



Roj: **STSJ CANT 38/2007 - ECLI:ES:Tsjcant:2007:38**

Id Cendoj: **39075340012007100038**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2007**

Nº de Recurso: **1149/2006**

Nº de Resolución: **48/2007**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CANTABRIA SALA SOCIAL

SANTANDER

SENTENCIA: 00048/2007

Rec. Núm. 1.149/06 Sec. Sra. Colvée Benlloch.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

MAGISTRADOS

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

Ilmo. Sr. D. Jesús M^a Martín Morillo

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

SENTENCIA

En Santander a dieciocho de enero de dos mil siete.

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Antonio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Dos de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús M^a Martín Morillo, quién expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D. Antonio , siendo demandado el Bufete de Intermediarios Financieros S.L., sobre despido, y que en su día se celebró el acto de la vista habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en 19 de septiembre de 2.006 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

1º.- El actor, Antonio , ha venido prestando sus servicios profesionales para la empresa demandada, Bufete de Intermediarios Financieros, S.L., con antigüedad desde el 21 de abril de 2003, ostentando la categoría profesional de Técnico Nivel B y percibiendo un salario diario de 55,79 euros incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

2º. - Mediante carta fechada el 31 de mayo del 2006 la empresa demandada comunica al actor lo siguiente:



Muy señor mío: Ha venido en conocimiento de esta empresa con posterioridad al 2 de mayo del 2006 la comisión por Vd. De una conducta, que más abajo se describirá detalladamente, que le obliga a tomar la medida disciplinaria de despido.

En efecto, ha quedado acreditado que ha realizado Vd. La siguiente conducta y en las siguientes fechas, constituyendo la misma un incumplimiento contractual culpable generador de dicha sanción:

Que durante el periodo comprendido entre el 15 de marzo del 2006 y el 26 de abril del 2006, ambos inclusive, Vd. procedió a utilizar todos los días laborables y dentro de la jornada laboral el ordenador (Terminal número 192.168.0.1) que la empresa había puesto a su disposición a fin de que tramitara los expedientes de clientes en la página oficial de la marca ("Credit Services") y solo en ella, para fines exclusivamente particulares, mediante el acceso a páginas Web de Internet que nada tenían que ver con las funciones de su puesto de trabajo (tales como www.elmundo.es; www.larazon.es; www.infobolsa.es; www.bolsacolo.com; www.kostarof.es; www.grupo correo.es; www.marca.es; www.recoletos.es; . . . etc., por citar algunas de las más usuales y a título meramente ejemplificativo) y ello durante un total de ciento cuarenta y nueve horas, dieciocho minutos y veintinueve segundos (149:18:29), lo que hace una media para los 30 días laborables computados en dicho periodo de cuatro horas y cincuenta y ocho minutos con treinta y seis segundos (4:58:06).

Que todas estas actuaciones han supuesto que Vd. destine de la jornada laboral una media de 4.58 horas a fines particulares o ajenos a la actividad para la que fue contratado. Que el ordenador de la empresa desde el que Vd. ha estado realizando las conductas arriba descritas, sólo tiene por finalidad, según tiene establecido la empresa, la introducción de información de los clientes en la página oficial de la marca (Credit Services) y a través de los cauces establecidos, de los asientos de la información requerida por el programa informático, y la mera tramitación de los expedientes, funciones para las que no es necesario acceder a ninguna de las páginas de Internet a las que db. ha tenido acceso.

Que al objeto de acreditar el acceso indebido a Internet durante la jornada laboral y las restantes cuestiones arriba señaladas esta empresa ha solicitado y dispone de un informe técnico que, emitido por un especialista, desglosa, segundo por segundo y en sesiones, todos los accesos efectuados por db. desde su Terminal acreditando con ello los hechos arriba señalados.

Que la indicada conducta es constitutiva de un incumplimiento grave y culpable por su parte de las obligaciones que, presididas siempre por la buena fe, tiene para con esta empresa en el cumplimiento de los cometidos de su puesto de trabajo, y que revela la comisión de la falta grave prevista en el artículo 54.2.d) del Real Decreto Legislativo 1/1995 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 32.5 (faltas muy graves) del Convenio Colectivo Marco para los establecimientos financieros de crédito (2005-2006) definida como la trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Visto, por tanto, la indicada conducta acreditada, sus fechas de conocimiento por esta empresa y de comisión y los preceptos mencionados, esta empresa ha tomado la decisión de sancionarle a Vd. con el Despido disciplinario, que tendrá efectos a partir del día treinta y uno de mayo, incluido, fecha a partir de la cual deberá Vd. abstenerse en lo sucesivo de venir a esta empresa para prestar sus servicios laborales, al quedar desde la misma extinguido el contrato de trabajo que le unía a Vd. a esta empresa, tal y como se establece en el artículo 49.1.K del precitado Estatuto de 1995.

En tanto a esta empresa no le consta que sea Vd. afiliado a un concreto sindicato, no se ha dado audiencia a los representantes de los mismos legalmente acreditados ante ella, al ser innecesario tal trámite, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 55.1 del Estatuto de los trabajadores citado.

3º.- La empresa Bufete de Intermediarios Financieros, S.L. tiene como actividad la intermediación entre los clientes y las entidades bancarias para la concesión de créditos.

4º.- Las funciones que realizaba el actor consistían fundamentalmente en introducir los **datos** personales y económicos de los clientes que quieren solicitar un préstamo en la página oficial de la marca ("Credit Services"), tramitando y gestionando toda la documentación que luego el empresario, Sr. Evaristo, se encargaba de llevar a las entidades bancarias. Ocasionalmente, cuando no estaba Don. Evaristo, atendía a los clientes.

5º.- El demandante realizaba este trabajo en la oficina de la empresa y solo esporádicamente ha salido del centro de trabajo para realizar una gestión.

6º.- El trabajador actor participó en marzo de 2003 en un curso de Analista Financiero y otro de Gestor de Inversiones impartido por la empresa Credit Bank Services.

7º.- La página web de "Credit Services" contiene la información y **datos** económicos necesarios para tramitar la petición de créditos de los clientes.



8º.- La empresa demandada tiene una plantilla de tres trabajadores que son el actor, la secretaria, Sra. Bárbara , y en carnación Puebla que realiza labores de comercial con una jornada de cuatro horas diarias.

9º. - En la empresa demandada hay instalados tres ordenadores fijos. Uno lo utiliza el empresario Don. Evaristo , otro el actor (cuya terminal es la número 192.168.01) Y otro la Secretaria, Sra. Bárbara .

Cada ordenador tiene asignada una clave personal de acceso. La Sra. Bárbara conoce la clave de acceso del actor pero nunca ha utilizado su ordenador sin la presencia de éste.

10º. - A primeros del mes de marzo del presente año, el empresario, Don. Evaristo , reunió en su despacho a los tres trabajadores, y les informó que iba a instalar un sistema de control en los ordenadores de la empresa respecto al uso de Internet.

11º.- A los pocos días llegó a la empresa durante la jornada laboral Gustavo , quien a la vista de los trabajadores instaló en la oficina un aparato que conectó a los tres ordenadores y que estuvo instalado hasta el 26 de abril de 2006.

12º.- Este sistema de control realiza una estadística de todos los accesos a Internet que no sean los oficiales de la página de "Credit Services" y los enlaces permitidos por ésta.

13º.- El resultado obtenido para la terminal de ordenador (IP 192.168.01) utilizado por el actor durante el periodo 15 de marzo de 2006 a 26 de abril de 2006 es el que se recoge en el documento número 4 de la empresa demandada y cuyo contenido se da íntegramente por reproducido.

14º.- Los trabajadores de la empresa demandada recibieron en Junio de 2005 formación en materia de Protección de **Datos** con el establecimiento y conocimiento de un Plan de Seguridad acorde con la normativa en materia de protección de **datos** y para garantizar la seguridad de los ficheros automatizados. En dicho Plan se recoge expresamente la prohibición de utilizar los recursos informáticos para actividades que no sean las funciones propias del puesto de trabajo.

15º.- No ha ostentado el actor cargo de representación sindical.

16º.- El 15 de junio de 2006 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Orecla que finalizó sin Avenencia.

TERCERO.- Que contra dicha resolución anunció recurso de suplicación la parte demandante, 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 del Juzgado de lo social núm. 2 de Santander de 19 de septiembre de dos mil seis desestimó la demanda formulada por el actor declarando la procedencia del despido sufrido por aquel y, frente a dicha resolución, interpone recurso de Suplicación el demandante desde la perspectiva que autoriza el Art. 191 b) y c) de la Ley de Procedimiento Laboral , aprobada por Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 abril , denunciando

a) La infracción de los Art. 18 y 54 del Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por R.D- Legislativo 1/1995, de 24 de marzo , y de la jurisprudencia que los aplica e interpreta, argumentando que las pruebas sobre las que se sustenta la imputación empresarial de una conducta fraudulenta fueron obtenidas de forma ilícita, y, b) porque entiende que la calificación de aquella conducta como falta muy grave es desproporcionada ya que el acceso a las paginas Web guardan una estrecha relación con los cometidos profesionales del actor como analista financiero y gestor de inversiones.

SEGUNDO.- Alega en primer lugar el recurrente que el registro practicado por el empresario de manera directa sobre la memoria del ordenador empleado por el trabajador en al empresa, para controlar los accesos a Internet, constituye una vulneración de su derecho a la intimidad.

Así planteado el problema, del incombato relato histórico consignado en la sentencia de instancia, las circunstancias que concurren y resultan relevantes para su resolución pueden sintetizarse en los siguientes términos:

1º. El actor, con la categoría profesional de técnico nivel B, tenía como cometido la captación de los **datos** personales y económicos de los clientes que pretendían la obtención de un préstamo, utilizando para ello un ordenador puesto a su disposición por la empresa, para acceder al cual disponía de una clave de acceso personal o password, cuyo conocimiento era exclusivo del propio trabajador.



2º. El código de conducta empresarial, recogido en el documento denominado "Manual de Seguridad de Protección de **Datos**", establecía que, fuera de la información suministrada por la pagina web de la firma "Credit Services" y sus enlaces, el acceso a la red publica de Internet se limitaba a los temas que guardaran una relación exclusiva con la actividad de la empresa (ordinal decimocuarto).

3º. A principios del mes de marzo del año 2006 el empresario, Don. Evaristo , informo a todos los trabajadores de la empresa de la instalación de un sistema de control en los tres ordenadores de la empresa respecto del uso de Internet (ordinal décimo).

4º. El control lo llevo a cabo un ingeniero técnico ajeno a la empresa mediante el filtrado del fichero Acces.log, a cargo de un servidor Linux (ordinales undécimo y decimotercero).

En la carta de despido se le imputa la utilización indebida del acceso a Internet mediante la utilización de una herramienta de trabajo puesta a su disposición por al empresa para su empleo en los cometidos propios de su puesto de trabajo; en concreto se le imputaba haber navegado por Internet una media diaria de cuatro horas y cincuenta y ocho minutos mediante el acceso a paginas web que nada tenían que ver con las funciones de su puesto de trabajo, durante el periodo comprendido entre el 15 de marzo y el 6 de abril de 2006, conducta que se considera una trasgresión de la buena fe contractual, constitutiva de una falta muy grave.

TERCERO.- Para el adecuado enjuiciamiento de la cuestión planteada, que no es otra que la determinación del ámbito de la privacidad del trabajador en el control de los sitios web visitados por aquel durante la jornada de trabajo, hay que partir del hecho de que el Estatuto de los trabajadores, después de establecer en el Art. 20.3 que "El empresario 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, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso", no hace ninguna referencia a esta novedosa forma de vigilancia, lo cual es tanto como decir que el E.T. no prohíbe el control empresarial mediante al utilización de las nuevas tecnologías de la información; en este sentido la Agencia de Protección de **Datos** tiene establecido que "... en principio y de modo general, siempre que el correo electrónico, archivo informático etc. o cualquier otra comunicación formen parte de la actividad laboral del trabajador y se realicen en tiempo de trabajo puede ser analizadas y supervisadas por el empresario dado que entrarían dentro de la potestad de control que puede ejercer legalmente".

Ahora bien el hecho de que no se halle vedada la utilización de las nuevas tecnologías entre los instrumentos disponibles para el control y vigilancia de la actividad laboral, no comporta que su aplicación pueda hacerse de manera omnimoda e indiscriminada, con abstracción de los derechos fundamentales del trabajador, tal como se subraya, en sus diversos considerandos, por la Directiva 1995/46CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre , relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de **datos** personales y a la libre circulación de estos **datos**; exigiendo de modo particular el respecto al derecho a una vida privada, en cuya virtud el trabajador debe gozar de una razonable expectativa a un cierto grado de intimidad, dignidad, confidencialidad y autonomía, como lo recuerda el Considerando 10 al señalar que "...las legislaciones nacionales relativas al tratamiento de **datos** personales tienen por objeto garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales, particularmente del derecho al respeto de la vida privada reconocido en el Art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como en los principios generales del Derecho comunitario", y, por tanto, "la aproximación de dichas legislaciones no debe conducir a una disminución de la protección que garantizan sino que, por el contrario, debe tener por objeto asegurar un alto nivel de protección dentro de la Comunidad". En efecto, el art. 8.1 del Convenio Europeo consagra un derecho al respeto de la privacidad que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha determinado que no se limita al hogar, sino que se aplica también al lugar de trabajo (asuntos Niemitz, de 23 de noviembre de 1992, y Halford, de 27 de mayo de 1.997).

El derecho a la privacidad se encuentra asimismo amparado por el Art. 18.4 de la CE , habiéndose cuidado el Tribunal Constitucional de advertir que nada legitima que quienes prestan servicios en organizaciones empresariales por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares "deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales o libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional" (SSTC núm. 88/1985, de 19 de julio, F.J. 2º y 129/1989, de 17 de julio, F.J. 3º); de manera específica, comentando la incidencia del Convenio del Consejo de Europa de 1981 en la interpretación del Art. 18.4 de la CE , la STC núm. 254/1993, de 20 de julio , recuerda que este precepto tiene como finalidad garantizar a toda persona física el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, y en especial el respeto de su derecho a la vida privada respecto del tratamiento automatizado de sus **datos** personales.



En definitiva como pone de manifiesto la doctrina la aplicación de la Ley a los supuestos de vigilancia informática en el ámbito laboral, ya sea a través de los principios generales previstos en las constitucionales o en las normas internacionales, ya lo sea a través de las reglas específicas del ordenamiento interno, gira siempre en torno al establecimiento de un equilibrio entre los derechos, intereses y expectativas del empresario, por un lado, y los del trabajador, por otro, desde el momento en que el Art. 4.2.e) del E.T. le reconoce el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad y, a nadie se le oculta el hecho de que, a través del control de los lugares visitados, pueden reconstruirse aspectos propios de la vida privada del trabajador.

La sentencia de instancia ha considerado aplicable al supuesto de autos la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 186/2000 sobre instalación de circuitos de video- vigilancia y, desde dicha perspectiva, entiende que el control efectuado sobre el ordenador asignado al actor resulta una medida adecuada, que además el control se realizó con el conocimiento previo del demandante y, por tanto, la prueba de los hechos imputados fue obtenida de forma lícita.

No cabe duda que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en materia de micrófonos o cámaras audiovisuales ha de constituir la base de la que hay que partir para establecer los criterios que han de guiar y limitar las facultades del empresario a la hora de instalar sistemas de control sobre el uso del correo electrónico o internet por sus empleados. Esta doctrina intenta arraigar, como criterio interpretativo, el "principio de proporcionalidad", de modo que este sea utilizado en las resoluciones judiciales que afronten las controversias suscitadas en torno al ejercicio de las facultades de control empresarial. A efectos de comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el canon de la "proporcionalidad", será necesario verificar, a tenor de la doctrina constitucional, si tal medida cumple con los tres requisitos o parámetros que menciona la jurisprudencia citada por la Juzgadora de instancia, a saber: a) si es idónea para alcanzar el objetivo propuesto; b) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de aquel propósito con la misma o similar eficacia y, en fin, c) si la medida es equilibrada o proporcionada, en el sentido de derivarse de ella más beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Lo anterior sentado, no puede obviarse la circunstancia de que existen ciertas diferencias entre las nuevas tecnologías y los anteriores medios audiovisuales y de comunicación; así, a diferencia de la video-vigilancia, en la ciber-vigilancia es posible distinguir dos momentos distintos, un primer momento de recogida de **datos** y un segundo momento de tratamiento de los **datos** obtenidos; es decir, aunque la informática permite un control directo del comportamiento laboral del trabajador, el verdadero conocimiento sobre el comportamiento del trabajador no se obtiene sino mediante la recogida sistemática de **datos**, su almacenamiento y su posterior tratamiento; de ahí que los límites que se derivan del respeto al derecho de la intimidad han de operar en dos momentos distintos: en el momento de la recogida de los **datos** y de la información, que ha de ser adecuados al fin perseguido, que no podrá ser otro que la verificación del cumplimiento de sus obligaciones laborales por el trabajador, y, además, en el momento del posterior registro físico para el tratamiento de los **datos** capturados.

CUARTO.- Es desde la anterior perspectiva que debe analizarse el supuesto aquí debatido y, más concretamente, la techa sobre ilicitud de la prueba obtenida mediante el registro del ordenador personal que formula el recurrente.

Sostiene la Magistrada de instancia que el control efectuado del ordenador asignado al actor era una medida adecuada y necesaria por cuanto es el único medio que la empresa posee para comprobar las irregularidades detectadas y, además, equilibrada porque su objetivo era obtener el conocimiento del comportamiento laboral del actor, a lo que habría que añadir que el control, se realizó con el conocimiento previo del demandante. Efectivamente, conforme deriva del incombustible relato fáctico, el empresario actuó con transparencia y cumplió con las exigencias que derivan de la buena fe y que deben presidir el ejercicio de las facultades de control y vigilancia, cuando informo a los tres trabajadores de la empresa y, por ende, también al actor, del establecimiento de un sistema de control destinado a la verificación del uso de Internet, otro cosa es que haya respetado las garantías que se derivan de los Art. 6 y 7 de la Directiva 1995/46CE, entre las que merece destacar, el respeto a los principios de causalidad, indispensabilidad, proporcionalidad y la garantía de la presencia de un representante de los trabajadores en el momento del registro físico.

En este sentido no se puede compartir la tesis que asimismo se sustenta en la sentencia de instancia sobre la necesidad y el equilibrio del sistema de control utilizado, al que se considera un instrumento proporcionado y necesario a la finalidad perseguida, pues frente a lo que allí se afirma, la recogida de **datos** no se limitaba a realizar una estadística de los accesos a Internet que no fueran los oficiales de la página "Credit Services" y los enlaces permitidos por esta, sino que especificaba asimismo los recursos de Internet solicitados (páginas web, gráficos, fotografías ...etc.), y tal acopio de **datos**, en la medida en que entrañaba un control sistemático de los sitios visitados, así como de su frecuencia, tiempo de conexión y navegación, permiten reconstruir aspectos



subjetivos relativos a la intimidad del trabajador, y ello excede sin duda de la finalidad declarada: conocer el uso que se hacía de Internet en horas de trabajo, que era el parámetro que debió modular el nivel y la intensidad de la recogida de **datos**, y que al ser rebasado deslegitima el comportamiento empresarial, pues constituye un principio básico de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de **Datos** de Carácter Personal, que sólo se podrán recoger **datos** de carácter personal para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido (Art. 4.1), lo que también se deduce del Considerando 28 de la Directiva 1995/46 cuando indica que "todo tratamiento de **datos** personales debe efectuarse de forma lícita y leal con respecto al interesado; que debe referirse, en particular, a **datos** adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los objetivos perseguidos; que estos objetivos han de ser explícitos y legítimos, y deben estar determinados en el momento de obtener los **datos**".

Tampoco se puede compartir el criterio de que el medio técnico elegido fuera adecuado y necesario puesto que se pudo acudir a otras medidas menos ingerentes sobre la privacidad del trabajador, que igualmente podían satisfacer el interés empresarial en un grado similar al empleado. En este sentido llama la atención que se hayan eludido los controles preventivos, adoptando controles indirectos sobre la navegación mediante la instalación de advertencias automáticas o filtros que impidiesen visitar las páginas o lugares no autorizados o, incluso, se pudo instalar un control meramente estadístico relativo al tiempo de conexión a los sitios no autorizados, que asimismo hubiera permitido tomar conocimiento de los **datos** imprescindibles para la comprobación del uso que se venía haciendo de los accesos a Internet que no fueran los oficiales de la página "Credit Services" y del tiempo invertido en ello.

La conclusión de cuanto se deja dicho no puede ser otra sino que el sistema de control cuestionado, rebasó ampliamente los límites con el que la citada sentencia 186/2000 STC concibe tal facultad empresarial mediante el uso de los nuevos medios técnicos, al resultar inadecuado al fin perseguido y, además porque, los **datos** capturados en la actividad de control desplegada fueron excesivos, lo que deslegitima el comportamiento empresarial, de conformidad con lo previsto en el Art. 7.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que considera ilegítimas las conductas empresariales que utilicen "... aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción".

QUINTO.- Pero es que, además, en el control a posteriori, en el momento mismo de ejercer el registro sobre los medios informáticos puesto a disposición del propio trabajador, se han olvidado las previsiones del Art. 18 del E.T.

Como ya advertían las SSTSJ de Cantabria 20 y 23 de febrero de 2004, esta Sala no desconoce que la problemática suscitada sobre el registro o control directo de los terminales informáticos utilizados por los trabajadores y el control del uso de Internet ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia sin que todavía hoy se haya alcanzado una postura unificada claramente asentada. La polémica surge porque mientras algunas resoluciones judiciales consideran que la dirección puede registrar libremente el contenido de los ordenadores puestos a disposición de los trabajadores al tratarse de un instrumento de trabajo propiedad de la empresa que únicamente puede ser utilizado con fines laborales, otras como ocurre con las dos citadas entienden que debe asimilarse su tratamiento al de las taquillas o al de las mesas de trabajo, que también son propiedad de la empresa, pero cuyo registro debe efectuarse por los cauces que el Art. 18 prevé para el registro de la persona del trabajador y sus efectos personales, y así puede leerse en las mismas "...aunque no sean identificables perfectamente las taquillas y los ordenadores, deben seguirse las prescripciones del artículo 18 E.T. en los registros que se realicen en los ordenadores que, como en el caso presente, utilizan los trabajadores aunque no sean de su propiedad. Desde nuestra perspectiva entra el acceso al ordenador del trabajador en el supuesto de hecho definido en esta norma. Considera también parte de la doctrina de las Salas de lo Social (STSJ Andalucía, Málaga, 25-2-2000, por todas) que el ordenador puede asimilarse a la taquilla: dicho ordenador es un instrumento de trabajo propiedad de la empresa y que no puede ser utilizado para otros fines distintos o ajenos a la actividad laboral, como en nuestro supuesto se imputaba a la actora, por lo que no puede hablarse de documentos personales incorporados al mismo. Tal doctrina de suplicación no es nueva. En realidad es la misma doctrina que tradicionalmente ha venido considerando la utilización de bienes e instrumentos de la empresa como incumplimiento laboral grave y culpable... Existe en el artículo 18 un conflicto entre el derecho a la intimidad del trabajador y el derecho de propiedad del empresario, en el que ha prevalecido éste, pero siempre, claro está, que el control se realice respetando los límites legales, es decir, los requisitos que se han obviado en el caso analizado (la presencia del trabajador, lo que la norma aplicable omite porque es un requisito obvio) y la asistencia de un representante legal o, en su ausencia, de otro trabajador siempre que sea posible".



Los términos del debate, según queda expuesto, se contraen a determinar si cabe llevar a cabo una interpretación analógica del Art. 18 del E.T. conforme a la cual el ordenador personal puesto a disposición del trabajador por su empresa comparte la misma naturaleza que alguno de los tres espacios de intimidad a los que el precepto legal extiende la garantía frente a los registros del empresario, siempre y cuando resulten necesarios " para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa", y como hemos visto la respuesta de la Sala ha sido positiva, en doctrina que no cabe sino confirmar, puesto que el art. 18 no se limita a salvaguardar de los registros a la persona del trabajador, sino que materializa y extiende el ámbito de la salvaguarda a los efectos personales del trabajador, es decir, a aquellos objetos que por guardar una estrecha relación con la intimidad del trabajador deben gozar de idénticos niveles de tutela.

Como con acierto se ha dicho por algún sector de la doctrina, en relación con el uso social del correo electrónico y de Internet dentro de la empresa, resulta poco razonable exigir al trabajador una conducta prácticamente heroica de renunciar a unos medios a los que se le da acceso de forma muy sencilla. Pues bien, en la medida en que se pone a disposición del trabajador un ordenador para cuyo acceso se ha de disponer de una password o clave personal, hay que entender que se le está entregando una llave sobre un ámbito de uso exclusivo del trabajador y con ello se le está creando una expectativa razonable de intimidad sobre ese espacio virtual y, en consecuencia, cualquier registro que se efectúe sobre el mismo, en la medida en que se trata de un efecto de uso personal del trabajador sobre el que se proyecta la intimidad de quien lo maneja, debe venir rodeado de las garantías previstas en el Art. 18 del E.T.; esto es, ha de realizarse en horas de trabajo, dentro del centro de trabajo y en presencia de un representante legal de los trabajadores o, en su defecto, de otro trabajador de la empresa y del propio afectado, para con quien se guardara el máximo respecto a su dignidad.

En el supuesto debatido el registro lo llevo a cabo el perito Sr. Gustavo, quien, según propia manifestación, para ejecutarlo trasladó el ordenador del actor fuera de la empresa, a su propia oficina, y allí procedió al filtrado de los ficheros sin que se hallara presente ningún trabajador de la empresa (ordinal decimotercero), todo lo cual determina la nulidad de las pruebas obtenidas de esa forma indebida de conformidad con el artículo 11.1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales, y del artículo 90.1 de la L.P.L. que obliga al Juez o Magistrado a rechazar la prueba obtenida por guardar un vínculo directo con la esfera de la privacidad de la persona.

SEXTO.- Desprovisto de toda eficacia probatoria el registro efectuado sobre el ordenador asignado al actor, queda por examinar si por otros medios se ha acreditado la conducta imputada sobre navegación irregular para, en tal caso, examinar si los hechos acreditados pueden ser tipificados como conducta muy grave.

Lo único probado, porque así lo admite el actor, es que desconocía quien había accedido a la página web de Alto-Campo y que su clave de acceso era conocida por el resto de los trabajadores de la oficina, aunque él no conocía la clave de acceso del director ni la de su secretaria, y con tales hechos difícilmente se puede hablar de un uso abusivo para fines personales de los medios o instrumentos de trabajo puestos a su disposición por el empresario y, por tanto, tampoco se puede apreciar la existencia de una trasgresión de la buena fe contractual de que habla el Art. 54.2.d en su relación con el núm. 1 de expresado artículo del E.T. que se imputa al actor como causa justificativa de su despido, por lo que habrá que concluir calificando el mismo como improcedente con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

Conforme previene el Art. 56 del E.T. procede la condena opcional de la empresa a ejercitar, en tiempo y forma legales, entre readmitir al trabajador en su antiguo puesto de trabajo, o abonarle la indemnización sustitutiva equivalente a 45 días de salario por año de antigüedad, con prorrateo mensual de los períodos de tiempo inferiores al año, y abono, en cualquier caso, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente, sobre la cuantía de los declarados probados de 55,79 euros diarios (hecho probado primero). Cantidades que, sumadas, constituyen la cantidad objeto de condena a los efectos de su consignación o aval para poder recurrir. Sin perjuicio de todo ello, de lo que previene el artículo 57 ET en relación con el artículo 116 LPL, respecto a los salarios excedidos de 60 días hábiles, una vez abonados por la empresa al trabajador. Y con el entendimiento de que, en caso de no realizar opción expresa en los términos y plazo que derivan de los artículos 56,3 ET y 110,3 LPL, procederá entender que se opta por la readmisión.

Vistos los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que, con estimación del recurso formalizado por parte de la representación letrada de D. Antonio contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santander de fecha 19 de septiembre de dos mil seis, dictada en los autos 380/06, recaída resolviendo demanda sobre Despido instado contra "Bufete de Intermediarios Financieros S.L.", procede declarar la Improcedencia del despido habido, condenando a la



empresa mencionada a que, a su opción, proceda o a la readmisión del trabajador en su antiguo puesto de trabajo, o al abono de la indemnización sustitutiva de siete mil setecientos cuarenta euros con ochenta y seis céntimos (7.740,86 €), con abono, en todo caso, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente, calculados conforme a un salario diario de 55,79 euros.

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 para ante la Sala de Lo Social del Tribunal Supremo dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente al de su notificación. El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 Euros (50.000 pesetas) en la cuenta nº 2410/0000/60/1149/06, abierta en la entidad de crédito Banco Banesto, Sucursal de Madrid, C/ Barquillo nº 49 Oficina 1006, para la Sala Social del Tribunal Supremo. Igualmente, deberá consignar en la cuenta del Banco Banesto núm. 3874/0000/66/1149 /06, Código Entidad: 0030, Código Oficina: 7001, la cantidad total importe de la condena.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, los autos al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución y déjese otra certificación en el Rollo de 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.