subjetiva confundiendo este recurso excepcional con una nueva instancia, por lo que en consecuencia, los hechos declarados probados, reflejo de dicha valoración deben prevalecer, mientras que por medio de un motivo de revisión fáctica, basada en documentos de los que resulte de un modo claro, directo y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas» (por todas, sentencia de 18 Nov. 1999).



Lo que hace que para el éxito de los motivos del recurso de suplicación que interesan la modificación del relato histórico por el cauce procesal previsto en el apartado b) del art. 191 Ley de Procedimiento Laboral, sea necesario: a) que la equivocación que se imputa al juzgador en los hechos probados, resulte del todo patente y sin necesidad de realizar conjeturas o razonamientos, más o menos fundados, de documentos o pericias obrantes en autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria; c) que los resultados postulados, aún deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio del juzgador "a quo", a quien le está reservada la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; d) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar el recurso de suplicación, de naturaleza extraordinaria, al igual que el de casación y, que a diferencia de la apelación civil, no faculta a la Sala para la revisión de lo actuado.

En primer lugar se interesa la revisión del ordinal cuarto en dos extremos, en el primero de ellos se pretende la adición de una frase final del hecho probado primero con el redactado que se oferta y que no puede estimarse ya que no tiene base en prueba documental o pericial, únicas que el art. 193 b) admite para acreditar el supuesto error del juzgador.

Que en cuanto al segundo párrafo, lo que es procedente sólo en parte, ya que junto con un hecho, las fechas de los partes de confirmación de bajas, se pretende introducir una valoración impropia de contenerse en los hechos, como lo es el resto propuesto. Así debe adicionarse: " (...) **diversos partes de confirmación de baja, de fecha 15-11-15 y 22-11-15**".

Que en cuanto a la modificación del ordinal quinto, procede la primera inclusión en parte, ya que lo relativo a si inhabilitaban o no los dispositivos es una valoración, y no procede la segunda por valorativa.

Así debe adicionarse: (...) **así como devolver el cargador del ordenador portátil y el cargador del teléfono móvil que no habían sido devueltos anteriormente y que estaban en poder del trabajador.**" .

La modificación pretendida del ordinal sexto no puede estimarse ya que son meras valoraciones que no pueden constar en el relato de hechos.

Que tampoco procede la revisión de los ordinales séptimo y octavo, pues se basan en una actividad probatoria inhábil por vulnerar los derechos fundamentales del trabajador, tal como se ha señalado.

QUINTO.- Que por último se formula por la empresa recurrente la censura jurídica que autoriza la letra c) del art. 193 de la LRJS, denunciando la infracción de los arts.50 y 51 del convenio colectivo del sector y que se refiere a las faltas graves y muy graves, así como el art. 54 del ET .

Parece que el recurrente sólo combate en este motivo, la imputación contenida en la carta de despido relativa al uso del ordenador y del teléfono móvil, dejando sin combatir la otra imputación relativa a las entregas de los partes de confirmación de IT.

Pues bien, centrándonos en la cuestión que se suscita, no puede dejar de señalarse que tiene una íntima conexión con la cuestión que sobre la nulidad ha planteado el recurrente y ha resuelto la Sala tras el examen del motivo primero.

Que siendo ello así, no puede sino señalarse que ninguna infracción se ha producido, ante la inexistencia de prohibición expresa del empresario respecto de la utilización para fines privados del teléfono móvil y del ordenador portátil, el examen de ambos por el empresario vulnera el derecho a la intimidad del trabajador y por tanto no puede darse por válido lo obtenido por éste en el examen y consecuentemente no existe elemento fáctico alguna que permita sustentar el incumplimiento denunciado.

Todo lo cual conduce a entender, como lo ha hecho la instancia, que no se ha producido ningún incumplimiento grave y culpable del trabajador, exigencia del art. 54.1 para poder extinguirlo válidamente el contrato por despido, que en el caso de autos, al no quedar acreditadas comportan la declaración de improcedencia del art.55.4 y los efectos del 56 todos ellos del ET .

Lo antecedente conduce a la desestimación del motivo.

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general aplicación.

FALLAMOS



Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa UNIDALQUE, SERVICIO Y MANTENIMIENTO SL contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Tarragona , dimanante de autos 87/16 seguidos a instancia de D. Enrique contra la recurrente, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos dicha resolución.

Que debemos declarar y declaramos la pérdida de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir y la obligación de abonar en concepto de honorarios del letrado impugnante la cantidad de 400 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.