

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL
SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 2006 [Rec. 605/2005].
CONSIDERACIONES A TENER PRESENTE.**

Roberto Fernández Villarino.

Abogado y Profesor Asociado Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Departamento Anton Menger.
Universidad de Huelva. robertofernandez@gaudiacb.com roberto@uhu.es

El Tribunal Supremo ha tenido que decidir sobre un asunto cada vez más usual en los distintos Juzgados de lo Social y en las Salas de los Tribunales Superiores del Justicia. Se trata de la regulación del uso de las TIC y de la idoneidad de los medios de control empresarial de vigilancia en su acceso y utilización cotidianas, así como la validez de la prueba obtenida en dichos procedimientos.

Para ello y en el caso de la sentencia se accede a través del recurso para unificación de doctrina radicando aquí la primera dificultad por encontrar, en este tipo de litigios, dos conflictos que compartan identidad en los hechos y soluciones judiciales distintas. Así lo pone de manifiesto el Supremo: (FJ 2) “De lo antes expuesto resulta, falta de contradicción entre una y otra sentencia; a estos efectos debe indicarse, que en doctrina de la Sala en despido disciplinarios, como pone de relieve la parte impugnante del recurso, que la calificación de conductas, a efectos de su inclusión en el artículo 54 del ET (RCL 1995\ 997) , no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos, la decisión judicial, se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite generalizaciones de las decisiones fuera de su ámbito específico (SS. 30-1-1992 [RJ 1992\ 136] y 18-5-1992 [RJ 1992\ 3570] (R. 1232/90 y 2271/91); 9-7-2004 (RJ 2004\ 7571) (3496/02) y 24-5-2005 (RJ 2005\ 6327) (R-1728/04)” La sentencia de referencia aportada por la representación legal de la empresa, es la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 4 de octubre de 2001.

Partiendo de esta ausencia de contracción el debate se centra en contrastar la ilicitud de la conducta del trabajador. En este sentido, y tal como se manifiesta en el cuerpo de la sentencia se le imputa al trabajador dos tipos de conducta que desencadenan el despido de carácter disciplinario.

Por una parte, las constantes faltas de puntualidad, ausencias injustificadas o pérdidas de tiempo en el puesto de trabajo, todas ellas relacionadas oportunamente en el texto de la carta de despido, que terminan en primera instancia por desestimar íntegramente la demanda del actor. Por otra parte acciones relacionadas con el uso de las TIC propiedad de la empresa para fines privados, básicamente de entretenimiento y ocio. Así se pone de manifiesto, continuos chateos con personas ajenas a la relación laboral, descarga de películas, visualización de videos porno, consultas de web y correo electrónico personal, entre las más destacadas. De todo ello tiene debida constancia la empresa toda vez que instaló un sistema de vigilancia para controlar el uso de las TIC en las relaciones laborales de la empresa.

El argumento básico ofrecido por el Supremo es que el despido fue improcedente, por cuanto la empresa autorizaba de hecho el acceso y uso privado de las TIC al no existir expresamente una prohibición para el uso y acceso privado de los mismos. Así pues las labores de comprobación e investigación empresarial desarrolladas en el ordenador que usaba el trabajador suponen una ingerencia en el derecho a la intimidad y dignidad del trabajador (art. 18 CE), considerándose nula la prueba obtenida de esta manera.

Así se pone de manifiesto: (FJ 4) “ se trataba de un trabajador que utilizó el acceso a Internet y del correo electrónico instalado por la empresa, para uso privado, entendiéndose la sentencia impugnada que estaba autorizado por la empresa, lo que deducía de la falta de prohibición específica, así como de los medios entregados al trabajador, con lo cual tenía posibilidad de mantener un ámbito privado y particular para hacer las comunicaciones con otras personas, imputadas, por lo que la investigación practicada incidía en el derecho fundamental, al inmiscuirse en el artículo 18 CE (RCL 1978\ 2836) , siendo ilícita la prueba practicada causa de la improcedencia del despido”

Por su parte y en cierta forma llama la atención que el Supremo resta valor al resto de conductas que igualmente se manifiestan en la carta de despido y son enjuiciadas por el Juzgado de los Social y Superior de Justicia sin que se hayan sido desvirtuadas. Dichas

acciones son, -entre otras¹-, las continuas faltas de puntualidad, ausencias injustificadas en el puesto de trabajo o pérdidas de tiempo en el normal desempeño de sus funciones, hechos que fueron contrastados sin atender a derecho básico laboral del trabajador. Queda zanjada dicha cuestión en: (FJ 4) “careciendo de relevancia el resto de las faltas imputadas, a los efectos del despido”

Teniendo en cuenta los hechos enjuiciados y el sentido del pronunciamiento del Supremo podemos hacer dos consideraciones:

La primera, es que *el trabajador tenía fundadas sospechas de la intención de la empresa en instalar sistemas de control de uso de las TIC*. Tan es así que el propio trabajador se esforzó en trabar amistad con los técnicos de la empresa de informática que debían poder tales controladores, a fin de conocer si efectivamente se iban a colocar dichos dispositivos. Así se indica en la propia carta de despido como en la relación de hechos de la sentencia: (carta de despido): “ .. se dedicó durante 1 hora y 35 minutos a relacionarse con la empresa informática que estaba implantando el servidor con la única finalidad de conocer si iban a poner «sistemas de vigilancia»..”; o en el hecho VII: Con motivo de la instalación en la empresa de un nuevo programa ante la comunicación por

¹ En la carta de despido se pone de manifiesto: “El día 6 de abril de 2004 la dirección de la empresa entregó al actor carta de despido por motivos disciplinarios, que transcrita literalmente señalaba: «La dirección de esta empresa le comunica que ha tomado la decisión de rescindir su contrato de trabajo procediendo a su despido disciplinario. Los motivos de esta decisión son los siguientes: 1-Faltas de asistencia y puntualidad al trabajo, los siguientes días: 1.1-El día 22-03-2004, llegó al centro de trabajo a las 10,20 horas (a.m), cuando su horario de entrada es a las 9 horas, es decir, 1 hora y 20 minutos más tarde. A la tarde inicia su actividad laboral a las 15 horas y 45 minutos, cuando su horario de entrada es a las 15 horas, es decir, 45 minutos más tarde, porque estaba durmiendo la siesta. 1.2-El día 23-03-2004, a la tarde se reincorpora al trabajo a las 15 horas y 45 minutos, cuando su horario de entrada es a las 15 horas, es decir, 45 minutos más tarde, porque estaba durmiendo la siesta. 1.3 -El día 24-03-2004, sale del centro de trabajo durante 30 minutos, sin solicitar permiso ni autorización, para asuntos que nada tiene que ver con el trabajo, limitándose a comunicar que se va a Castro Urdiales (Cantabria) a echar combustible al coche. 1.4-El día 25-03-2004, no acude al centro de trabajo, manifiesta estar malo pero no presenta ningún justificante médico. 1.5-El Día 26-03-2004, sale 30 minutos antes de la finalización de la jornada a la tarde, sin aviso ni autorización. 1.6-El día 30-03-2004, sale del centro de trabajo durante 55 minutos, sin permiso ni autorización, para asuntos que nada tiene que ver con el trabajo, ya que dice al resto de compañeros/as que va a Castro Urdiales (Cantabria) a echar combustible al coche. 1.7-El día 01-04-2004, llega al centro de trabajo a las 10,40 horas (a.m), cuando su horario de entrada es a las 9 horas, es decir, 1 hora y 40 minutos más tarde, avisando telefónicamente que llegaba tarde a las 10,15 horas. 2- Transgresión de la buena fe contractual, con los siguientes hechos: 1.1 Actuación negligente, usted desempeña en la empresa funciones de ingeniero técnico, pero estando trabajando en el amplificador/acondicionador de señal para el equipo de la empresa KORTA, en el mes de diciembre de 2003, enchufó el cable de corriente alterna a la salida analógica del amplificador, al confundir el conector de reducción de señales parásitas por derivación de señal a masa, por el de alimentación (Se da la circunstancia de que el amplificador requiere fuente de alimentación externa), hecho que demuestra que no cumplió con las instrucciones recibidas, inhabilitando la entrega del proyecto en la fecha convenida, con el cliente, haciendo dejación de su trabajo y de las órdenes concretas mías, recibidas con más de 30 días de antelación a dicha fecha, le pedí que estudiara bien el manual y se familiarizase con su funcionamiento, para que después no surgiese ningún problema. Como consecuencia de lo anterior, causó un grave perjuicio económico a esta empresa, que tuvo que hacerse cargo de todos los costes directos, asumiendo los gastos de reparación y retraso en la entrega del equipo contratado y por lo tanto, la facturación del mismo, forzando a la empresa a facilitar otro amplificador de coste superior, sin compensación económica”.

parte de la persona que realizaba la instalación a la dirección de la empresa de que Germán había preguntado si se iba a instalar algún tipo de control”

La segunda es que el Supremo, indica como *elemento especialmente importante, la ausencia de garantías para el derecho del trabajador en el momento del registro y comprobación de tales archivos en el ordenador*, esto es la presencia de algún representante de los trabajadores, hubiera otorgado validez al procedimiento de registro llevado a cabo por la empresa. Circunstancia que por el contrario se manifiesta en la sentencia de referencia traída al recurso por la empresa demandada, donde interviene un representante de los trabajadores durante el registro del ordenador. Se expresa en (FJ 4 “in fine”): “ ... con independencia de ello, en la referencial la práctica de la prueba para comprobar el acceso a direcciones particulares, que no debían efectuarse por ser ajenas a las propias del cometido profesional del trabajador, se hicieron en presencia de la representación unitaria, lo que da más garantía de veracidad a su resultado, lo que no acaeció en la recurrida, siendo un dato de gran relevancia a los efectos de contradicción, lo que unido al hecho de que en la recurrida se considerara que existió autorización del empresario para el uso privado de Internet, lo que no concurre en la referencial refuerza la conclusión a la que aquí llegamos”.

Los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social han venido ofrecido soluciones ciertamente heterogéneas en torno a la resolución de conflictos derivados con el modo de control e investigación empresarial, aunque si que se ha percibido cierta línea interpretativa en la práctica del registro². El Tribunal Supremo se pronuncia ofreciendo dos argumentos:

² En este sentido es especialmente significativo este ejemplo. Sentencia del TSJA Málaga [25-02-2000], en el que el conflicto reside en el alegato de la trasgresión del derecho a la intimidad y consideración debida a la dignidad del trabajador por cuanto sufre un registro empresarial en el equipo informático asignado por la empresa, sin las garantías debidas. Bien, como quiera que en el ordenamiento jurídico no existe referencia legal expresa respecto del protocolo a seguir en casos de registros de instrumentos informáticos, la Sala, decide utilizar el mecanismo socorrido de la interpretación analógica, y comparar a estos únicos efectos el ordenador con la taquilla tradicional del art. 18 del E.T. Como quiera que para el registro de taquillas si que hay procedimiento [la medida debe estar justificada se debe hacer respetando derechos de intimidad y dignidad, en horas de trabajo y con presencia de representante de los trabajadores] se identifica taquilla con ordenador en el sentido que en éste pueden custodiarse documentos, correos, etc de carácter privado que requieren de la protección jurisdiccional.

1. La idoneidad de la participación activa del representante de los trabajadores en la práctica del registro (como máximo garante de protección de los derechos básicos de los trabajadores).
2. La ausencia de prohibición expresa de uso privado de las TIC propiedad de la empresa, implica su autorización.

Este segundo argumento quizás sea más controvertido, aunque deja entrever como *mensaje subyacente* las repercusiones de una regulación ausente o defectuosa sobre el control de acceso y uso de las TIC propiedad de la empresa para fines laborales como privados. Tan adecuado es disponer de un marco negociado sobre uso y control de TIC en la empresa, como que dicho texto incluya o no referencias explícitas y concretas sobre las posibilidades de que puedan ser usadas para fines ajenos a la relación laboral. No obstante el fallo del Supremo quizás pueda generar cierta inquietud en las empresas que venían otorgando cierto margen de permisividad en el uso de las TIC fundamentando en la buena fe de las partes, o en aquellas que estén en proceso de regulación del uso privado de las mismas. Inquietud que inexorablemente puede convertirse en prohibición expresa del acceso y uso privado de las mismas.