



Roj: **STSJ CL 5788/2012 - ECLI:ES:TSJCL:2012:5788**

Id Cendoj: **47186340012012102198**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2012**

Nº de Recurso: **1691/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ESCUADRA BUENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 02229/2012**

**T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID**

C/ANGUSTIAS S/N

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

**NIG:** 47186 44 4 2012 0000573

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0001691 /2012-C

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA 0000118 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 004 de VALLADOLID

**Recurrente/s:** Yolanda

**Abogado/a:** FERNANDO LOPEZ ENRIQUEZ CHILLON

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

**Recurrido/s:** IMESAPI S.A.

**Abogado/a:** ROBERTO REGUERA GONZALEZ

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

Rec. Núm 1691/12

Ilmos. Sres.

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente Sección

Dª Mª Carmen Escuadra Bueno

*D. Rafael A. López Parada /*

En Valladolid a cinco de Diciembre de dos mil doce.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1691 de 2.012, interpuesto por DOÑA Yolanda contra sentencia del Juzgado de lo Social CUATRO DE VALLADOLID (Autos 118/12) de fecha 9 DE MAYO DE 2012 dictada en virtud de demanda promovida por DOÑA Yolanda contra IMESAPI S.A, sobre DESPIDO, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. DOÑA M<sup>a</sup> Carmen Escuadra Bueno.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de febrero de 2012 se presentó en el Juzgado de lo Social de Valladolid Cuatro demanda formulada por la actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:

"PRIMERO.- La demandante, Dña. Yolanda , mayor de edad, con D.N.I. n° NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada, IMESAPI, S.A. (C.I.F. A28010478), dedicada a la actividad de la construcción, desde el 01.07.2006, en su centro de trabajo de Valladolid, percibiendo una retribución salarial mensual, incluida la parte proporcional de pagas .extras, de 1.400,90 , con sujeción al Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Valladolid.

SEGUNDO.- El 04.01.2012 la empresa demandada le comunicó por escrito, fechado y con efectos a ese mismo día, la extinción de su contrato de trabajo por despido disciplinario. La indicada comunicación escrita, aportada con la demanda (folios 5 a 11), se da aquí por íntegramente reproducida.

TERCERO.- La empresa elaboró un "Documento de Seguridad de los Ficheros con Datos de Carácter Personal" en mayo de 2007, en el que se recoge, entre otros extremos, que " *En cuanto a la utilización de Internet y otras herramientas, todas las páginas de Internet a las que acceden los trabajadores de IMESAPI, S.A. son registradas y almacenadas por el periodo legal establecido (dos años). La información almacenada incluye entre otras informaciones: usuario, equipo, fecha, hora, página visitada, etc.* ", así como que " *En cuanto a la utilización de la red, esta se encuentra dimensionada solo para su uso empresarial. Los usuarios no deben utilizar la misma para la descarga de música, software de uso particular y páginas de ocio* ". El citado documento se encuentra en la intranet corporativa de la empresa, a la que tienen acceso los usuarios de su sistema informático, habiendo remitido la empresa correos electrónicos en 2007 y en 2008 a todos los usuarios, incluida la actora, en que se recuerda si vigencia, haciendo constar que " *la utilización de la red para la descarga de -música, software de uso particular y páginas de ocio, vulnera el acuerdo de confidencialidad y condiciones de uso de la red corporativa firmado por todos los usuarios. Pudiendo ejercerse en este supuesto las acciones disciplinarias pertinentes* ", así como que " *la red corporativa está dimensionada para atender las necesidades laborales de los empleados de IMESAPI, S.A. y no para otros usos particulares* ".

CUARTO.- Al intentar implementar la empresa un servicio de videoconferencia y constatar una insuficiencia en el ancho de banda, se realizó un estudio sobre, .su uso, comprobándose que sobre un 10% de los usuarios generaba o consumía del orden del 90% del ancho de banda, durante el período de octubre y noviembre de 2011, estableciéndose una media estadística de 60.000 accesos a Internet por persona.

QUINTO.- Encontrándose la demandante (usuario y dirección de IP) -que accede al sistema informático con usuario y contraseña personales e intransferibles-, entre los usuarios con más accesos (121.044 en el mismo período), se encargó a una empresa externa un informe sobre las páginas web visitadas por esa dirección IP y usuario en ese período de tiempo, resultando que más de un 70% de las páginas a las que accedía, durante su jornada laboral, correspondían a categorías ajenas a su actividad laboral, en los términos indicados en la carta de despido.

SEXTO.- A finales de 2011 y principios de 2012 la empresa ha despedido disciplinariamente a otros trabajadores por motivos (en exclusiva o entre otros) similares a los de la actora.

SÉPTIMO.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo alguno de representación de los trabajadores ni sindical en el año anterior al despido.

OCTAVO.- Presentada papeleta de conciliación ante la SMAC el 18.01.2012, fue celebrado acto conciliatorio el 3 de febrero siguiente, el cual terminó con el resultado de sin avenencia."



TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la demandante, fue impugnado por el demandado. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N.º 4 de VALLADOLID se desestima la demanda planteada por DOÑA Yolanda contra la empresa IMESAPI SA, sobre Despido Disciplinario, en la que solicitaba que se declarase que el despido de que había sido objeto el 4 de enero de 2012 era Nulo o, subsidiariamente, Improcedente. Frente a dicha sentencia se alza la referida demandante, solicitando que se revoque la misma tanto por motivos de índole fáctica como jurídica.

**SEGUNDO.-** Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita por la recurrente la modificación del *Hecho Probado Tercero*, a efectos de que se suprima la afirmación de que los correos electrónicos de 2007 y 2008 fueron enviados "a todos los usuarios, incluida la actora".

Se basa la recurrente para realizar esta petición en la negación del valor probatorio de los correos electrónicos referidos en el relato fáctico, por negar que el primero (2007) pudiera recibirlo, ya que no prestaba servicios para IMESAPI sino para Api Conservación SA; y, en cuanto al segundo (2008), la destinataria es "Rebeca". Igualmente, niega la fuerza probatoria de la declaración de don Secundino, informático de la empresa.

Debe rechazarse este motivo de recurso, dado que, no modificándose el hecho probado primero, debemos partir de lo que en él consta referente a que la actora presta servicios laborales para IMESAPI desde el 1 de julio de 2006. Todo lo que se alega ahora respecto a que la actora trabajaba para otra empresa, además de entrar en contradicción con el ordinal primero referido, es una cuestión nueva que no puede ser alegada por primera vez en sede de recurso de suplicación. Además, debemos destacar que, sobre el extremo de a quién fueron enviados dichos correos, se practicó prueba testifical de exclusiva valoración por el Juez de instancia.

**TERCERO.-** Con el mismo amparo legal se solicita por la recurrente la modificación del *Hecho Probado Quinto*, con propuesta de que se suprima la afirmación de que la demandante se encontraba "entre los usuarios con más accesos (121.044 en el mismo período)", por negar que tal extremo haya quedado acreditado a través de documental alguna, y propone en su lugar el texto alternativo siguiente: "entre los usuarios con accesos superiores a la media". Además, se alega la prescripción de parte de los accesos que se le imputan.

En cuanto a la prescripción referida, debe rechazarse, no solo porque se plantea en lugar inadecuado (revisión del relato fáctico) sino porque no consta que se alegara con anterioridad. Respecto a la redacción alternativa propuesta debe desestimarse, pues el Juez "a quo" ha valorado toda la prueba practicada, no solo la documental, y ha llegado a esa conclusión; y, en segundo lugar, la modificación propuesta no tiene una influencia trascendental en la modificación del sentido del fallo, como posteriormente se razonará.

**CUARTO.-** Al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia la infracción del artículo 18 de la Constitución Española; artículos 4.2 .e, 18 y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores; artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 90.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, al entender que las pruebas sobre las que se sustenta la imputación efectuada a la actora han sido obtenidas de modo ilícito, con vulneración del derecho a su intimidad. Alega en esencia la recurrente que la empresa ha efectuado el control del uso de Internet de forma maliciosa, con ocultación para el trabajador; que el "Código de Conducta Telemática" contiene terminología muy técnica y de difícil comprensión para personas ajenas al ámbito de la informática; insiste en negar que recibiera el correo enviado por la empresa en el año 2007 a todos sus trabajadores, por no ser trabajadora de la misma en esa fecha, y niega la suficiencia de la declaración de don Secundino, informático de la empresa, sobre el extremo del envío de los correos electrónicos de los años 2007 y 2008. Termina insistiendo en que el control de la empresa ha sido excesivo e injerente para la privacidad de los trabajadores, pues se llegan a especificar los lugares de Internet solicitados, pudiendo haber realizado la empresa controles preventivos con barreras automáticas o filtros que impidan visitar páginas no autorizadas. Termina solicitando la nulidad de las pruebas obtenidas, al amparo del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

A estas alegaciones se opone la recurrida, diciendo que dicha denuncia se efectuó por primera vez en el acto del juicio en fase de alegaciones, por lo que la califica de extemporánea.

La cuestión ahora planteada por la recurrente va a ser resuelta por esta Sala, independientemente del momento en el que se hizo la denuncia por la trabajadora, a la vista de que el Juzgador la aborda en su sentencia.

Este motivo de recurso va a ser desestimado. Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, ya recogida en la sentencia de instancia, fundamentalmente en la reflejada en sentencia de 6 de octubre de 2011, puede



concluirse que la empresa no ha violado el principio de intimidad de la actora, pues aquella había establecido un Código de Conducta Informática, había advertido a sus trabajadores, incluida la actora, mediante correos electrónicos de 2007 y 2008 la prohibición del uso de Internet para usos personales ajenos al trabajo y, además, en dicho código se incluía la advertencia de que "todas las páginas de Internet a las que accedan los trabajadores de IMESAPI SA son registradas y almacenadas por el período legal establecido (dos años). La información almacenada incluye entre otras informaciones: usuario, equipo, fecha, hora, página visitada...". En consecuencia, no existía duda para los trabajadores de la falta de tolerancia de la empresa sobre el uso personal de Internet, habiéndosele advertido, además, que se almacenarían las páginas web en que entrara. A pesar de la referida prohibición, la trabajadora ha hecho uso personal de los medios informáticos, habiendo estimado el Tribunal Supremo que en esos casos no puede exigirse que al control realizado por la empresa se le imponga el respeto a la intimidad porque, al no existir una 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.

Por último, cabe reiterar ahora lo dicho anteriormente al resolver sobre la modificación del relato fáctico en cuanto al conocimiento de los correos 2007 y 2008 por la actora, su antigüedad en la empresa demandada y sobre la valoración de la prueba testifical realizada por el juzgador.

En definitiva, esta sala estima que las pruebas en las que se ha basado la empresa para despedir a la trabajadora son ajustadas a derecho, al no violar el derecho a la intimidad de aquella.

**QUINTO** .- Al amparo, igualmente, de lo dispuesto en la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia por la parte recurrente la infracción de lo establecido en los artículos 54.1, 55.2.d, 55, apartados 3 y 4, y 56 del Estatuto de los Trabajadores, así como del artículo 96.º del Convenio Colectivo del Sector de la Construcción.

Aduce en su defensa la recurrente, en este caso, que accedió a Internet cuando no tenía trabajo que hacer; que su conducta no es merecedora de una sanción tan grave como el despido, ya que no ha causado con ella ningún perjuicio real y efectivo a la empresa, pues la posibilidad de contagio de virus o pérdida de información es solo eso, una posibilidad, no un hecho real; niega que haya habido una disminución en su rendimiento laboral; propugna que su conducta, a lo sumo, puede ser calificada de falta leve recogida en el artículo 96, letra ñ, del convenio colectivo aplicable. Finalmente, se hace eco de una sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2006.

Este motivo de recurso no merece favorable acogida. En el relato fáctico consta que la demandante, D.ª Yolanda, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada, IMESAPI, S.A. (C.I.F. A28010478), dedicada a la actividad de la construcción, desde el 01.07.2006; que la empresa elaboró un "Documento de Seguridad de los Ficheros con Datos de Carácter Personal" en mayo de 2007, en el que se recoge, entre otros extremos, que "En cuanto a la utilización de Internet y otras herramientas, todas las páginas de Internet a las que acceden los trabajadores de IMESAPI, S.A. son registradas y almacenadas por el periodo legal establecido (dos años). La información almacenada incluye entre otras informaciones: usuario, equipo, fecha, hora, página visitada, etc.", así como que "En cuanto a la utilización de la red, esta se encuentra dimensionada solo para su uso empresarial. Los usuarios no deben utilizar la misma para la descarga de música, software de uso particular y páginas de ocio"; que el citado documento se encuentra en la intranet corporativa de la empresa, a la que tienen acceso los usuarios de su sistema informático, habiendo remitido la empresa correos electrónicos en 2007 y en 2008 a todos los usuarios, incluida la actora, en que se recuerda si vigencia, haciendo constar que "la utilización de la red para la descarga de -música, software de uso particular y páginas de ocio, vulnera el acuerdo de confidencialidad y condiciones de uso de la red corporativa firmado por todos los usuarios. Pudiendo ejercerse en este supuesto las acciones disciplinarias pertinentes", así como que "la red corporativa está dimensionada para atender las necesidades laborales de los empleados de IMESAPI, S.A. y no para otros usos particulares"; que, al intentar implementar la empresa un servicio de videoconferencia y constatar una insuficiencia en el ancho de banda, se realizó un estudio sobre su uso, comprobándose que sobre un 10% de los usuarios generaban o consumían del orden del 90% del ancho de banda, durante el período de octubre y noviembre de 2011, estableciéndose una media estadística de 60.000 accesos a Internet por persona; que la demandante (usuario y dirección de IP) -que accede al sistema informático con usuario y contraseña personales e intransferibles-, estaba entre los usuarios con más accesos (121.044 en el mismo período), se encargó a una empresa externa un informe sobre las páginas web visitadas por esa dirección IP y usuario en ese período de tiempo, resultando que más de un 70% de las páginas a las que accedía durante su jornada laboral correspondían a categorías ajenas a su actividad laboral, en los términos indicados en la carta de despido.

Partiendo de dichas premisas, aunque se aceptara que los accesos a Internet efectuados por la actora fueran de 95.365 y no de 121.044 como da por acreditado el Juzgador, tendríamos que en todo caso la actora ha



hecho uso de Internet superando la media de estadística efectuada por la empresa, que sería de 60.000 accesos, pero, además, se ha dado por acreditado que más de un 70% de las páginas a las que accedía durante su jornada laboral la actora correspondían a categorías ajenas a su actividad laboral. Esto ocurría en contra de la prohibición expresa de la empresa del uso particular de Internet, con advertencia de que se podría investigar dicho uso de páginas de Internet a las que acceden los trabajadores de "IMESAPI, S.A.", que estas eran registradas y almacenadas por el período legal establecido (dos años) y que la información almacenada incluye, entre otras informaciones, la página visitada. Por tanto, nos encontramos con la actuación en contra de lo acordado por la empresa y utilizándose la jornada laboral para ello. Respecto al conocimiento de la actora de dicha prohibición ya se ha resuelto en anteriores motivos de recurso. Por ello, la gravedad de la sanción se encuentra acorde con la gravedad de la conducta. Sobre lo alegado respecto a que la empresa debería haber realizado controles preventivos con barreras automáticas o filtros que impidan visitar páginas no autorizadas, no se comparte esta obligación de la empresa, pues esta cumplía con advertir de la prohibición de uso de Internet (Intranet) para uso particular.

En cuanto a la referencia que se hace a una sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2006, cabe decir que en la misma se valoraba un caso en el que no constaba expresa y absoluta prohibición de la empresa para la utilización del acceso a Internet en el trabajo para uso particular, por lo que lo allí resuelto no es aplicable a este caso. En cambio, existe otra sentencia de esta Sala de 13 de abril de 2011 que contempla un caso semejante al presente, en la que se confirma la sentencia de instancia que había declarado el despido de un trabajador como procedente, diciendo lo siguiente:

"Se denuncia a continuación infracción del art. 36 del V convenio colectivo. Argumenta sustancialmente el recurso en base a las revisiones fácticas que han sido rechazadas. Así las cosas hemos de partir de que el actor durante el ejercicio de sus funciones incumplió reiteradamente las órdenes de no utilizar Internet para actividades privadas y empleó una buena parte de su actividad laboral en dichas prácticas. La actuación de la empresa con respecto a Internet ha sido clara y ha reiterado las prohibiciones de uso del mismo para actividades privadas, con lo cual el actor de forma consciente y voluntaria incumplió prohibiciones empresariales que por otra parte tenían una justificación suficiente y para ello basta con ver que la actuación empresarial devino como consecuencia de las quejas de clientes por la lentitud del sistema lo que supone un perjuicio en forma de mala prestación de servicios por la empresa. Por otra parte el empleo de tiempo de trabajo reiteradamente durante la jornada laboral en actividades ajenas al trabajo supone quebrar la buena fe contractual, pues el uso no es escaso y limitado sino generalizado, con lo que la tipificación realizada en la sentencia de instancia es correcta y correcta la conclusión jurídica por lo que procede desestimar el recurso."

En definitiva, procede confirmar el criterio del Juzgador de instancia, con la consiguiente desestimación del recurso, al no haberse producido las infracciones jurídicas denunciadas en el mismo, debiendo ser confirmada la sentencia de instancia en su integridad.

Por lo expuesto y

**EN NO MBRE DEL REY,**

## **FALLAMOS**

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación formulado por la representación legal de DOÑA Yolanda contra la sentencia dictada en fecha 9 de mayo de 2012 por el Juzgado de lo Social número 4 de VALLADOLID (autos 118/2012) en virtud de demanda promovida por la recurrente frente a la empresa IMESAPI SA, sobre DESPIDO. En consecuencia, debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600.00 euros** en la cuenta num. 2031 0000 66 1691 12 abierta a nombre de la Sección 2 de la Sala de lo Social de éste Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.



Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.C de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. Rafael A. López Parada EN LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN, SEDE DE VALLADOLID, EN EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚMERO **1691/2012**.

Con el respeto que me merece la resolución finalmente adoptada, me ha parecido importante manifestar mi discrepancia con los criterios en que se sustenta el fallo de la misma. En este caso se trata de una discrepancia fundamental, que afecta a los mismos valores constitucionales y éticos que estimo que deben subyacer al ejercicio de la Justicia en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, al encontrar que se está sentando un criterio que produce una ruptura de la propia lógica constitucional de inserción de los derechos fundamentales en el desarrollo de las relaciones laborales en la empresa. Creo además, como explicaré, que mi postura no es contradictoria con la doctrina unificada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de octubre de 2011 (RCUD 4053/2010).

Y ello es así por los siguientes argumentos:

PRIMERO.- Para resolver la cuestión ha de partirse inexcusablemente de los hechos probados contenidos en los ordinales primero a octavo de la sentencia de instancia, cuya modificación, pretendida por la recurrente en varios puntos, ha sido rechazada por criterio unánime de la Sala. No estoy de acuerdo, desde luego, con que, después de rechazar la modificación pretendida, nuestra sentencia decida fundamentarse en hechos probados distintos de los así declarados en la sentencia de instancia, en perjuicio en este caso de la recurrente. De acuerdo con los estrictos hechos probados de la sentencia de instancia lo que ha ocurrido es que la trabajadora tenía un ordenador puesto a su disposición por la empresa en su centro de trabajo para uso profesional, incluyendo el acceso a internet y es despedida por haber visitado páginas web ajenas a sus funciones laborales, concretamente en un 70% de las páginas a las que accedió en el periodo estudiado (octubre y noviembre de 2011), en contra de la prohibición expresa establecida por la empresa de utilizar el sistema informático y la conexión a internet que disponían para actividades ajenas al trabajo. No consta sin embargo cuál fuese el tiempo que la trabajadora dedicó a tales actividades extralaborales, ni la incidencia en su productividad, ni siquiera el número de accesos extralaborales (solamente figura el porcentaje, así como la media estadística en la empresa en esos dos meses que fue de 60.000 por persona). Lo cierto es que estamos realmente ante un despido "estadístico", según resulta claramente de los hechos probados. La empresa realiza un estudio de consumo del ancho de banda en los meses de octubre y noviembre de 2011 y procede a despedir a aquellos trabajadores cuyos accesos a páginas web de internet exceden notablemente de la media. Analizado el caso de la trabajadora, lo único que se determina es que había visitado páginas web extralaborales, conociendo solamente el porcentaje de distribución entre accesos extralaborales (70%) y laborales (30%). Nada más sabemos, como digo, respecto de la incidencia de tal dedicación extralaboral en el tiempo de trabajo, rendimiento o productividad.

SEGUNDO.- La Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de octubre de 2011 (RCUD 4053/2010) se limita a unificar, como es propio de los recursos de casación para la unificación de doctrina, el punto concreto que allí se debate, que es si es necesario que la empresa preavise a los trabajadores de que va a hacer un seguimiento de su actividad con el ordenador y la red interna o externa para poder llevar a cabo dicho seguimiento sin vulnerar el derecho a la intimidad del trabajador, concluyendo que no es necesario, modificando así el criterio sentado en la anterior sentencia de 26 de septiembre de 2007. Este es el punto concreto objeto de unificación doctrinal, independientemente de otros elementos sobre los que se hagan pronunciamientos obiter dicta sin naturaleza unificadora. Y en este caso ese elemento concreto de la unificación doctrinal nada tiene que ver con el debate en autos, dado que el seguimiento de las actividades en la red ya estaba anunciado y preavisado por la empresa.



Por otra parte ese pronunciamiento genérico de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a mi entender, ha de interpretarse en sus términos, que establecen una conclusión genérica ante una pregunta también genérica, como es la relativa a la necesidad de aviso previo de la existencia del sistema de control. Es cierto que la solución adoptada por el Tribunal Supremo puede considerarse en cierta forma contradictoria con la que resulta de la legislación europea y nacional de protección de datos y de la jurisprudencia comparada sobre el llamado derecho de autodeterminación informativa (Recht auf informationelle Selbstbestimmung), nacido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán (Bundesverfassungsgericht), pero a la postre yo creo que la misma solamente hace un pronunciamiento genérico, que no excluye la posible vulneración del derecho a la intimidad cuando el seguimiento empresarial alcance a determinados aspectos íntimos del trabajador, como pudieran ser conversaciones privadas a través de chats, correos electrónicos y otras aplicaciones, esto es, cuando el seguimiento exceda del criterio genérico de proporcionalidad, con sus tres elementos constitutivos (necesidad, idoneidad y proporcionalidad), según una sostenida doctrina del Tribunal Constitucional cuando se trata de precisar el alcance de la facultad empresarial de vigilancia, por ejemplo en el terreno de la videovigilancia o la grabación de sonidos y conversaciones. A título de ejemplo: sentencias del Tribunal Constitucional 98/2000 ó 186/2000 .

Aún más, hay que añadir que, conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2012 ("Bonnier Audio AB y otros contra Perfect Communication Sweden AB", asunto C-461/10), la identificación de la persona que se conecta a una red a partir de la dirección IP del correspondiente dispositivo de transmisión de datos (que es lo que consta en hechos probados que se ha hecho en este caso) supone comunicar y tratar datos personales y los Estados miembros deben procurar basarse en una interpretación de las Directivas comunitarias que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión y muy especialmente el principio de proporcionalidad, que es interpretado en términos idénticos a los contenidos en la jurisprudencia constitucional española (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto) para garantizar un justo equilibrio entre los bienes jurídicos implicados.

Lo que quiero decir, en fin, es que la doctrina jurisprudencial ha de ser leída en función del concreto supuesto que analiza y resuelve, procurando evitar convertir pronunciamientos muy concretos y específicos en actitudes judiciales de proclividad a un determinado tipo de pronunciamientos genéricos. Más allá de las circunstancias textuales de la sentencia del Tribunal Supremo, lo que tenemos es el núcleo de un pronunciamiento unificador sobre un tema concreto y a ello hemos de atenernos, resultando que en este caso ni siquiera es aplicable. El Tribunal Supremo no ha declarado la procedencia de todos los despidos basados en un uso personal del ordenador y de las redes informáticas empresariales, ni creo que haya concedido una habilitación genérica a la dirección de las empresas para llevar a cabo un seguimiento exhaustivo de la actividad de sus empleados en la red. Es más, ni siquiera podía hacerlo en los estrechos márgenes del recurso de casación para la unificación de doctrina. Entenderlo así es una magnificación inasumible.

TERCERO.- En este caso no discrepo necesariamente de la postura mayoritaria de la Sala en lo relativo al derecho de intimidad. En definitiva lo que consta es un problema empresarial para garantizar un ancho suficiente de red mediante un uso comedido de la misma por sus usuarios y la realización de un control esencialmente estadístico de cuál era el uso de la red por los diferentes usuarios. De lo que discrepo esencialmente es de la consecuencia que de ello se ha obtenido, esto es, de la licitud de este tipo de despidos estadísticos, en los que lo que se imputa no son hechos concretos y determinados, sino la superación de promedios estadísticos. Lo que no encuentro, en definitiva, es cuál sea el concreto tipo sancionador aplicable al caso para justificar un despido. No lo puede ser, a mi juicio, una genérica vulneración de la buena fe contractual, puesto que dicho precepto, pese a una extendida tendencia jurisprudencial, no puede utilizarse como un genérico cajón de sastre en el que incluir toda conducta incumplidora del trabajador que no encaje en los demás tipos del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores . En un caso como el presente podría haber existido mala fe si el trabajador hubiese utilizado el ordenador de un compañero para su conducta o se hubiera valido de aplicaciones informáticas u otros medios para esconder el uso que hacía de la red. Pero, conforme a lo que se ha declarado probado, el trabajador había sido avisado de que era posible hacer el seguimiento de su actividad en la red y a pesar de ello hacía el uso descrito en hechos probados (entraba en páginas web no profesionales). Es decir, aunque hiciera uso de medios empresariales para fines extralaborales, ello lo hacía conocedora de control sobre tal extremo de la empresa y sin ocultación, por lo que no aparece asomo de mala fe, por lo que ese tipo no es el aplicable. Aún más, ese uso tendría una tipificación convencional de falta leve, pues así lo prevé el artículo 96.º del convenio colectivo general del sector de la construcción aplicable *ratione temporis* (BOE 17 de agosto de 2007), reproducido en el convenio provincial de la construcción:

"Usar medios telefónicos, telemáticos, informáticos, mecánicos o electrónicos de la empresa, para asuntos particulares, sin la debida autorización"



Es más, con una tipificación tan precisa, no termino de entender que la misma no haya sido aplicada, admitiendo los órganos judiciales, a partir de los estrictos datos estadísticos, la construcción del caso como falta muy grave.

CUARTO.- Descartada la posible declaración de procedencia del despido por el tipo del artículo 54.2.d, creo que restaría por analizar el encuadramiento de la conducta por alguno de estos otros dos tipos:

- a) El tipo por desobediencia del artículo 54.2.b del Estatuto de los Trabajadores ;
- b) El tipo por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado del artículo 54.2.e.

Anticipo ya que, a mi juicio, en estos supuestos el tipo que habría de ser normalmente aplicable sería el segundo, esto es, por disminución del rendimiento. La gravedad de la conducta en el caso de quien, teniendo a su disposición por la empresa de un ordenador con acceso abierto a navegación web, dedica algún tiempo a usos extralaborales, ha de valorarse sensatamente (sin magnificar el elemento tecnológico presente), como la conducta de quien, teniendo posibilidad de algún elemento de distracción en el trabajo, hace uso del mismo. Así, por ejemplo, ya lo decidió esta Sala en su sentencia de 28 de febrero de 2005 (suplicación 196/2005 ), que cito textualmente:

"Pues bien, siendo un supuesto frecuente, ha de decirse que la consulta de páginas web y el uso de las redes de Intranet y Extranet por motivos extralaborales no constituye por sí misma quebrantamiento alguno de deberes laborales, más allá de lo que puede constituir, por ejemplo, hojear un periódico en tiempo y lugar de trabajo. Tal tipo de conductas, para ser sancionables, han de implicar, o bien un coste económico para la empresa, por ejemplo cuando la consulta exige una conexión tarifada por tiempo con la compañía telefónica o un proveedor de servicios ISP, o bien un abandono de las tareas laborales con disminución del rendimiento. En este último caso la disminución del rendimiento ha de ser valorada conforme a la teoría gradualista y a la tipificación contenida en los convenios colectivos. En definitiva, salvo que tenga coste económico, no estamos sino ante una distracción de las tareas del trabajador, cuya calificación jurídica ha de realizarse con arreglo a los estándares o patrones de conducta exigibles, lo que dependerá en gran parte de la organización del trabajo y la importancia de la atención en el desempeño de las funciones laborales y las consecuencias y riesgos que tal distracción pueda provocar. Lo que no es posible, porque no existe amparo normativo alguno para ello, es exigir una concentración mental exhaustiva y permanente en todo tipo de tareas laborales, de manera que cualquier tipo de distracción respecto a las mismas en tiempo y lugar de trabajo se constituya en causa justificativa de despido. Tampoco puede admitirse que el uso de nuevas tecnologías haga perder la perspectiva de la realidad hasta el punto de sacralizar o satanizar todo lo relativo a las mismas, convirtiendo la lectura de la prensa diaria a través de internet en una falta de enormes proporciones, a pesar de su total y absoluta identidad con la conducta de quien hojea un periódico escrito que pueda estar presente en las oficinas de la empresa. Los mismos estándares de exigibilidad son aplicables en uno y otro caso, debiendo destacarse que la diferencia derivada de la aplicación de las nuevas tecnologías no solamente se produce en el ámbito de la conducta, al incrementarse la posibilidad de incurrir en faltas y la variedad y eventual gravedad de las mismas, sino también en las facultades de control empresarial sobre esas conductas, facultades que se incrementan exponencialmente, hasta el punto de que el seguimiento y registro de la lectura de la prensa a través de internet a través de un concreto servidor conectado a la red se puede hacer con total precisión y de forma automatizada, de manera que desde el punto de vista del Derecho, aparece la necesidad de indagar nuevas soluciones a partir de los principios que informan las normas tradicionales, también en ese ámbito del control de la conducta, que es quizá lo más destacable en el caso objeto de la presente litis".

Sinceramente no entiendo por qué nos apartamos de ese criterio. En este caso sería realmente lo más relevante, debiendo entender procedente o no el despido en función de la magnitud de la conducta en cuanto a distracción y pérdida de tiempo que pueda revelar. Aún así a mi juicio en este concreto supuesto sería imposible decretar la procedencia del despido en base a tal causa, porque no existen hechos probados suficientes para ello. Parece claro que la empresa pensaba que bastaba con acreditar que la trabajadora había desobedecido la orden empresarial de no utilizar internet con fines extralaborales y que con esa mera conducta el despido quedaría justificado. Esto es, se trataría esencialmente de una desobediencia. Y por ello no se ha preocupado de medir el tiempo dedicado a consultas extralaborales, que sería de interés para poder justificar el despido por disminución de rendimiento. En tales condiciones la procedencia no podría ser fundamentada en el artículo 54.2.e del Estatuto de los Trabajadores .

QUINTO.- La conclusión lógica de lo dicho hasta aquí es que en este caso lo que se está sancionando es una desobediencia de una orden previa, que es lo que justificaría la procedencia del despido. Ello nos llevaría a determinar si la orden dada por la empresa era lícita y, si lo fuese, a la valoración de la gravedad de la





desobediencia, puesto que no debemos olvidar que para que la misma justifique el despido ha de tener una gravedad mínima, por expresar una voluntad rebelde al cumplimiento de los deberes laborales.

Pero no puede analizarse este tema, en relación con el uso de nuevas tecnologías en red, que no se limitan, como parece pensar la jurisprudencia, a la navegación por páginas web o al intercambio de correos electrónicos, teniendo hoy en día un papel preponderante la interacción en sitios web y la participación en redes sociales. Es cierto que la complejidad de los medios y la aparición continua de novedades dificultan establecer criterios firmes, aplicando los ya sentados para una determinada aplicación o medio a otros nuevos, pero frente a ello no se puede reaccionar renunciando al análisis jurídico y sentando un criterio global de prohibición que además magnifique la gravedad de los incumplimientos. Tengo la sensación de que existe una tendencia de interpretación doctrinal y jurisprudencial que se niega a asumir las propias limitaciones para la comprensión de las nuevas tecnologías y a intentar, desde el reconocimiento de tales limitaciones, construir unas soluciones basadas en principios jurídicos asentados tradicionalmente. Esa tendencia consiste en una total ilegalización de todo tipo de conductas relativas a las nuevas tecnologías que se aparten del estricto cumplimiento de la prestación laboral, aunque sean conductas "normales" y "habituales" (con la paradoja de, precisamente por su normalidad, el propio intérprete pueda realizarlas con habitualidad y con conciencia de normalidad). Esta solución es, en definitiva, cómoda para el intérprete, pero no deja de ser una solución inadecuada.

Con el retraso que es propio de una sociedad que se encuentra culturalmente en la periferia del orden occidental, se observa en todo ello una reproducción de la tendencia originalista dentro de la jurisprudencia norteamericana sobre interpretación de los derechos fundamentales. Esto es, dado que la Constitución y las Leyes que desarrollan los derechos fundamentales y libertades públicas se dictaron cuando este tipo de tecnologías no existían, ninguna prescripción constitucional les sería aplicable, por encontrarse fuera del ámbito posible sobre el que el legislador constitucional quiso legislar. He de avisar que no comparto tal criterio, siquiera sea porque en el Derecho español, siguiendo las tendencias doctrinales continentales, ya hace mucho se incorporó al artículo 3.1 del Código Civil un conjunto de patrones interpretativos que asumen que el Derecho es mucho más que la voluntad del legislador original, sino que también es un organismo vivo que ha de ir adaptando sus soluciones a las novedades sociales y técnicas, a través de un uso ponderado de los valores y principios subyacentes en el conjunto del ordenamiento.

Esta necesidad es especialmente grave cuando se trata del uso de nuevas tecnologías, especialmente de las que implican comunicación, conexión en red entre personas e interacción social. En definitiva la estructuración de las relaciones dentro de la empresa (entre la dirección y los trabajadores, entre los trabajadores entre sí o de unos u otros con los clientes, proveedores y público) en red mediante nuevas tecnologías no es solamente un mero instrumento de trabajo, como pueda ser una herramienta manual o una máquina, sino un nuevo entorno de trabajo. La conversación que anteriormente se mantenía en presencia física de los interlocutores se convierte en intercambio de correos, en lectura en el sitio web de un foro o de un blog de las opiniones de otros, dejando también las propias, etc.. La preterición de los derechos fundamentales y de los valores constitucionales cuando se cambia de un entorno de relaciones físicas a un entorno de relaciones informáticas en red resultaría de una gravedad inusitada, porque despojaría a los trabajadores de la protección jurídica garantizada a partir de la Constitución Española y transforma jurídicamente el entorno laboral, de manera que en lugar de un lugar de trabajo sujeto al Derecho y al obligado respeto de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, aparecería un lugar organizado totalitariamente en torno a la ilimitada voluntad empresarial. Y solamente así se hace posible pensar que una orden empresarial que declare ilícita una conducta normal, habitual y no dañosa es una orden legítima y absoluta, cuyo incumplimiento requiere sanciones de la máxima gravedad. A mí no me parece posible admitir la licitud de una organización del trabajo de este tipo y no me parece que sea compatible con el orden constitucional.

La propiedad del entorno de trabajo (y a este respecto me parece irrelevante que ese medio consista en el cemento y los ladrillos con los que está construida la oficina donde cohabitan los trabajadores o los ordenadores, dispositivos y cables que forman la red dentro de la cual se inserta a los trabajadores para el desempeño de su función laboral) no sirve como principio determinante de la licitud de las eventuales órdenes, precisamente porque la propiedad no es una fuente de poder absoluto. La inserción de los derechos fundamentales dentro de la relación laboral, aunque modulada por las exigencias organizativas de la estructura productiva, forma parte del *acquis* o acervo producido por treinta años de jurisprudencia constitucional y no puede hacerse desaparecer al pulsar la tecla de un ordenador. Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional desde antiguo, el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (sentencias del Tribunal Constitucional 88/1985 ó 99/1994), aunque no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, pero solamente en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, por lo que manifestaciones del ejercicio



de los derechos fundamentales que en otro contexto serían legítimas, pueden no serlo cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral ( sentencias del Tribunal Constitucional 73/1982 , 120/1983 , 19/1985 , 170/1987 , 6/1988 , 129/1989 ó 126/1990 , entre otras).

Como dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 192/2003 , desde sus orígenes la legislación sobre el contrato de trabajo viene siendo una legislación limitativa del poder empresarial que, a causa de ella, dejó de ser absoluto; y limitativa, asimismo, de la que hemos llamado, para reprobarla, "lealtad absoluta" del trabajador ( sentencias 120/1983 ó 2/1996 ). La modulación del ejercicio de los derechos por razón de la inserción contractual en la organización productiva no significa que exista un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales ( sentencias 186/1996 , 204/1997 , 1/1998 ó 241/1999 ). La regla del artículo 10.1 de la Constitución , proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona" (sentencias 120/1990 y 57/1994). Y la dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un omnímodo control sobre la persona del trabajador por parte de la empresa para que presta servicios.

Es por ello que habría concluir que determinadas órdenes empresariales serían ilícitas en principio, salvo que se justificasen de forma proporcionada y suficiente por las necesidades específicas de la organización productiva. Por ejemplo, sería ilícita y contraria a los derechos fundamentales una orden que prohibiera a los trabajadores que comparten puesto de trabajo mirarse o conversar entre ellos (independientemente de que pudieran ser sancionados si, por tal causa, descuidaran indebidamente su trabajo y producción) o aquella otra que prohibiera, a un trabajador cuyo trabajo se desempeñara por la calle (por ejemplo, un cartero o un vigilante de aparcamiento), el detenerse a contemplar un escaparate (independientemente de que pudiera ser sancionado si, por contemplar escaparates, descuidase su trabajo indebidamente). Para que tales órdenes de prohibición absoluta sean lícitas es necesario que se justifique un concreto interés productivo legítimo y que sean proporcionadas e idóneas para el mismo. Nos insertamos, de nuevo, dentro de los límites del principio de proporcionalidad, que no solamente han de regir la determinación de si la orden empresarial es o no legítima, sino también, en caso afirmativo, si la concreta sanción de su incumplimiento lo es.

Y así, a mi juicio, si la empresa proporciona al trabajador de un ordenador u otro dispositivo con conexión abierta para la navegación web, no puede estimarse ilegítimo que el trabajador pueda acceder a alguna web extralaboral, con las mismas limitaciones antedichas (siempre que no descuide indebidamente su dedicación laboral, esto es, la falta de rendimiento ya analizada anteriormente) e incluso en tales condiciones sería ilegítima en principio una orden empresarial prohibiendo tal acceso (como lo sería el prohibir absolutamente a un cartero o vigilante de aparcamiento detenerse en el curso de su trabajo durante un instante para mirar un escaparate). Esto no tiene nada que ver con la licitud del control de la conducta del trabajador (aspecto que es el que aborda la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de octubre de 2011 -RCUD 4053/2010 ), sino con la licitud de la conducta del trabajador que la empresa ha comprobado a partir de ese control. Obviamente la empresa puede establecer prohibiciones y límites ajustados y proporcionados, siempre que acredite motivos legítimos para los mismos (por ejemplo, por razón de reservar suficiente ancho de banda, como se alegó en este caso), pero en tal caso la prohibición debe ser ajustada a tales necesidades. Y, obviamente, puede modificar la organización productiva para mejorar el rendimiento o ajustarla mejor a sus necesidades (por ejemplo, proporcionando un vehículo al cartero para que haga su trabajo más rápido y con menores distracciones, o limitando los accesos posibles a unos sitios web determinados).

Pero, en fin, cuando el empresario establezca prohibiciones y límites, éstos habrán de ser idóneos y proporcionados a la finalidad probada y legítima de los mismos e, incluso más, las sanciones que se impongan han de graduarse según la vulneración de que se trate y des sus efectos. En este caso la necesidad de reserva de ancho de banda no exigía proporcionadamente una prohibición absoluta de accesos extralaborales, máxime cuando la empresa había establecido un control de tales accesos que permitía conocer en concreto los de cada trabajador (en número y, hay que suponer, en tiempo). Y la descripción de la conducta de la trabajadora tampoco permite establecer la afectación que produjo al uso de ancho de banda. Sin duda la empresa, pensando que bastaría con acreditar el incumplimiento de su prohibición para justificar el despido, no se ha preocupado de acreditar estos detalles, que son sin embargo esenciales para determinar no solamente la licitud de la conducta de la trabajadora, sino también, en caso de ilicitud, la proporcionalidad de la sanción de despido. A falta de tales datos, cuya prueba correspondía a la empresa, el despido debía ser declarado improcedente.

En fin, entiendo que admitir por el órgano judicial la licitud de una orden de prohibición absoluta, desconectada de sus finalidades productivas legítimas, así como la máxima sanción incondicionada para su incumplimiento,



supone una interpretación irracional y desproporcionada de las normas jurídicas aplicables vulneradora del artículo 24.1 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva).

En Valladolid, a 5 de diciembre de 2012.

Firmado: Rafael A. López Parada.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha leída y publicada la anterior sentencia, por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy Fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ