



Roj: **STSJ CANT 890/2009 - ECLI: ES:TSJCANT:2009:890**

Id Cendoj: **39075340012009100480**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **24/06/2009**

Nº de Recurso: **381/2009**

Nº de Resolución: **546/2009**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CANTABRIA SALA SOCIAL

SANTANDER

SENTENCIA: 00546/2009

Rec. Núm. 381/09

Sec. Sra. Colvée Benlloch.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

MAGISTRADOS

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al

margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En Santander, a Veinticuatro de Junio de dos mil nueve.

En el recurso de suplicación interpuesto por la entidad GAES, SA. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García, quién expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D. Jon siendo demandados el FOGASA y otro sobre Despido y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 9 de Marzo de 2009 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- El demandante, D/Dña. Jon , ha venido prestando servicios para la empresa demandada, GAES S.A., con antigüedad desde el 15 de marzo de 1.996 y salario de 93,94 euros brutos diarios con prorrata de pagas extras.

2º.- La empresa procedió a extinguir el contrato remitiendo al actor una carta de despido con efectos al día 28 de noviembre de 2008, con el contenido siguiente:

"Muy señor nuestro:



Mediante la presente carta ponemos en su conocimiento que la Dirección de la Empresa ha decidido rescindir su contrato laboral, por sanción de despido disciplinario.

Nos basamos para esta decisión tanto al amparo del Convenio Colectivo como del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, por incumplimiento grave y culpable del trabajador, en concreto, su apartado 2.d. "La trasgresión de la buena fe contractual, así como el fraude, deslealtad y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Esta empresa dispone de pruebas fehacientes, (registros informáticos y documentales), y testimoniales (de compañeros y clientes), que demuestran sin lugar a duda, que usted ha utilizado tanto la Base de Datos como la información y apropiación de las fichas de nuestros clientes para interés propio. Así como la utilización de la contraseña privada de acceso al programa de la empresa de otra compañera, durante los sábados que ella no trabajaba para sacar esta información.

En concreto estas actividades las realizó durante las últimas semanas y concretamente los días 7, 14 y 21 de Noviembre.

Así pues la Empresa le comunica que ante la imposibilidad de mantener el vínculo laboral, por la falta de confianza que la empresa tenía puesta en usted, causará baja en la misma a partir del día 28 de noviembre de 2008".

3º.- En el centro de trabajo del actor era habitual entre los empleados intercambiar las claves personales de acceso a la base de datos de la empresa. Los trabajadores operaban indistintamente con los ordenadores, que permanecían encendidos y distribuidos por la sede de trabajo. La base de datos de la empresa contiene información de los clientes y todo empleado tiene acceso a dicha base.

4º.- Los días 8 y 22 de noviembre de 2008 el actor usó la clave de una compañera llamada Graciela para abrir un terminal.

5º.- El uno de octubre de 2008 el actor constituyó junto con Doña Berta, -trabajadora también despedida-, una sociedad llamada Centro de Audiología Clínica de Cantabria S.L., cuyo objeto social era el siguiente:

1.- La compra, venta, reparación y mantenimiento de todo tipo de aparatos médicos, protésicos y ortopédicos, incluyendo audífonos, y de cualquier otra actividad accesorio, complementaria o relacionada con las mismas.

2.- La compra, venta, arrendamiento y explotación de locales de negocio.

Dicha sociedad ha sido disuelta y liquidada por escritura de 16 de febrero de 2009, - folio 54-.

6º.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal o miembro del comité de empresa o delegado sindical.

7º.- Se celebró el acto de conciliación resultado intentado sin efecto.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demanda demandada, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara la improcedencia del despido del actor, no admitiendo la prueba de la empresa relativa a los hechos que -afirma-, muy genéricamente imputa en la carta de despido, y que básicamente, consisten en la acciones irregulares que sitúa en dos fechas que no son las descritas en la citada carta (los días 8 y 22 de noviembre), lo que declara atenta contra el derecho a la defensa del actor. Así, declara que la empresa no ha probado los hechos que imputa, no aceptando la prueba del informe obrante al folio 18 de los autos "que realiza un seguimiento de los movimientos informáticos del trabajador en la base de datos de la empresa", sin las garantías legalmente exigibles del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores. No contando con la presencia del trabajador ni de representantes de los trabajadores, en el registro de los movimientos informáticos del demandante. Lo que supone la violación de la intimidad, constitucionalmente, protegida, en doctrina que refiere. Y, lo declarado probado, en los dos días expresados (no los indicados en la carta de despido), es la utilización de una clave para acceso informático de otra compañera, lo que enmarca en un hecho generalizado en la empresa, tolerado. No, el aprovechamiento en beneficio propio de los listados de clientes de la demandada que funda la carta de despido comunicada.

Frente a esta decisión formula recurso de suplicación la representación letrada de la empresa demandada, con apoyo procesal en la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, solicitando la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de la prueba documental obrante en los folios 32, 33 y 5, consistentes en papeleta de conciliación ante el ORECLA, citación al referido acto, y conciliación celebrada



sin avenencia. Para que se amplíe en ordinal séptimo, con el siguiente texto: "En la demanda formulada por el actor ante el ORECLA se alegó exclusivamente lo siguiente: "Los hechos que se imputan son totalmente falsos constituyendo tal comunicación un despido nulo, o subsidiariamente improcedente, siendo ratificada la misma en la mediación llevada a cabo en dicho organismo el día 22-12-08". Por cuanto, posteriormente impugna, la pretendida indefensión apreciada en la instancia, de la carta de despido notificada al trabajador.

Con apoyo documental en los obrantes al folio 18 a 29 (informe sobre control de accesos de los empleados del centro GAES "IAI Santander", emitido a requerimiento del Director del Área Norte 1), propone la modificación del ordinal fáctico cuarto, proponiendo el siguiente texto: "Los días 8 y 22 de abril de 2008, el actor usó la calve de una compañera llamada Graciela para abrir un terminal existente en el comercio. La empresa tiene un sistema informático centralizado, con un programa de gestión o ERP. Efectuando un seguimiento informático de uno de los centros de la empresa, correspondiente a los movimientos llevados a cabo entre los días 5 a 26 de noviembre, se pudo constatar que con el código de la mencionada se efectuaron 58 consultas, siendo realizadas desde las 12.33 a las 12.58, todas ellas de audiometrías de comprobación o seguimiento de usuario, cuando la duración media de estas viene a ser de un periodo comprendido entre los 20 y 30 minutos cada una. Las entradas que efectuó ese mismo día y momento la otra empleada que estaba en el establecimiento Berta le impedirían ser la misma que utilizó el código de la primera. El día 22-11-08, se efectuaron 8 entradas a usuarios con el mismo código que el día 8-11, de Graciela, siendo la única persona que trabajó ese día el propio actor deduciéndose con el mismo criterio que el día antes indicado que fueron llevados a cabo por el actor".

El día 29 de abril de 2009, la representación letrada de la empresa recurrente, propone, ante el Juzgado Social núm. Cuatro, la unión de documental consistente en pretendida baja voluntaria del trabajador de fecha 24 de abril de 2009, recibido por esta Sala el día 19 de mayo de 2009.

Los artículos 231 de la Ley de Procedimiento Laboral con relación al 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permiten la unión al recurso de los documentos posteriores a la celebración del acto del juicio oral. Y la pretendida baja lo es. Pero, también exige que sean relevantes a la resolución del recurso, por contener elementos de juicio necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental. Y, dado que como preceptúa el artículo 245 de la Ley de Procedimiento Laboral, con relación al artículo 3.5 del Estatuto de los trabajadores, se prohíbe la transacción o renuncia de derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador. Sin perjuicio de las posibles incidencias de la citada baja, en su caso, en la ejecución provisional o definitiva, de la sentencia de instancia, ninguna relevancia al recurso planteado supone la aludida baja.

SEGUNDO.- Respecto a la adición fáctica solicitada en primer lugar, es irrelevante al éxito del recurso, pues, como a continuación se expone, en la demanda social, solo deben hacerse constar, como en la papeleta de conciliación, los hechos sobre los que verse la pretensión, y aquellos imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas, y la suplica correspondiente a ellos (apartados c) y d) del art. 80.1 de la LPL). No así, la fundamentación jurídica de su pretensión. E, impugnándose por el actor el despido comunicado por la empresa, solicitándose su declaración de nulidad o improcedencia, los hechos relevantes son los imputados en la carta, y la propia formalidad elegida por la empresa. Siendo, precisamente, en el acto del juicio oral, donde deban ponderarse tanto los términos de la carta notificada, como las pruebas oportunas respecto a su contenido, de incumbencia de la empresa, en aplicación del artículo 105.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. A valorar finalmente, en conclusiones del juicio oral, con relación a la pretensión contenida en demanda (art. 86.4 de la LPL). Momento procesal, en el que debe precisarse, de lo acreditado, en aquello en que se funda la solicitud del actor. Por lo que, no era preciso anunciar, ya, en la conciliación, como una de las causas de la conclusión de despido improcedente que solicita, el contenido de la carta de despido y la ponderación con lo probado en el juicio oral por la empresa, en orden a la indefensión o no que se efectúa al trabajador al pretende la prueba de los hechos que se imputan en la carta de despido, pero referida a dos días distintos de los expresados en la citada carta.

Por lo que se refiere a la segunda revisión instada, en la propia formulación se observan, una serie de posibles errores que evidencian, aun más, la parcial e interesada valoración de la misma actividad probatoria que en la instancia, en contra de lo efectuado por el magistrado de instancia. Lo que no es posible en el extraordinario recurso formulado. Así, los días 8 y 22, que refiere a abril de 2008, por deducirlo del conjunto de lo actuado, lo serán, en su caso, de noviembre. Pero, no es posible la ampliación y modificación interesada, por describir lo probado la sentencia atacada, lo que valora de la misma documental y sobre todo, como con puntual cumplimiento del art. 97.2 de la LPL, aclara, en la fundamentación jurídica de la confesión del propio actor y testifical, pruebas que no tiene acceso al recurso formulado. Así, si considera utilizada la clave de una compañera los indicados días (no los expresados en la carta de despido), también, que era tolerado, consentido, como hecho generalizado, la utilización indiscriminada de los trabajadores, de todos los



ordenadores de la empresa y las claves ajenas. Lo que impide entender que estamos ante una conducta grave y culpable o negligente del trabajador que, así, lo hacía.

Los documentos que, pretendidamente, fundan la revisión detallada por el recurrente, carecen del valor que precisa el artículo que lo funda y el artículo 194.3 de la LPL, pues, los citados, son declaraciones de un técnico en informática, sobre el rastro que deja la actuación aludida del actor, en el sistema de la empresa, con relación a datos que pueden afectar a la intimidad del trabajador, y que, como a continuación se expone, no es admisible en la litis, al no declararse probado, también, que previamente la empresa informase claramente a los trabajadores que, así iba a procederse. Informe que expresamente rechaza la sentencia, en cuanto pueda perjudicar a los derechos laborales del actor. Aunque no se comparta la aplicación analógica del artículo 18 del ET, al registro informático. Sí, en lo que se refiere a la protección de la intimidad del mismo trabajador.

La sentencia de instancia no precisa el apoyo en la prueba documental fehaciente o pericial, pudiendo valorar el conjunto de lo actuado, en aplicación del art. 97.2 de la LPL, incluido el resultado de análisis que evidencian la falta más grave imputada, al rebajar su contenido el uso de claves ajenas, por la tolerancia probada. La apropiación de las fichas de clientes de la demandada en su propio interés, que concreta los días 7, 14 y 21 de noviembre de 2008, no se considera acreditada en la instancia, ni en estas ni en otras fechas. Siendo la empresa que despide disciplinariamente (artículo 105.1 de la LPL), la obligada a probar en la instancia, los hechos imputados en la carta de despido, y de no ser así, en sede de recurso, solo cabe alterar el relato de la sentencia atacada, si existe prueba documental fehaciente o pericial, que acredite error evidente del juzgador en el texto atacado.

TERCERO.- Esta carta o notificación escrita al trabajador, según doctrina jurisprudencial que interpreta el aludido precepto y el artículo 55.1 del ET, exige una pormenorizada descripción de los hechos que motivan el despido, proporcionando al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan, pudiendo ser varios, como efectivamente sucede en esta litis, para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquellos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa. Puesto que la comunicación del despido obedece a la finalidad de que el trabajador conozca certeramente los hechos que se le imputan por el empresario, sin necesidad de una descripción pormenorizada, pero sin vaguedades o indefiniciones que causen indefensión al trabajador, prohibida por el artículo 24 de la Constitución española (STS de fecha 28 de abril de 1997, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1076/96). La ponderación de la indefensión tiene como objetivo, en atención a lo preceptuado en los números 4º del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, con relación a su número 1º, dado que el despido debe ser notificado por escrito al trabajador haciendo constar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto, sin que el precepto exija la calificación jurídica de lo imputado, que es una cuestión a valorar posteriormente (si lo descrito en la carta de despido notificada y los hechos que se declaran probados son suficientes para fundar la causa del despido disciplinario notificado), será procedente de probarse en las actuaciones; y, de no ser así, si no se prueba su existencia o los hechos son imprecisos o motivan indefensión al trabajador, la consecuencia es la declaración de improcedencia del despido, al no surtir efecto la carta comunicada. El Tribunal Supremo ha declarado en la sentencia de fecha 22 de febrero de 1993 (EDJ 1993/1692) que la valoración de si los hechos motivadores o no del despido, son suficientes para cubrir el requisito implícito en el artículo 55.1 del ET, implica una calificación jurídica en la que deben tenerse en cuenta una gran variedad de circunstancias específicas tales como la clase de imputación, la posición del trabajador despedido en el trabajo, la posibilidad de concretar en cada momento los aspectos de la conducta reprochada, etc., y que esta dependencia de circunstancias tan concretas, aconseja consentir un amplio margen a la apreciación del juzgador de instancia; sin perjuicio de que si una calificación se adopta apartándose manifiestamente del criterio de suficiencia marcada por la doctrina jurisprudencial, existe la posibilidad de impugnación por medio del recurso de suplicación.

En concreto, en las presentes actuaciones, respecto de las causas del despido que el magistrado de instancia, en parte, no considera probadas, y de las que no es posible la modificación fáctica expuesta. La imprecisión de la carta de despido que imputa los hechos a tres días, muy concretos, en cuya defensa acude el trabajador con las pruebas que estima oportunas. Al variar, tan concreta determinación, de tal forma que se trata de otras dos fechas, el mero dato de que sean sábados, no implica que, con ello, no se causa indefensión al trabajador, como valora el magistrado de instancia, puesto que pudo ofrecer otras pruebas tendentes a justificar su actuación o negar lo imputado. Por lo que, dentro del amplio margen de valoración de la instancia, del conjunto de las circunstancias ponderadas, se estima que no es irracional la conclusión atacada que aquí se comparte, de estimar, como imprecisa e insuficiente, la carta notificada. Y, solo con relación a la utilización de la clave de otra compañera, lo único que se declara probado de lo imputado. Lo que además, justifica por otros motivos declarados probados, sin impugnación. No así, que se beneficiase de informes de clientela de la demandada.



Pese a que primero genéricamente, la carta de despido alude a las dos causas que imputa al trabajador. En el párrafo siguiente, concreta en las fechas en que se imputan. Aquellas de las que puede defenderse en el acto del juicio oral, y la variación en las mismas, como afirma el magistrado de instancia, le causa indefensión, de conformidad con la doctrina referida. Y, no cabe en sede de recurso desautorizar, por el conjunto de circunstancias valoradas y probadas, la referida declaración de la instancia.

Por lo tanto, si "no se ha de entrar en la valoración de la prueba realizada por el órgano judicial, ni, por tanto, en si deberían haberse estimado como probados los hechos que estaban en la base de la pretensión", en este supuesto de la empresa demandada, en orden al despido comunicado, salvo, los supuestos y con los requisitos precisos en el art. 191.b) y 194.3 de la LPL, no es revisable el relato que la sustenta. Aquí no hay vulneración en el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa a la recurrente, sin que se establezca carga probatoria adicional alguna a la recurrente, que en virtud del art. 105 de la LPL, debe acreditar los hechos que imputa, al actor. Y, al variar un elemento tan relevante como las fechas concretas de los hechos que imputa, de tal forma que ninguna de las tres que indica, son las que intenta probar en el acto del juicio oral, se produce una evidente distorsión que implica el juicio de improcedencia declarado en la instancia. En especial, al declarar probado además, que lo único acreditado el uso de claves de otros trabajadores, era consentido y generalizado.

CUARTO.- Mención a parte merece, la valoración de la prueba de informe sobre registro informático en la empresa. En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 2007 (recurso de unificación de doctrina núm. 966/2006, EDJ 2007/166164), se declara, desde la perspectiva de ilicitud de la prueba obtenida vulnerando los derechos fundamentales (artículo 91.1 de la Ley de Procedimiento Laboral), que es la compatibilidad de ese control empresarial con el derecho del trabajador a su intimidad personal (artículo 18.1 de la Constitución y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos). 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 EDJ 1993/3778, 98/2000 EDJ 2000/4330 y 186/2000 EDJ 2000/15161).

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, entre otros supuestos, 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, 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, conlleva 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.

Estas consideraciones llevan a la conclusión del Alto Tribunal para declarar 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". Por tratarse de supuesto completamente distinto del que se produce con el control de los medios informáticos en el trabajo, ya que atribuye al empresario un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo. 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.

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 (STS de 5 de diciembre de 2003, EDJ 2003/196140), pero, cuando los trabajadores conocen ese control.

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. 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 del ET , 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).

En conclusión, 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 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".



La garantía de la intimidad se extiende, por tanto, a las comunicaciones telefónicas, el correo electrónico y a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador, incluso 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. Pues, 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.). Tampoco es obstáculo para la protección de la intimidad el que el ordenador no tuviera clave de acceso, -o como en este litigio, que la clave de unos trabajadores fuese usada habitualmente por otros-. Este dato -unido a la localización del ordenador en un despacho sin llave- no supone por sí mismo una aceptación por parte del trabajador de un acceso abierto a la información contenida en su ordenador.

Dicha doctrina se extiende en este supuesto, al registro que puede obtenerse de las visitas a los registros de la empresa de clientes, utilizando la clave de acceso de otra compañera. Primero, por que no se declara probado que lo hiciese para utilizarlos en beneficio propio, y la empresa no podía recoger la información obrante en los archivos temporales y utilizarla con la finalidad que lo ha hecho. Esa actuación en el presente caso ha supuesto una vulneración de su derecho a la intimidad. En efecto, en el supuesto de que efectivamente los archivos mencionados registraran la actividad del actor, la medida adoptada por la empresa, sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, es más, con el consentimiento y uso generalizado de ordenadores y claves de acceso de unos empleados, por otros, supone una lesión a su intimidad en los términos a que se ha hecho referencia en los anteriores fundamentos. Pues, debió primero, limitarse la citada práctica consentida y generalizada, advertir que tales controles con el examen del ordenador, iban a realizarse, para valorar la práctica de los empleados. De esta forma, no cabe entender que estemos ante lo que en el ámbito penal se califica como un "hallazgo casual" (sentencias de 20 de septiembre, EDJ 2006/277450, 20 de noviembre, EDJ 2006/331136 y 1 de diciembre de 2.006), pues se ha ido más allá de lo que la entrada regular, para un control generalizado y acorde a las prácticas toleradas, justifica.

Lo expuesto, conlleva la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO.- El art. 97 de la LPL , no incluyen una prueba tasada para la justificación de los hechos imputados en la carta de despido, por lo que el magistrado de instancia, no incurre en infracción del mismo, cuando, para obtener su relato de hechos probados, valora el conjunto de actividad probatoria, con libre e imparcial criterio, no estando exenta de la prueba por la vía de las presunciones la acreditación de las imputadas en la carta de despido, es decir partiendo de un hecho cierto y probado, del que lógicamente se deduzca su consecuencia, puede llegarse a tal convicción judicial. Para la justificación del despido no se precisa prueba exhaustiva en el acto del juicio oral, pero, una vez agotados sus efectos valorativos directos, en la instancia, aun bastando para la extinción del contrato de trabajo por deslealtad o abuso de confianza, un incumplimiento relevante del empleado, como los imputados de abuso, aquí, falta la prueba cierta o indiciaria, en la instancia de que debe partir el recurrente, de la comisión por el actor de los graves hechos que se le imputan.

El hecho de que la sentencia recurrida haga mención expresa a las pruebas que valora, no autoriza al recurrente, a su valoración parcial e interesada de signo contrario, cuando la valoración de la prueba se realiza, conforme a lo preceptuado en el art. 97 , por el Juez "a quo", y aclara porque, no acepta la versión de alguno de ellos, en las conclusiones que de sus declaraciones se obtiene.

En orden a la infracción que se pretende, de los artículos 54.2 del ET , que contempla como causa del despido la trasgresión de la buena fe contractual del empleado y abuso de confianza, como legitimadores de la extinción contractual por el empresario, esta resolución, debe partir del inalterado relato fáctico, en el que solo se declara probado que el actor ha utilizado la clave de una compañera, y en días que no se expresan en la carta, que aun no siendo sábados, parte de los imputados, de concretarse, el actor pudo obtener una justificación del uso que se le imputa, genéricamente, cualquier sábado. Sin prueba por la recurrente, de que, con ello, se cause daño a la empresa o a otros trabajadores, por lo que se considera también, adecuadamente calificados, como falta no sancionable con despido. Y, la insuficiencia de los hechos probados como causa del cese, según la propia norma convencional aplicable, conlleva la desestimación íntegra del recurso, al ser adecuado a los preceptos citados su calificación como despido improcedente (S del TS de 24-10-90, EDJ 1990/9699). La doctrina jurisprudencial declara, no obstante, que al efecto deben valorarse todas las circunstancias concurrentes de hecho o conducta del trabajador a fin de determinar si lo imputado justifica la pérdida de confianza por la trasgresión de la buena fe contractual que se impone al trabajador (SS del TS de 2 de abril de 1.987, EDJT 1987/2643 y 25 de junio de 1.990, EDJ 1990/6789). Y, en la presente litis, procede la desestimación del recurso



planteado por la empresa, pues, como declara el magistrado de instancia, la actuación probada del actor que única falta probada, no legitima la sanción por deslealtad al actor, por la tolerancia empresarial.

SEXTO.- Dado que la empresa recurrente no tiene reconocido el beneficio de justicia gratuita, conforme al artículo 233 de la LPL, procede la imposición de costas a la parte recurrente, al existir escrito de impugnación al recurso en la cuantía de 600 €, en concepto de honorarios de Letrado. Igualmente, procede la pérdida de depósitos y consignaciones, del art. 202 de la LPL.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por GAES S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de Santander de fecha 9 de Marzo de 2009, en virtud de demanda formulada por D. Jon contra la empresa recurrente y FOGASA, en reclamación por despido y, en su consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Se imponen a la parte recurrente costas en la cuantía de 600 € y concepto de honorarios de letrado de la parte impugnante del recurso.

Dese al depósito constituido el destino legal correspondiente.

Notifíquese esta sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, previniéndoles de su derecho a interponer, contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación. Debiendo acreditar la parte demandada, si recurriere, mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personación, la consignación de un depósito de 300,51 Euros (50.000 pesetas) en la entidad de crédito BANCO BANESTO, sucursal de MADRID C/ Barquillo núm. 49, oficina 1006 con el nº. de Cuenta 2410, para la Sala Social del Tribunal Supremo.

Devuélvase, una vez firme la sentencia, los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.