

# **Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente**

## **JUZGADO DE LO SOCIAL Número 32 - BARCELONA**

Actuaciones Núm. 387/2002 y 476/2002 J.S. 4 de Barcelona  
acumuladas.

**S E N T E N C I A** Núm. 402/2002

Barcelona, 16 de septiembre de 2002

*(página 2)*

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA**

SALA SOCIAL - Rollo núm. 8186/2002

ILMO. SR. D. ANGEL DE PRADA MENDOZA

ILMO. SR. D. EMILIO DE COSSIO BLANCO

ILMA. SRA D<sup>a</sup>. ANGELES VIVAS LARRUY (Ponente)

Sentencia de fecha 11 de junio de 2003

*(página 16)*

**FUENTE: Bufet Almeida**

## **Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente**

ADVERTENCIA LEGAL: La sentencia original fue dictada en catalán, idioma oficial en la Comunidad Autónoma de Catalunya. La presente traducción, realizada por Bufet Almeida, no tiene carácter oficial, y en consecuencia es objeto de derechos reservados a los efectos de lo dispuesto en la vigente Ley de Propiedad Intelectual.

La presente sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en el recurso de suplicación interpuesto contra la misma.

### **JUZGADO DE LO SOCIAL Número 32 BARCELONA**

Actuaciones Núm. 387/2002 y 476/2002 J.S. 4 de Barcelona acumuladas.

### **S E N T E N C I A Núm. 402/2002**

Barcelona, 16 de septiembre de 2002

MIQUEL ANGEL FALGUERA I BARO, magistrado-juez del Juzgado de lo Social número treinta y dos de Barcelona, he visto las actuaciones promovidas por E.G.G. contra SERVICIOS AVANZADOS DE TELECOMUNICACIONES Y TELEMÁTICA, S.L. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre despido y extinción de contrato acumuladas.

#### **I ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- El día 07.05.2002 entró en este Juzgado demanda presentada por la parte actora en la que, habiendo alegados los hechos y razonamientos jurídicos oportunos, se interesaba sentencia declarativa por la que se extinguiese el contrato entre las partes, en aplicación de lo establecido por el artículo 50 de la L.E.T.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, la parte actora solicitó la acumulación de las presentes actuaciones a las seguidas ante el Juzgado de lo Social número 14 de los de Barcelona número 476/2002 por despido, lo que se acordó por interlocutoria de este Juzgado de 14.06.2002.

Tercero.- Después de un previo aplazamiento por las circunstancias descritas, se señaló para la celebración del acto de juicio el 12.09.2002, fecha en la que tuvo lugar a presencia judicial, con las partes y abogados que constan en acta. No compareció el FOGASA.

Cuarto.- En el acto del juicio la actora ratificó las demandas y la demandada se opuso, alegando sustancialmente la adecuación a la legalidad de las causas motivadoras del despido que figuran en la previa carta rescisoria y la inexistencia de motivos que justifiquen la rescisión por incumplimiento empresarial.

Quinto.- Se practicaron las pruebas documentales, interrogatorio de parte, testifical y pericial, propuestas y admitidas. La parte demandada solicitó la práctica de la prueba de reproducción de sonido, afirmando que en la cinta que se aportaba figuraba una conversación entre el empresario y el padre de la demandante. Consultada esta persona y advertida al respecto, se negó a la difusión de la cinta, por lo que la prueba fue denegada, sin que se formulase protesta. Finalmente, las partes insistieron en sus peticiones, y el juicio quedó visto para sentencia.

Sexto.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales de carácter esencial aplicables al caso.

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

### II HECHOS PROBADOS

Primero.- La demandante ha trabajado en la empresa demandada con una antigüedad de 02.09.1998, prestando sus servicios profesionales con la categoría reconocida en nómina de comercial y con un salario diario con prorrata de pagas extraordinarias de 42,32 euros.

Segundo.- La relación laboral entre las partes se formalizó inicialmente en la fecha referida mediante un contrato en prácticas a tiempo completo, a fin de que la demandante prestase sus servicios como técnica, atendida su titulación FP2 electrónica. La duración estipulada era de seis meses. El mencionado contrato fue prorrogado en fecha 03.03.1999, 01.09.1999 y 24.02.2000, firmándose el 04.09.2000 la conversión del mismo en indefinido, al amparo de lo previsto en el artículo 55/1999.

Tercero.- La categoría inicialmente reconocida a la demandante en la hoja de salario era la de administrativa, pasando a ser la de comercial a partir del mes de abril de 2000.

Cuarto.- En fecha 13.05.2002 la demandada entregó a la trabajadora mediante un burofax una carta de la misma fecha en la que se le comunicaba su despido con efectos desde ese mismo día. El contenido de la carta era el siguiente:

"Estimada señora:

Por medio de la presente pasamos a comunicarle de que la dirección de la empresa, acogiendo a las facultades que se fijan en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores, le comunica su cese por DESPIDO DISCIPLINARIO en los servicios que venía prestando en esta empresa, con efectos desde el día de hoy 13 de Mayo de 2002.

Las razones que fundamentan esta decisión son las siguientes:

El conocimiento que ha tenido la empresa, a partir del peritaje efectuado el día 3 de MAYO de 2002 por la empresa Auditora VIADÉ I FREIXES, S.L. al ordenador personal usado por usted en esta empresa de:

1.- Del uso por usted de la cuenta de correo electrónico de la empresa (esther@interbel.es), para el envío y respuesta de correo electrónico de carácter personal, ajeno a la prestación de servicios para la cual está contratada y todo ello dentro de la jornada laboral. Del peritaje efectuado se desprenden los siguientes datos:

Correos electrónicos de carácter privado y ajenos a la empresa, enviados por usted:

- Carpeta de correo electrónico ESTHER.....2150 correos personales/427 en los últimos 6 meses
- Carpeta de correo electrónico ESTHER/PRIMITIVA....190 correos con información sobre resultados de sorteos
- Carpeta de correo electrónico ESTHER/VARIOS.....337 correos de carácter personal.
- Carpeta de correo electrónico NOTAS.....9 contiene nombres y claves de acceso e información de 9 webs de carácter personal, entre ellas una dedicada a la astrología.
- Carpeta de Correo electrónico SUSCRIPCIONES contiene 44 suscripciones a publicaciones periódicas, sólo 5 de ellos están relacionadas con la empresa
- Carpeta con informaciones de trabajos académicos.

2.- Asimismo, le comunicamos que debido al tráfico de correo electrónico de carácter personal y ajeno a la actividad de la empresa que usted mantenía, y todos ellos enviados dentro del horario laboral USTED infectó a través de 2 virus informáticos (Manolito y W32 Klez):

- La base de correos electrónico de la empresa.
- Archivos de carácter general y
- Programa de Gestión WINGEST (programa usado por la empresa para la FACTURACION Y CONTABILIDAD).

Los daños ocasionados por los virus informáticos por usted infectados son muy cuantiosos económicamente, por el coste de reparación y por los días dejados de trabajar en la empresa. SE REALIZARA UN PERITAJE PARA VALORAR LOS DAÑOS OCASIONADOS.

## **Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente**

3.- Del uso por usted, y dentro del Horario de la Jornada laboral, de su ordenador de la empresa para realizar conexiones a páginas webs de ocio, compras, viajes, motor, astrología, etc., etc., todas ellas de contenido ajenas a la actividad de la empresa, y todo ello dentro del horario laboral. Asimismo usted se conectaba dentro del horario laboral a la UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA donde seguía un curso de INGLES. Según el peritaje efectuado dichas conexiones se realizaban de manera diaria y habitual.

A continuación, y como mera muestra de los registros de que dispone la empresa, le exponemos algunas de las conexiones que usted efectuó dentro del horario de la jornada laboral, y que corresponde a días alternos del mes de MARZO de 2002, y cuyo desglose es el siguiente: (SIGUEN TRES PAGINAS Y MEDIA DE DIRECCIONES ELECTRÓNICAS Y HORAS DE CONEXIÓN, QUE SE DAN AQUÍ POR REPRODUCIDAS).

Una vez le hemos desglosado "algunas" de las conexiones efectuadas por usted, vamos a pasar a mostrarle "algunos" de los correos electrónicos de carácter personal y ajenos a la actividad de la empresa, que usted envió dentro de la jornada laboral. Le adjuntamos a la presente carta y como mera demostración algunas de las capturas de pantalla efectuadas en su correo electrónico.

Reiteramos que el desglose mostrado es un mínimo detalle de las conexiones que usted efectuó a las páginas web de ocio, información, etc., dentro del horario laboral, teniendo la empresa los registros acreditativos de muchas de las conexiones efectuadas durante los últimos meses.

Según el informe pericial efectuado, el tiempo que usted dedicaba a estas actividades, tomando el perito como referencia el mínimo tiempo dedicado posible tenemos que:

- Dedicaba 15 minutos al correo electrónico personal, calculando 1 minuto por correo, para abrirlo y leerlo y minuto para responder.
- Dedicaba 30 minutos diarios por correo electrónico de suscripciones y listas de distribuciones (constan todos como leídos). Todo ello de carácter personal y ajeno a la actividad de la empresa.
- Dedicaba 10 minutos a "navegar" por páginas web de carácter personal ya ajenas a la actividad de la empresa, tomando para ello un mínimo de conexión de 1 minuto y medio por página web.
- Además usted seguía en su jornada laboral un CURSO DE INGLES en la UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA dedicando 10 minutos como mínimo a la realización de sus actividades académicas.

Los hechos descritos son sancionables con el despido según se especifica en el art. 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores y se concreta en

- LA TRANSGRESION DE LA BUENA FE CONTRACTUAL, ASI COMO EL ABUSO DE CONFIANZA EN EL DESEMPEÑO DEL TRABAJO.

Queda a su disposición el SALDO Y FINIQUITO que le corresponde, pudiendo pasar a buscarlo en las oficinas de esta empresa" (SIGUEN CINCO HOJAS CON REPRODUCCION DE PANTALLAS).

Quinto.- La demandada encargó a la empresa ALVA un informe pericial sobre los registros y archivos informáticos que constaban en el ordenador de la empresa, respecto a los archivos personales de la demandante en el mismo.

A estos efectos, dicha empresa consultora remitió a la demandada un correo electrónico con el correspondiente presupuesto el 30.04.2002. El mencionado informe fue entregado a la empresa en fecha 03.05.2002.

Sexto.- El ordenador de la demandante -como del resto de la empresa- tenía una clave de acceso. Dicha clave, sin embargo, era conocida por el resto de los trabajadores, siendo facilitada al analista informático encargado de confeccionar el informe, por un compañero de trabajo de la actora.

Séptimo.- El citado técnico apreció, en un primer análisis, la existencia de inconsistencias entre los archivos y sus vínculos; de aquí que se accediera a las copias de seguridad obrantes en registros de la empresa. Se encontraron 44, entre otros aspectos, suscripciones a publicaciones electrónicas periódicas, siendo únicamente cinco de ellas susceptibles de estar relacionadas con la actividad profesional. Algunas de las mencionadas páginas eran de empresas de ocio. Había también una carpeta de correo electrónico con claves de acceso a webs de carácter personal, así como la clave de entrada en la página web de la Universitat Oberta de Catalunya.

## **Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente**

En la indicada monitorización se pudo comprobar que desde el ordenador analizado se habían realizado visitas periódicas a páginas web de ocio, servicios o ajenas al trabajo (una media de cinco diarias), en horarios diversos.

Octavo.- En fecha 15.05.2001 el empresario, en el marco de la crisis empresarial y un proceso de reestructuración del que después se hablará, remitió un correo electrónico a los trabajadores respecto a determinadas instrucciones entre las que figuraba la siguiente: "los e-mails personales pueden realizarse o leerse fuera de horas de oficina. También como acordamos hace tiempo, queda completamente prohibido el ejecutar archivos adjuntos de cualquier tipo de los ordenadores de la empresa, quedando los daños bajo la responsabilidad de quien lo haga". Aún así, era práctica habitual por parte de los trabajadores la utilización del correo electrónico para fines privados.

Noveno.- La actividad de la empresa es la venta de software de internet a las empresas.

Décimo.- La actora empezó realizando tareas técnicas y posteriormente realizaba, desde su contratación inicial, funciones técnicas y comerciales, relacionándose con clientes, proveedores, servicios, planes, etc.

Decimoprimer.- A partir de un determinado descenso en los ingresos, la empresa encargó una consultoría técnica a la empresa TITONET, que reestructuró los métodos de trabajo de la demandada, así como las funciones a desarrollar por los diferentes trabajos de la empresa. En esta reestructuración, a la actora se le encomendó la realización de tareas comerciales (presupuestos, seguimiento, material y leads con distribuidor, definición de acciones Mktg) y administrativas (gestión de cobros y pagos, supervisión y control, responsable de oficina y tareas con el personal en prácticas).

Así mismo, en los últimos tiempos a la actora se le encargó la actividad de teleoperadora en trato con los clientes.

En el transcurso de la actividad laboral reseñada la actora utilizaba habitualmente tanto internet como el correo electrónico.

Decimosegundo.- El empresario había manifestado en los últimos tiempos que "quería tener (a la demandante) controlada en todo momento."

Decimotercero.- El empresario había manifestado la inadecuación de la indumentaria que vestía a veces la demandante. En una ocasión llamó al responsable de una empresa vecina para que firmase un documento en el que se hacía constar que la ropa que llevaba la actora no era adecuada. Esta persona se negó a firmar este documento señalando que "aquello no tenía sentido". En esos momentos la actora se sentía muy afectada.

Decimocuarto.- El empresario hizo cambiar la situación del ordenador de la actora, situado a pocos metros de su mesa, encarando su pantalla en un ángulo de noventa grados respecto a su posición.

Decimoquinto.- La actora sufre un trastorno de estrés postraumático producido por una situación laboral.

Decimosexto.- La actora se encuentra en situación de incapacidad temporal desde el 10.04.2002.

Decimoséptimo.- La actora estuvo matriculada en la Universidad Oberta de Catalunya el primer semestre del curso 2000/2001.

Decimooctavo.- La empresa pagó a la demandante un cursillo de inglés durante los meses de marzo a mayo del 2001. Además, se hizo cargo, junto con otros compañeros de trabajo, de los gastos de un gimnasio a principios del 2002.

Decimonoveno.- La actora no es ni ha sido representante de los trabajadores en el último año.

Vigésimo.- La demandante formuló papeleta de conciliación por extinción contractual (art. 50 L.E.T.) en fecha 07.05.2001, celebrándose el oportuno acto de conciliación en fecha 28.05.2002. La papeleta de la acción de despido se interpuso el 04.06.2002, celebrándose el acto de conciliación el 03.07.2002. Ambos finalizaron sin avenencia.

### III. RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.- La relación de hechos que se declaran probados, se ha deducido de la valoración conjunta de la prueba, de acuerdo con los principios de la sana e imparcial crítica y valorando en general la prueba documental aportada y en concreto los siguientes elementos probatorios:

- Los hechos probados primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, noveno, decimosexto y decimoséptimo se han deducido de la documental aportada por las partes.
- Los hechos probados sexto, décimo, decimoprimer, decimosegundo, decimotercero y decimocuarto, de la testifical.
- El hecho probado séptimo, de la pericial técnica.
- El hecho probado octavo y el decimotercero, de la documental y de la testifical.
- El hecho probado 15 de la pericial médica.
- El hecho probado decimonoveno y el vigésimo son conformes.

Segundo.- En el presente procedimiento es apreciable, como ya se ha indicado, la existencia de dos acciones acumuladas, ex art. 32 LPL; es decir, una demanda de despido y otra, previa, de extinción de contrato, por la vía del artículo 50 L.E.T.

Centrado lo anterior, aparecen inevitablemente, las dudas que se dan en casos de acumulación de acciones como la presente, respecto del orden procesal en que se han de tratar las diferentes opciones.

Es necesario mencionar, así mismo, que la mayor parte de la doctrina se inclina por considerar que se ha de analizar previamente la acción que haya tenido entrada inicial en el Juzgado. Así se indica en la Sentencia TSJ Catalunya de 14.07.2000: "debe señalarse que la acumulación de las acciones de despido y de extinción de contrato a instancia del trabajador tal y como establece el artículo 32 de la Ley de Procedimiento Laboral no lleva consigo como invoca el recurrente que se deba examinar en primer término la acción de despido, no desprendiéndose esa conclusión de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, es más, la sentencia que se invoca de 23 de diciembre de 1996 no establece una solución uniforme para todos los supuestos, señalándose que "en aquellos casos en los que el incumplimiento empresarial no tenga que ver con la causa del despido, es posible el tratamiento autónomo de una y otra y la fijación de un criterio sobre cual ha de ser examinada en primer lugar" (en sentido similar, SSTs País Vasco de 27.01.1998 y Andalucía -sede Málaga- 24.03.2000).

Tercero.- Hecha esta consideración, debe analizarse en primer lugar la extinción contractual que se pretende con amparo en lo establecido por el artículo 50 L.E.T., respecto a un alegado incumplimiento contractual grave por parte del empleador.

La citada norma estatutaria prevé, con una larga tradición en nuestra ordenación, como causas justas de extinción contractual a solicitud del trabajador la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad; b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado; y c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor. La consecuencia de la concurrencia de la solicitud del trabajador con la causa justa comporta la extinción con las indemnizaciones que corresponden al despido improcedente; se trata así, como habitualmente ha puesto de manifiesto la doctrina, de una especie de despido a la inversa".

Amparando su pretensión en la citada previsión normativa, pretende la demandante la anunciada extinción contractual en base a dos motivos: la existencia de una modificación sustancial de las condiciones laborales, respecto a los tipos de trabajo que realizaba con anterioridad y las que llevaba a cabo en el momento anterior a la interposición de la demanda; por otra parte, se alega la existencia de un acoso moral por parte del empleador.

Es obvio, pues, que ambas interpretaciones han de ser analizadas en este pronunciamiento, si bien, con carácter previo cabe hacer una consideración inicial. Así, de la prueba practicada se desprende que la relación laboral entre las partes sujetas a esta litis fue buena, hasta un momento indeterminado (a

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

mediados del año 1991); este buen clima laboral previo se deduce, tanto de la testifical practicada como de la documental de la demandada, donde constan e-mails de felicitación del empleador a la actora por su trabajo. Asimismo -probablemente en coincidencia con la crisis empresarial y el proceso de reestructuración que se ha referido- esta relación se ha ido degradando hasta los momentos actuales.

Cuarto.- En este marco "conflictual" conviene enmarcar el cambio de funciones desarrolladas por la demandante. Así, ésta -que es titulada en FP 2 electrónica- fue contratada inicialmente en prácticas atendida su formación, convirtiéndose este vínculo laboral posteriormente, sin solución de continuidad y sin que conste la existencia de novación contractual funcional, en una relación laboral indefinida. En las hojas de salario -como también se ha declarado probado- la categoría inicialmente reconocida era la de administrativa, pasando posteriormente a ser la de comercial.

De la prueba testifical practicada se desprende -sin dudas para este juzgador- que las funciones encomendadas a la demandante por el empleador fueron cambiando a lo largo del tiempo, pasando de realizar tareas básicas técnicas y/o comerciales a las de simple teleoperadora. Del propio peritaje informático practicado por la demandada y aportado como documento (página 112.8), se desprende que en el ordenador que utilizaba la actora constaban registros y programas propios de una actividad profesional cualificada. Por otra parte, también de la documental de la empresa se deduce que el organigrama previsto después del proceso de reestructuración (página 87), comportaba que la actora llevase a cabo trabajos ciertamente cualificados en el mismo. Así mismo, sin embargo, tal y como se ha dicho, en los últimos tiempos los trabajos de la demandante se insertaban en funciones de teleoperadora, tarea que -como es notorio- no requiere de una excesiva calificación y/o formación profesional.

El simple cambio de funciones profesionales o la movilidad funcional no son, "per se", elementos suficientes para que pueda ejercitarse la extinción contractual que se postula. Es necesario, además, un determinado "quantum": la afectación a la profesionalidad y a la dignidad profesional del trabajador.

En este sentido, como indica la STSJ Catalunya de 09.02.1999, núm. 957/1999: "Las modificaciones sustanciales son causa legítima para que el trabajador solicite la resolución de su contrato, pero no bastan por sí mismas. Es preciso que además causen al trabajador daños en valores que el legislador ha considerado especialmente relevantes "la formación profesional y la dignidad personal". Así pues, el impacto negativo que la conducta empresarial ha de producir en la posición personal y profesional del actor ha de valorarse atendiendo a dos conceptos legales "de profesionalidad" y "menoscabo de la dignidad". La idea de profesionalidad se vincula con el derecho reconocido a los trabajadores de promoción dentro de la empresa (artículo 35 de la Constitución) y en este sentido la misma queda afectada desde el momento que al trabajador se le disminuye la categoría de la función que tenía asignada, pero si ello se produce en el plus preciso para que tal modificación pueda incardinarse en el precepto que se entiende infringido. Respecto a la incidencia en la dignidad del trabajador, ha sido la propia evolución jurisprudencial la que ha fijado también el alcance de la noción "menoscabo de la dignidad del trabajador" ampliando su alcance más allá de los límites que establecen los artículos 17, 10 ó 20.3 del ET cuando se refieren a este concepto y extendiéndolo a todo ataque al respeto que merece el trabajador ante sus compañeros y ante sus jefes como profesional, no pudiéndosele situar en una posición en que por las circunstancias que se den en ella, se provoque un descrédito en este aspecto".

En el caso analizado aparece como manifiesto que se produce una afectación negativa hacia la trabajadora de su formación profesional -teniendo en cuenta la titulación acreditada y las tareas que llevaba a cabo- y de su dignidad profesional -pues se la ha rebajado con carácter permanente a realizar funciones muy alejadas del objeto contractual inicial.

Se afirma, en este sentido, en la STSJ Catalunya 21.9.1994, que en una degradación que se impone como definitiva y no como temporal "es determinante de que redunde en perjuicio de la formación y de la dignidad de los trabajadores, por dignas que sean las funciones que se les asignen de nuevo, pues, en cualquier caso supone descender en la escala".

O, en sentido muy similar, se afirma en la Sentencia del mismo Tribunal de 03.01.1996: "Y es que la jurisprudencia exige para el éxito de la acción rescisoria del art. 50 E.T. un claro perjuicio para el trabajador, con conculcación de su dignidad o detrimento de su formación profesional, en el bien entendido, como tiene dicho este Tribunal, "que la utilización por la empresa de sus facultades organizativas, sobretudo en el marco de una crisis económica que impone una determinada reestructuración operativa deviene legítima cuando se respeta la categoría profesional del trabajador y las

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

nuevas funciones no son ajenas a su titulación o normal quehacer", de tal modo que "para atribuir valor substancial a la modificación operada en las condiciones de trabajo se requiere que se hubiera producido una transformación en las mismas de tal índole que quedara desdibujada en sus contornos esenciales; ello supone, cuando la variación afectare a la clase de tareas, que su valor substancial dependerá de que las nuevas asignadas, aún correspondiente al mismo grupo profesional, difiera notablemente de las antes encomendadas, de manera que, por su falta de equivalencia, se puede acarrear al trabajador afectado unos potenciales perjuicios en la conservación del empleo, como en su derecho a la formación profesional" (STS 15-3-90); añadiendo la Jurisprudencia que "la viabilidad de la justa causa de extinción de la relación laboral, tipificada en art. 50.1 a) E.T. exige un doble condicionamiento; modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de dicha alteración produzca un perjuicio en la formación profesional o un menoscabo en su dignidad (SS 13-7-84, 12-3-84 y 24-11-86). No basta, pues para el efecto extintivo una modificación accidental, sino que el cambio ha de ser substancial, es decir, que afecta a su propia y básica naturaleza y sea revelador, a la vez, de un voluntario y grave incumplimiento de sus obligaciones por el empresario, que suponga deliberado enfrentamiento a la continuidad del anterior desarrollo de la relación laboral y que, además de tal grave enfrentamiento cause perjuicio para la formación profesional o bien redunde en menoscabo de la dignidad del trabajador" (STS 31-5-91).

Está claro que en el presente caso se da la concurrencia de todos los factores analizados; es decir, una rebaja ostensible del encuadre profesional de la demandante, un carácter no temporal o episódico de la citada situación, una falta de justificación objetiva del mencionado cambio y, finalmente, una medida empresarial que afecta en forma directa y perjudicial la profesionalidad de la demandante y su dignidad profesional.

Quinto.- También es en este marco contractual en el que se ha de situar la alegada existencia de un acoso moral en el trabajo.

Si bien es verdad que, hoy en día, no existe ningún tipo de definición legal de este fenómeno de alcance público reciente (no por lo que hace a la realidad implícita, de larga evolución en el marco de las relaciones laborales), han sido varios los intentos de definición jurídica del mismo. Sirva como ejemplo la contenida en la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Pamplona de 24.09.2001, en los siguientes términos:

"La constatación de la existencia en las empresas de trabajadores sometidos a un hostigamiento tal que incluso llegara a presentar síntomas psicósomáticos y reacciones anormales hacia el trabajo y el ambiente laboral, ha determinado la acuñación del término mobbing para su calificación, acepción que literalmente significa atacar o atropellar y que ha sido traducido como hostigamiento psicológico en el trabajo, refiriéndose a aquella situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles. Este término mobbing ha sido empleado en la literatura psicológica internacional para descubrir una situación en la que una persona o grupos de personas ejercen una violencia psicológica y sistemática durante un período prolongado de tiempo sobre otra persona en el lugar de trabajo.

El mobbing podría considerarse como una forma característica de estrés laboral, que presenta la particularidad de que no ocurre exclusivamente por causas directamente relacionadas con el desempeño del trabajo o con su organización, sino que tiene su origen en las relaciones interpersonales que se establecen en cualquier empresa entre los distintos individuos.

Una característica de la situación es la de ser un conflicto asimétrico entre las dos partes, donde la parte hostigadora tiene más recursos, apoyos o una posición superior a la del trabajador hostigado."

O la contenida en la STSJ Navarra 18.05.2001:

"Hoy día estudios recientes sobre esa violencia en el trabajo emplean diferentes términos designados por los nombres de "Bullying", como sinónimo de violencia física, y "Mobbing", que literalmente significa atacar o atropellar, término traducido como psicoterror laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo, para referirse a una situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles. La doctrina especializada en esta materia -L. Y C.- incluye en esta categoría de "Mobbing" las siguientes conductas:

1) Ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima: el superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones.

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

- 2) Ataque-mediante aislamiento social.
- 3) Ataques a la vida privada.
- 4) Agresiones verbales, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona.
- 5) Rumores: criticar y difundir rumores contra esa persona.

Como síntomas de las personas sometidas a "Mobbing" se señalan: ansiedad, pérdida de la autoestima, úlcera gastrointestinal, y depresión".

Con esto, atendiendo a su origen, cabe considerar como más beneficioso a dichos efectos definitorios, el concepto de "mobbing" contenido en la Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el trabajo y la ocupación (presentada por la Comisión conforme el apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE: COM/2000/0652 - CNS 99/0225, Diario Oficial nº 062 E de 27/02/2001 p. 0152-0163), en los siguientes términos: "cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con uno de los motivos mencionados en el artículo 1- es decir, prieto a la igualdad- que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo."

Así mismo, como se indica en la reciente sentencia TSJ País Vasco 26.02.2002, no se ha de confundir el ejercicio de esta violencia psicológica con el ejercicio abusivo de los poderes de dirección y organización empresarial.

Ahora bien, hay que considerar que -precisamente porque como ya se ha dicho la realidad descrita es anterior al último impacto mediático- el Derecho del Trabajo ha articulado ya desde hace tiempo las instituciones jurídicas precisas (otra cosa, ciertamente muy diferente, es si son las adecuadas) para compensar a las víctimas de dichas conductas. De aquí que la interpretación judicial del artículo 50 LET, con los efectos descritos, establezca la translación en el marco del Derecho del Trabajo lo previsto en el art. 1.124 CC, atendiendo al carácter sinalagmático del contrato laboral, cuando la conducta del ocupador afecte a la dignidad humana del trabajador (art. 4.2.e) LET). La inexistencia de una tipificación cerrada de los supuestos contemplados en dicha norma (atendiendo al carácter abierto del apartado c) permite la rescisión indemnizada siempre y cuando exista un incumplimiento grave que consista en una voluntad rebelde de cumplimiento de sus obligaciones contractuales o un hecho suficientemente significativo dentro de la economía del contrato, que impida su continuidad (entre otras, STS 15.01.1987).

Del anterior relato fáctico se desprende la existencia de una conducta empresarial susceptible de ser considerada como contraria al derecho de la demandante a su dignidad en el trabajo.

En efecto, después del cambio en el clima laboral descrito, a la demandante -además de la degradación formativa y profesional ya descrita- se le ha ejercido un control de su actividad que no consta se realizara a otro asalariado de la empresa y sin que se justificaran -ni se dedujeran- causas objetivas o subjetivas a estos efectos; se le ha modificado su espacio físico de trabajo -a fin de que el empresario pudiera controlar todo lo que hacía- y se le ha negado sin causa justificada, teniendo en cuenta la actividad de la empresa ( es más, este extremo fue negado por el empresario en prueba de interrogatorio de parte, existiendo prueba testifical objetiva y clara practicada) su derecho a utilizar indumentaria que quisiera, llevándose al extremo descrito en el acto del juicio y que, sin duda, han tenido un evidente efecto sobre la salud psíquica de la demandante, como resta establecido de la pericial médica practicada.

Es obvio, por tanto, que la conducta empresarial es susceptible de ser englobada en el tipo rescisorio contemplado en el apartado c) del art. 50.1 LET.

Es conveniente, en consecuencia, estimar la demanda de extinción de contrato, con los efectos que después se dirán. Igualmente, existiendo una acción acumulada de despido, hay que valorar en este momento la misma.

Sexto.- En relación al despido de la demandante, es apreciable que en la larga carta rescisoria se imputan a esta, después de la monitorización de su ordenador por parte del perito referido, la comisión de una serie de hechos que pueden ser englobados en tres apartados justificadores diferentes:

- A) Por un lado, el uso del correo electrónico empresarial.
- B) En segundo lugar, una "navegación" inadecuada por Internet, accediendo en honorarios de trabajo a determinadas páginas web ajenas a la actividad productiva.

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

C) Finalmente, el acceso desde el ordenador desde la empresa a la página web de la Universidad Oberta de Catalunya para que la demandante realizara actividades académicas.

Si bien es cierto, del texto de la carta parece desprenderse otra imputación a la demandante: haber infectado con virus la red interna de la empresa, con la apertura de correos electrónicos. Ahora bien, este motivo tiene que ser rechazado de entrada, atendiendo a que no resulta creíble que la demandada -dedicada a la comercialización de programas informáticos y trabajando habitualmente con Internet- no contara con anti-virus y "cortafuegos" -que ella misma posiblemente distribuyera en el mercado-; sin que, por otro lado, se hayan cuantificado en la carta ni en la prueba practicada los gastos producidos por la imputada conducta a la demandante.

Pues bien, en cuanto a la primera de las expuestas motivaciones se tiene que hacer inevitablemente una reflexión inicial respecto a la adecuación constitucional de la prueba practicada. Es éste un extremo que no puede ser evitado en este pronunciamiento, pues dicha cuestión fue formulada de forma expresa por la parte demandante en el acto del juicio, sin que en ese momento se diera solución, atendiendo al obvio desconocimiento de este juzgador en aquel momento del contenido de la prueba y los medios utilizados para obtenerla.

Del anterior relato de los hechos se dimana que, en el marco del conflicto laboral al que tantas veces se ha hecho alusión y, además, en paralelo a la interposición por la actora de la papeleta de conciliación para la extinción contractual, el empresario encargó a una empresa especializada un análisis (monitorización) de los contenidos del ordenador de la actora, con especial referencia a sus archivos personales (es este último un extremo que queda diáfano al acto del juicio, ante la clara respuesta dada por el perito compareciente a instancias de la empresa a pregunta de este magistrado). A estos efectos, dicha persona -por órdenes de la empresa- entró en archivos de correo electrónico de la demandante, sacó copia y se aportaron como prueba documental. Hay que decir que algunos de dichos correos son de carácter íntimo y personal (especialmente los que figuran numerados como 129 y 136 del ramo de prueba de la demandada).

Dichas consideraciones han de comportar la valoración de si estas pruebas son contrarias a derechos constitucionales y, más en concreto, a lo establecido en el art. 18.3 de nuestra "norma normarum". En el caso de que se diera una respuesta positiva a esta cuestión, las pruebas practicadas resultarían inhábiles, en aplicación de lo contemplado en el art. 11.1 LOPJ.

Séptimo.- Como se puede desprender del anterior relato fáctico -en el que no se ha nombrado en este extremo- este juzgador ha llegado a la conclusión de que dicha prueba es contraria al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones -consagrado en el art. 18.3 CE, ya citado-.

Es cierto, en este sentido, que no es pacífica la doctrina legal, ni científica que ha abordado la capacidad empresarial de acceder a los correos electrónicos personales de los trabajadores. Así, un sector doctrinal se ha inclinado por considerar que atendiendo a que el material informático es propiedad del ocupador, el nombrado derecho constitucional no ampara las comunicaciones "Inter.-privatus" allí registradas, pues éste tiene por ley (art. 20.3 LET) otorgadas las competencias de control y vigilancia sobre la actividad laboral de sus trabajadores y el uso de los medios empresariales (entre otras, SSTSJ Catalunya 05.07.2000, País Vasco 31.10.2000, Galicia 04.10.2001, Madrid 04.12.2001, etc.); por el contrario, otros pronunciamientos (entre otros, STSJ Andalucía 25.02.2002 y Madrid 31.01.2002) se inclinan por una respuesta contraria, entendiendo que dichas monitorizaciones vulneran el nombrado precepto constitucional.

Ahora bien, más allá del debate judicial, vigente actualmente, hay que recordar que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ha tenido -atendiendo a la falta de ley orgánica de desarrollo- una (ciertamente, no muy extensa) hermenéutica en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Así, en la STC 114/1984 -posteriormente, también en la STC 34/1996- se afirma:

"Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así, -a través de la imposición a todos del "secreto"- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma,

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).

Por ello, no resulta aceptable lo sostenido por el Abogado del Estado en sus alegaciones en el sentido de que el art. 18.3 CE protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de "secreto", que aparece en el art. 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma. Como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente S 2 agosto 1984 del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre -caso Malone- reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado "comptage", permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de "comunicación", la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia "erga omnes" ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado."

Podría pensarse que dicha doctrina -a la vista de la sentencia- se está refiriendo a los sistemas de comunicación "tradicional" (teléfono, carta, etc.) y que no afecta a las comunicaciones electrónicas. Sin embargo, la reciente STC 70/2002 ha querido, con carácter "obiter dictum", poner en evidencia que las anteriores consideraciones son también postulables de los nuevos sistemas de comunicación cibernética, en afirmarse: "Ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE."

Es obvio, como consecuencia, que el art. 18.3 CE ampara el derecho a las comunicaciones entre personas, así como en su secreto, resguardando este secreto de un conocimiento ilícito por terceras personas, excepto autorización judicial. Y también se desprende de dicha doctrina (y esto se hace con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) que este secreto no se produce sólo en el momento de la transmisión, sino también en cuanto su posterior registro físico. De aquí que, a diferencia de los modelos anglosajones -significativamente, el norteamericano- en que se afirma que el derecho constitucional referido sólo ampara el momento de la transmisión, en el sistema continental se ampara también en el marco del secreto de comunicaciones el soporte físico de registro. Y es obvio, aún existiendo la famosa "virtualidad", que un ordenador "per se" es un objeto físico.

De ahí que no pueda afirmarse que el art. 20.3 LET otorga un marco jurídico suficiente para amparar las monitorizaciones de ordenadores a fin de obtener el conocimiento de los ocupadores de los correos electrónicos personales de sus trabajadores. Es obvio, en este sentido, que dicha norma no tiene rango de ley orgánica (ex art. 81.1 CE), sin que tampoco le sea postulable la "peculiar" delegación a ley ordinaria que establece el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, atendiendo a que no desarrolla expresamente el secreto de comunicaciones. Dicha norma sí da amparo jurídico -como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina- la intromisión en el derecho a la intimidad de los trabajadores en los registros personales o en sus efectos particulares o en su armarito (art. 18 LET), siempre y cuando este registro se haga con las garantías legalmente contempladas y sin que, por otro lado, como ha puesto de manifiesto la doctrina (entre otras, STSJ Castilla La Mancha 16.09.1999), sea posible el registro de bienes de la empresa -como la mesa de trabajo- sin cumplir dichas garantías. Así, no tendría sentido que nuestro sistema jurídico permitiera -con el respaldo de ley orgánica- una limitación del derecho fundamental a la intimidad con una serie de garantías, mientras que la posible afectación al secreto de las comunicaciones no ostente ningún régimen de tutelas.

Octavo.- Así pues, es obvio que -como señala ROMAGNOLI- "el Derecho es esencialmente sentido común". Por tanto, no resulta lógico pensar que un empresario no puede acceder a los correos electrónicos personales de sus trabajadores radicados en los ordenadores de su propiedad -es evidente que sí puede hacerlo a los de contenido laboral- cuando tiene sospechas fundamentadas de la existencia de

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

incumplimientos graves por parte de éstos, precisando de una autorización judicial. (piénsese al respecto, en un caso de espionaje industrial).

Ahora bien, no hay que olvidar que la más reciente doctrina internacional viene considerando que esta intromisión en el correo personal de los asalariados es posible, siempre y cuando se den una serie de garantías y unas situaciones extraordinarias (véase, por ejemplo, la sentencia de la Court de cassation francesa de 02.10.2001 o el dictamen a este respecto de la CNIL también francesa -correspondiente a nuestra Agencia de Protección de Datos-. Garantías y situaciones extraordinarias que, hoy por hoy, ante el silencio del legislador hay que referirse al marco de lo dispuesto en los art. 6 y 7 de la Directiva comunitaria 95/46 que la Comisión de trabajo constituida "ad hoc" en el seno de la Unión ha considerado parcialmente aplicable a los supuestos de monitorización del correo electrónico laboral (resolución 29.05.2002 5401/01/EN/Final WP ), como también lo ha hecho previamente la Dirección General del Mercado Interno de la Unión en su Opinión 8/2001 (documento 5062/01/final WP 48, de 13.09.2001). en ambos documentos se reconoce la posibilidad de dicho acceso, siempre y cuando se den una serie de garantías entre las que destacan; a) la necesidad de un propósito especificado, explícito y legítimo; b) que la supervisión sea una respuesta proporcionada sobre un patrón de riesgo, y c) la mínima repercusión sobre los derechos a la intimidad de los trabajadores afectados.

Aplicando esta lógica -que este juzgador hace suya- al supuesto enjuiciado resulta evidente que nos encontramos ante una intromisión desproporcionada del ocupador en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la actora, que no responde a ninguna circunstancia extraordinaria. Así, no se ha justificado en ningún momento -ni tan sólo se ha alegado- la existencia de una causa legítima para monitorizar dicho ordenador. Por otra parte, resulta evidente que el ocupador ejerce esta supervisión en el marco de un previo conflicto laboral -sobre el que ya se ha reflexionado previamente- y de forma coetánea a la interposición de una papeleta de conciliación por extinción contractual, lo que pone en evidencia un claro objetivo de buscar un motivo para despedir a la actora y no la defensa del patrimonio o de los intereses de la empresa; hay que recordar, en este sentido, las reflexiones que antes se han hecho respecto de los órdenes empresariales al auditor informático de buscar de forma expresa los archivos personales de la demandante -que se encontraba en situación de incapacidad temporal- y sin la asistencia de otros compañeros de trabajo. Finalmente, hay que señalar que esta monitorización no se hizo con ningún otro ordenador del resto de los trabajadores.

Todo lo que se acaba de exponer pone en evidencia que ni ha existido una actuación proporcionada para la demandada, ni una búsqueda finalista de archivos legítima, sino el intento de objetivar una causa de despido reactivo ante la situación descrita. Estos fines tienen que ser caracterizados como ilegítimos; en consecuencia, se ha producido una vulneración del derecho fundamental de la actora al secreto de las comunicaciones, lo que tiene que comportar la nulidad de la prueba obtenida, atendiendo a lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ.

Noveno.- La anterior consideración tiene como lógica consecuencia la falta de prueba por el ocupador respecto la imputación a la demandante en cuanto la utilización indebida del e-mail laboral. Ahora bien, cabe recordar que -como más arriba se ha dicho- no era esta la única causa de despido.

Y, en este sentido, hay que hacer mención a que las consideraciones referidas en cuanto a la nulidad de la prueba en relación al secreto de comunicaciones sólo afectan a los correos electrónicos monitorizados. Queda claro, así, que ni la "navegación" por Internet en páginas web no relacionadas con el trabajo, ni las actividades académicas de la actora en la página de la OUC -que también se imputan- tienen el amparo del art. 18.3 de nuestro texto constitucional, ni tan solo del derecho fundamental a la intimidad "structu sensu".

Es evidente, en este sentido, que el uso de los ordenadores de la empresa para el acceso a Internet para fines propios y en horario de trabajo es susceptible -en un marco concreto de fraude contractual- de ser considerada como un incumplimiento grave de las obligaciones laborales y, por tanto, causa de despido (SSTSJ Castilla y León -sede Valladolid- de 29.01.2000, Murcia 15.06.1999, etc.)

Ahora bien, queda claro que no es atendible que toda navegación irregular sea causa de sanción o, ni tan solo de ejercicio del poder disciplinario empresarial. Hay que recordar que el art. 3.1 CC consagra que las normas tienen que ser interpretadas conforme la realidad social del tiempo en que se hayan de aplicar. En la medida en que Internet es una realidad social con creciente implementación en la producción y los servicios, no se puede eludir su uso social, incluso en el marco del centro de trabajo (véase en este sentido

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

y respecto al uso del teléfono la sentencia de Valencia de 04.11.1998). Así, la doctrina judicial ha entendido que no existía causa de despido cuando se accedía a la red para fines personales pero con poca repercusión sobre la producción (STSJ de Madrid 12.06.2001).

Ahora bien, más allá de dichas consideraciones, resulta claro que de haberse probado que la demandante había realizado personalmente las navegaciones que se le imputan en la carta nos encontraríamos ante un abuso de derecho, lo que tendría que comportar la validación del despido disciplina.

Una vez dicho esto, no hay que olvidar que en el presente caso estamos hablando de una empresa que, precisamente, se dedica a comercializar en la red software para Internet. De aquí se deduce, en consecuencia, que sus trabajadores trabajan fundamentalmente con dicha herramienta y que, por tanto, su navegación es frecuente. Eso nos lleva a afirmar que correspondía a la demandante no sólo la prueba de la navegación en determinadas páginas web, sino que esta no tenía ningún tipo de relación con el trabajo.

Así mismo, dicho esto, hay que decir que existen otras consideraciones que nos llevan a desestimar los motivos del despido. Así, y como se ha declarado probado, los compañeros de trabajo tenían acceso al password del ordenador de la demandante, en la medida en que éste era público (ya se ha declarado probado, en este sentido, que el propio auditor informático, atendiendo a la ausencia de la actora, accedió a los archivos de ésta a través de la contraseña de la misma que le proporcionó otro asalariado). En dichas circunstancias, correspondía a la demandada -cosa que no se ha hecho- probar que la trabajadora se encontraba en el horario de la navegación que se le imputa en su puesto de trabajo. Consideración ésta, por otra parte, que no es un simple ejercicio de estilo o una simple excusa, en la medida en que -como también se ha declarado probado- el empresario hizo colocar en el ordenador de la asalariada en forma tal que él pudiera controlar en qué estaba trabajando. No parece factible que, en dichas condiciones, la demandante pudiera navegar el tiempo que se le imputa en la carta de despido, sin que el ocupador se diera cuenta.

Décimo.- Finalmente, en relación con el incumplimiento contractual sobre el acceso de la actora a la web de la Universitat Oberta de Catalunya a través del ordenador del trabajo, dicha imputación también tiene que ser desestimada, con la consecuente estimación de la demanda.

Parte de los motivos expuestos en los hechos anteriores nos llevan a esta conclusión, por lo que se tienen aquí reproducidos. A lo que se ha de añadir otras consideraciones, como ahora que -por certificado aportado de dicha institución- la demandante no se encontraba matriculada en ningún curso de inglés en la UOC. O el hecho de que -a diferencia de otros navegaciones irregulares- en la carta de despido no consta el periodo en que la demandante realizó supuestamente dicha práctica.

Y aunque se pudiera considerar que esta navegación irregular se realizara por el curso en que la demandante se encontraba matriculada en Administración de empresas -en el primer semestre del periodo lectivo 2000/2001- (todo sea a efectos meramente hipotéticos, esto no consta en la carta), los hechos se encontrarían prescritos, habiéndose ultrapasado los límites para el ejercicio del poder sancionador empresarial que contempla el art. 60.2 LET, sin que resulte aquí de aplicación la doctrina unificada respecto las auditorias como determinantes del momento de conocimiento empresarial (entre otras, SSTSUD 22.05.1996, 18.12.2000, 31.01.2001, 27.11.2001), atendiendo que no nos encontramos ante la figura de un ilícito continuado y que la empresa tenía copia de los archivos de seguridad de los ordenadores, lo que le permitía una comprobación en cualquier momento (teniendo presente que una interpretación contraria vulnera el principio de seguridad jurídica que contempla el art. 9.3 de la Constitución).

Undécimo.- De todo lo dicho hasta ahora caben, por tanto, la estimación íntegra de las dos demandas, tanto la de extinción contractual, como el despido, el que ha de comportar una aclaración de los efectos aplicables, atendiendo a la posible contradicción existente entre una sentencia declarativa de la extinción contractual -con efectos constitutivos desde que se dicta- y un despido "ex tunc" -es decir, desde el momento en que se produce-. No es intrascendente esta reflexión, ya que los efectos de uno y otro pronunciamiento afectan tanto a los "días ad quem" del cálculo de la indemnización como a los efectos sobre los salarios de tramitación posteriores al despido (el despido es poco anterior en el tiempo a la entrada en vigor del R. Decreto-Ley 5/2002), ya que, encontrándose la demandante en situación de incapacidad temporal el sentido de este pronunciamiento podría afectar al régimen de responsabilidades de la empresa en materia de colaboración obligatoria a la Seguridad Social y a las correspondientes cotizaciones.

## **Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente**

Ciertamente, este debate no se produciría si el analizado despido se declarara nulo. En este caso, la nulidad "in radice" del acto extintivo emanado de la voluntad empresarial comportaría la expulsión del mundo del derecho de despido, por lo que operaría inmediatamente la extinción ex art. 50 LET. Así mismo, aun la existencia de claros indicios de vulneración de derechos fundamentales en la conducta empresarial (no respecto de la obtención de la prueba, extremo que ya se ha analizado), ninguna manifestación en este sentido se contiene en la demanda rectora -que postula la improcedencia-, por lo que (más allá del debate jurídico sobre si la nulidad puede ser apreciable de oficio) queda claro que este juzgador no puede entrar en dicha consideración, bajo riesgo en caso contrario de producir indefensión en la parte demandada, vulnerando lo establecido en el art. 24.1 de la Constitución.

El art. 32 LPL -que regula la acumulación de acciones- nada dice a este respecto. Por otro lado, este magistrado desconoce la existencia de doctrina unificada sobre esta cuestión. Así mismo, la STSUD 23.12.1996 -ya citada- referida al orden procesal en supuestos como el presente da una clara pista solutoria, en indicar:

"Es cierto que habrá supuestos en que el incumplimiento empresarial que se alegue para fundar la voluntad resolutoria del trabajador nada tenga que ver con la falta que se imputará a este en la carta de despido, por lo cual, para tales supuestos, sería posible el análisis autónomo de una y otra conducta y la fijación de criterio en cuanto al orden a seguir en la respuesta a las indicadas acciones, criterio que normalmente conduciría a situar.

En primer término la acción resolutoria, en tanto que ejercida con anterioridad a que se hubiera realizado el despido, debiéndose de resolver también la impugnatoria de este.

Aunque en segundo lugar, produciendo consecuencias el eventual éxito de la primera en la condena que se impusiera de ser también acogida la segunda".

Es esta una interpretación teleológica plenamente congruente con la voluntad del legislador que, precisamente persigue evitar conductas fraudulentas del ocupador con despidos reactivos ante la petición del asalariado de extinguir su contrato de trabajo. De esta manera, el despido -de prosperar las dos acciones- queda a cuenta de la extinción contractual, lo que evita enriquecimientos injustos del empresario -por los efectos procesales de las dos instituciones jurídicas, ya descritos-. El despido, así, es jurídicamente ineficaz y sometido a la extinción.

En razón a los fines ahora expuestos, cabe declarar la improcedencia del despido de la demandante, atendiendo a lo dispuesto en el art. 55.4 en relación con el 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, y extinguir el contrato de trabajo de la demandante con efectos desde la fecha de esta sentencia, en aplicación de lo dispuesto en el art. 50.1 a) y c) de la misma norma jurídica.

Dicha declaración ha de comportar la aplicación al presente supuesto de lo previsto en el art. 50.2 en relación con el 56 -ambos LET- fijando una indemnización a favor de la demandante de SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS CON TREINTA (7.776,30.-) EUROS, resultado del cómputo de 45 días del salario de 42,32 Euros mensuales por una antigüedad de 4 años y 1 mes.

Atendiendo a los razonamientos expuestos:

### **DECIDO**

Estimar las demandas presentadas por E. G. G. contra SERVICIOS AVANZADOS DE TELECOMUNICACIONES Y TELEMÁTICA, SL, declarar la improcedencia del despido de la demandante comunicado el 13.05.2002 y extinguir el contrato de trabajo entre las partes con efectos de la fecha de esta sentencia en aplicación de lo establecido en el art. 50.1 a) y c) LET, condenando a la empresa demandada al pago a la demandante de la indemnización de SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS CON TREINTA (7.776,30.-) EUROS; por otro lado, absuelvo al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sin perjuicio de sus posibles y futuras responsabilidades legales.

## **Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente**

Notificad esta sentencia a las partes, hacedles saber que no es firme y que se puede interponer recurso de súplica en contra ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en los cinco días siguientes a esta notificación; en caso de que se presente recurso, hay que anunciarlo en este Juzgado, por escrito o en comparecencia, y es indispensable, si el recurrente es el empresario y no goza del beneficio de justicia gratuita, que muestre el resguardo acreditativo de haber depositado en el Banco Bilbao-Vizcaya oficina 5734 y en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado Núm. 1009.000.0387.02, la cantidad objeto de la condena y que deposite 150,25 Euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado Núm. 1009.000.0387.02, del mismo banco. Ambos ingresos se han de efectuar por separado.

Lo pronuncio, lo mando y lo juzgo,

DILIGENCIA.- La sentencia anterior, ha estado publicada y leída en audiencia pública por el magistrado que la suscribe, el original se conservará en el libro correspondiente, y se unirá por certificación a las actuaciones. Doy fe.

ADVERTENCIA LEGAL: La sentencia original fue dictada en catalán, idioma oficial en la Comunidad Autónoma de Catalunya. La presente traducción, realizada por Bufet Almeida, no tiene carácter oficial, y en consecuencia es objeto de derechos reservados a los efectos de lo dispuesto en la vigente Ley de Propiedad Intelectual.

La presente sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en el recurso de suplicación interpuesto contra la misma.

## **Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente**

NOTA: La presente sentencia confirma una anterior, dictada por el Juzgado Social 32 de Barcelona, que puede consultarse aquí.

### **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA SALA SOCIAL**

**Rollo núm. 8186/2002**

**ILMO. SR. D. ANGEL DE PRADA MENDOZA**

**ILMO. SR. D. EMILIO DE COSSIO BLANCO**

**ILMA. SRA D<sup>a</sup>. ANGELES VIVAS LARRUY (Ponente)**

**Sentencia de fecha 11 de junio de 2003**

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que estima las demandas acumuladas en solicitud la primera de ellas de que se extinguiera el contrato de trabajo a instancia de la trabajadora y la segunda por despido improcedente recurre en suplicación al amparo del artículo 191 apartados a, b y c de la L.P.L. la empresa.

La sentencia de instancia en síntesis, tras una elaborada argumentación acoge ambas demandas, respecto al primera acción da por probado que existe acoso psicológico, y respecto de la segunda acción entiende que el despido es improcedente, estructurando el fallo de la sentencia en el sentido de declara la improcedencia y extinguir el contrato entre ambas partes con fecha de la comunicación del despido (13.5.02) condenado a la empresa al pago de la correspondiente indemnización.

SEGUNDO.- La empresa plantea el recurso combatiendo primero la acción del despido disciplinario y luego la extinción a instancia de la trabajadora. Por la vía del apartado a) de la del artículo 191 L.P.L., se refiere a la inadmisión que el juzgador de instancia hace de determinada prueba, con base en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica en referencia a los correos electrónicos personales de la actora, y alega que de la propia sentencia se deduce que hay dos posturas aplicables, y discrepa de la que escogió el juzgador al entender éste que ha habido vulneración del derecho fundamental al no haberse realizado la intervención en el correo electrónico particular de la actora con autorización judicial.

La empresa entiende que existe otra interpretación en base al artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, pues hay excepciones, en situaciones extraordinarias, y pasa a analizar las circunstancias que concurren al caso que a su entender justificarían la intervención que la empresa ha efectuado entrando al ordenador de la trabajadora y examinado su contenido.

Cita una sentencia de la Sala de 29.6.01, (5733/01) , indica concretamente que la actora tenía instalado el programa de facturación y contabilidad de la empresa, por lo que entiende que era de pura necesidad acceder al mismo. También argumenta que la necesidad de acceder al ordenador de la actora viene dada cuando por la recepción de numerosos correos y salir virus en el mismo es cuando se encarga la pericial para averiguar lo efectuado por la actora en la terminal. Alega que la medida estaba justificada porque estaba infectando el programa de facturación, y permite verificar las irregularidades para tomar en su caso las medidas disciplinarias, y además se permitía saber los virus y poder paliarlos. Entiende la recurrente que hay una vulneración para ella de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE pues la inadmisión de esa prueba -que es un hecho básico de la carta de despido- el uso del correo en horas de trabajo para su lectura y su envío producía la ruptura de la buena fe contractual. Solicita en este punto la reposición de los autos al momento en que se encontraban antes de haberse infringido las normas de procedimiento.

TERCERO.- No ha de aceptarse esa censura pues la sentencia de instancia separa claramente el tipo de material sobre el que se interviene por parte de la empresa, correos electrónicos que son de carácter personal y es sobre los que se declara la inadmisión de la prueba, a los que se accede sin respeto a las

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

garantías, indicando no obstante que como la actora no ejercita acción por la vulneración de derechos fundamentales, no se pronuncia sobre ello ni las consecuencias limitándose a inadmitir la prueba de oficio sin otros pronunciamientos u otras consecuencias procesales, que hubieren podido en su caso producirse si se hubiera accionado por ello; y otros como la navegación por internet y las actividades académicas de la actora, lo cual pertenece al ámbito del trabajo, respecto de los que llega a la conclusión de improcedencia del despido y la imposibilidad para sostener el despido habida cuenta de que varios trabajadores conocían y podían utilizar el password de la actora, y no se hacen determinadas precisiones, sobre ello que se volverá al analizar el tema de la improcedencia.

En cualquier caso entendemos que no se ha producido vulneración del artículo 24 de la CE, de tutela efectiva como denuncia la empresa recurrente para ella, siendo plenamente acertada la resolución judicial de instancia.

Señala la sentencia que se produce la vulneración del artículo 18.3 de la CE, y 11 de la LOPJ, explica otras interpretaciones doctrinales del artículo 20 del ET y las conclusiones sobre si la monitorización de los ordenadores de los trabajadores vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, y los límites del derecho de la empresa, cita la doctrina Constitucional concretamente la st. 114/84 y la 34 /96 y la 70/02 que incluye la protección al secreto de las comunicaciones cibernéticas. Concluye en suma, y ello lo compartimos, que el artículo 20.3 del ET no otorga un marco jurídico suficiente, pone de manifiesto en definitiva que hay doctrina que sostiene en último extremo que, la posibilidad del empresario pueda entrometerse en las comunicaciones de sus empleados solo puede darse con las debidas garantías "y en supuestos extraordinarios, referencia los artículos 6 y 7 de la directiva Comunitaria 95/46 considerando parcialmente aplicable a los supuestos de monitorización del correo laboral, también cita la dirección general del mercado interno de la Unión al acceso del contenido de las comunicaciones (opinión 8/01 de 13.9.01) documentos en los que se exige, para la posibilidad de acceso, unas determinadas garantías así, la necesidad o propósito especificado y explícito y legítimo que la supervisión sea una respuesta legítima y proporcionada sobre un patrón de riesgo y que tenga mínimas repercusiones en los derechos a la intimidad de los trabajadores.

Por ello ha de decaer este motivo, pues no se ha producido ninguna vulneración de la tutela efectiva de la demandada, ya que la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y en su manifestación más trascendente es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa privándola de ejercitar sus potestad de alegar y en su caso de justificar los derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (sentencia del tribunal Constitucional, entre otras, 145/90 de 11 de octubre). En este caso se trata de una valoración efectuada por el juzgador de instancia plenamente razonada que ha conducido a la inadmisión de una de las pruebas presentadas por la parte. Por ello entendemos que no se ha producido indefensión que denuncia.

CUARTO.- Por la vía del apartado b) interesa la adición de un nuevo hecho probado con el ordinal 21 con el siguiente tenor:

"El ordenador examinado era el que contenía el programa de contabilidad y facturación que utilizaba la empresa".

Ello con base en el la documental que obra al folio 178 y 180, de las actuaciones. Lo interesa para poner de relieve que como la actora causo baja el 10.4.02 hubo de entrar al ordenador para utilizar el programa y es entonces cuando descubre la recepción de continuos mensajes de carácter personal, y ello le lleva a contratar el peritaje.

No procede la adición, ya consta en la sentencia que en el ordenador de la actora estaba el programa de contabilidad y facturación, la cual no es determinante porque como indica la empresa estaban en red, y tampoco se ha probado que fuera el único desde el que se accedía o el único que la tenía instalado.

QUINTO.- También al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L., interesa que se añada un hecho probado con el nº 22 en los siguientes términos:

" El ordenador que utilizaba la actora infectó con dos virus "manolito y W32 Klez la base de correo electrónico de la empresa, archivos de carácter general programa de gestión Wingest (facturación y contabilidad)". Ello con base en el folio 190 de las actuaciones.

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

Alega que los trabajadores tenían prohibido ejecutar archivos adjuntos, y esa era una orden tajante. No puede tampoco incorporarse este hecho pues no consta error en la valoración en este extremo, ni que los mencionados virus se activaran con la ejecución de los archivos adjuntos. Esta sosteniendo la empresa que la actora infectó a los programas de la empresa y resulta cuanto menos extraño que primero no la detectara, y si la detectó no se la indicara inmediatamente, en cualquier caso si era la actora la que abrió el correo que supuestamente infectado, estaba allí para autorizar las comprobaciones de su ordenador.

Por otra parte no procede la adición pues aunque ello forma parte de la pericial que se ha practicado, lo cierto es que como dice la sentencia nada se ha especificado en cuanto a esos virus ni cuando se producen las mencionadas infecciones, lo cual en una empresa como la demandada que precisamente se dedica a los productos informáticos no resulta aceptable, como tampoco lo es el hecho de que, que no se detecte, existiendo los antivirus.

En cualquier caso, no habiendo demostrado esos extremos de la carta de despido, ni cuando o con que correos se producen estas infecciones, procede el rechazo de esta modificación, pues debe estarse a la valoración efectuada de conformidad con el artículo 97.2 de la L.P.L.

Interesa también que se añada otro hecho con el nº 23 en el que se indique:

"La actora realizó las conexiones a las páginas Webs que se le imputan en la carta de despido", ello con base en los folios 187 y 188, alega que las conexiones diarias lo fueron en horario laboral lo que lleva razonablemente a pensar que lo hizo la actora. No puede prosperar esta modificación tampoco, pues como la Sala ya ha dicho en muchas ocasiones existiendo en el proceso laboral una única instancia, comporta ello que el único juez competente para valorar la prueba en su plenitud sea el que celebró el juicio, ello unido al carácter extraordinario del recurso de suplicación impide que el tribunal ad quem parta de otros hechos diferentes de los declarados probados por el juez a quo, teniendo solo atribuida la posibilidad de revisar la valoración fáctica, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas (apartado b del art.191 de la LPL) exigiéndose la concurrencia, por la jurisprudencia, de los presupuestos esenciales:

a) que de los documentos o pericias únicos medios de prueba susceptibles de fundamentar el recurso, se evidencie la equivocación del juzgador, sin necesidad de conjeturas ni hipótesis ni razonamientos (ST. T.Supremo 16.4.78,28.1.88 y 912.89) , dicho de otro modo respecto a los documentos "deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas.

b) la revisión que se pretende ha de tener trascendencia para el fallo.

c) No es motivo de recurso sustituir la libre valoración de la prueba que el juzgador de instancia lleve a cabo por la interpretación necesariamente subjetiva del propio recurrente (St. T.S.13.12.90)

Ello comporta en el supuesto enjuiciado que el motivo, como se ha indicado no pueda acogerse, pues la documentación ha sido valorada por el juez de instancia en el correcto uso de sus facultades procesales sin que se deduzca una equivocación evidente que posibilitaría la modificación fáctica interesada.

SEXTO.- Los motivos de hecho al amparo del apartado b) del artículo 191 que plantea la parte recurrente, se argumentan para desvirtuar la calificación de despido disciplinario, sin que haya articulado motivo de derecho en relación a este punto, por ello procede antes de tratar los motivos del recurso relativos a la extinción a instancia de la trabajadora precisar en cuanto al disciplinario que combate, que se confirma la inadmisión de las pruebas que se refieren a los correos particulares, y se desestima por lo ya expuesto, la consideración de improcedencia en cuanto al navegación por internet y la conexión con la universidad oberta.

Debiéndose puntualizar dos aspectos, de un lado que hay un dato determinante que efectivamente hace dudar de la necesidad o de la justificación de los extraordinario de la intervención de la empresa y es que solo se produce cuando se interpone la demanda por la trabajadora para la extinción de contrato y denuncia la situación de mobbing. En cualquier caso es cierto también como señala la impugnante que hay medios menos gravosos, para atajar las hipotética infecciones como son los antivirus, y es evidente también que hubiera podido intentarse no solo la presencia de la trabajadora sino, haber obtenido la autorización necesaria para acceder al correo personal.

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

Y de otra parte respecto del hecho 7º, de la sentencia en el que se dice que había una carpeta de correo personal, así como la clave de entrada en la página Webs de carácter personal, y a la universidad abierta de Catalunya, concluyendo la recurrente que se trataba de claves de acceso no de contraseñas por lo que es impensable que alguien, que no fuera la actora hubiere accedido.

Señala una serie de páginas que entiende solo han podido ser visitadas por la demandante por llevar asociadas "cookies" o sea ficheros creados por cada usuario del ordenador para acceder a páginas web. De ahí pasa a concretar el tiempo que se utilizaba para la lectura de las mismas, 30 minutos diarios, y solicita la declaración de procedencia del despido, de conformidad con lo interesado en el apartado 2 del artículo 54 del Estatuto. Ha de rechazarse también este argumento los "cookies" son ficheros que almacenan información de forma automática para facilitar los accesos, eliminando pasos intermedios para lograr una última conexión, pero esos contenidos son registros del ordenador desde el que se opera, y por ello indican que desde un ordenador se han utilizado los accesos, pero en cualquier caso la imputación es imprecisa, tampoco se acredita por la empresa la aplicación o no de cortafuegos, en el sistema, lo que como en el caso del antivirus, resulta para una empresa dedicada a la informática cuanto menos extraño, en consecuencia procede la desestimación de las modificaciones fácticas y de este punto del recurso, referido a la improcedencia del mismo.

SÉPTIMO.- Plantea al amparo del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L. la infracción del artículo 50 y 51 del Estatuto de los Trabajadores. Alega en síntesis que no hubo modificación de condiciones de trabajo ni hubo acoso a la trabajadora. Que la actora no era una teleoperadora. Se remite a la documental que consta en autos en referencia a las funciones que realizaba; y en cuanto al mobbing indica que no lo hubo, explica las conductas que a su juicio lo integran y concluye que no ha habido un ataque a la víctima, ni aislamiento social, ni agresiones verbales; que el juzgador a quo, indica solamente que se la tuvo controlada, se le recriminó la vestimenta, se le cambió de sitio el ordenador situándolo al lado del empresario, y que padecía un síndrome de estrés por factor laboral. Alega que en la empresa había buen clima que como consta probado se le pagaron a la trabajadora como a otros, un curso de inglés y el gimnasio y que luego la empresa entró en crisis, y es en ese contexto en el que se producen los controles. Analiza la recurrente los datos en base a los que la sentencia fija la conducta empresarial para sostener el acoso y lo combate alegando que no concurren estos presupuestos para entender que se haya producido. Solicita en definitiva la revocación de la sentencia en este punto.

OCTAVO.- Entendemos a la vista de los hechos probados, tanto por su construcción como por su contenido, y por los contenidos de hecho que se encuentran en la fundamentación de la sentencia sobre este particular, que no ha existido mobbing, calificación que ha de reservarse para los casos en que hay una acoso sistemático, repetición de determinadas conductas con una cierta duración en el tiempo y puesta en práctica con la intención de minar la autoestima del trabajador, asociado normalmente a la finalidad de hacerle romper la relación laboral. No significa esto que la finalidad tenga que estar predeterminada, puede también establecerse y calificarse la situación cuando se enquina la relación en unos parámetros de ataque, reproches y humillación repetida, deliberados, que aparentemente para el trabajador no resultan explicables. En este tipo de conductas incluso convive "el beneficio por acosar" con el sufrimiento de la víctima, pero esta calificación ha de obtenerse de elementos que puedan objetivarse, no basta la alegación y la constatación de algunas conductas. Han de ubicarse en el contexto, en el tiempo y analizar la sistematicidad de las mismas, su repetición, y su contenido, el dato de "victimización" no puede tomarse de forma aislada para establecer la existencia de la conducta. Hemos de ir por tanto a un análisis profundo sobre la concurrencia de los hechos que puedan llevar a concluir que tal situación es susceptible de ser calificada de acoso moral.

Lo dicho, no implica que no pueda haber ataques a la dignidad del trabajador. El mobbing lo es, pero pueden darse ataques a esa dignidad sin que éste llegue a darse. El presente caso es uno, en el que estimamos -a la vista de los hechos y razonamientos-, que aunque efectivamente como se dirá hay unos ataques a la dignidad de la trabajadora que se integran en los presupuestos del artículo 50, apartado a) del Estatuto de los Trabajadores en relación al menoscabo de la dignidad -obligar a colocar la mesa y la pantalla del ordenador de una determinada forma para ser vista por el jefe, y los comentarios de inadecuación de la vestimenta-, unido al cambio de los contenidos laborales, no puede calificarse de mobbing, aunque indudablemente encaja en la previsión del artículo 50 a) del Estatuto.

NOVENO.- Como se indica, el hecho de que no se califique la situación de acoso moral, no significa que no haya habido un ataque a la dignidad de la persona de la trabajadora y un menoscabo de la misma que se enmarca en el contenido del artículo 50 a) del ET. Por ello en este caso, aunque la demandante

## Violación de correo electrónico de trabajadores: despido improcedente

efectivamente se encontrara muy afectada, debe insistirse en que los actos concretos de humillación, implican un ataque a la dignidad pero no justifican la consideración de acoso o mobbing. La sentencia es exhaustiva, pero analizando detenidamente los hechos declarados probados entendemos que no lo hay. No se desprende un acoso sistemático que ha de tener no solo la entidad -ello configura el ataque a la dignidad que implica el mobbing-, sino lo repetitivo. No es tan relevante el hecho de que haya informe psiquiátrico o psicológico, es un dato más, importante pero no determinante, ya que de contrario se haría de peor condición a quien tuviere más resistencia, o afrontara de otro modo el mismo conflicto, de ahí que sea necesario deslindar la vivencia del trabajador, de las conductas y actos realizados por el empresario. La repetición, el contenido y la finalidad, nos han de dar los parámetros en cada concreto. En definitiva el elemento se sistematiza, la repetición, así como la finalidad perseguida son elementos importantes.

La impugnante se remite al informe psicológico, verdaderamente extenso, pero del espacio de tiempo que se refleja en el informe como situación vivida por la trabajadora, no puede integrar la calificación como hemos ya dicho. El informe no permite deducir una elaboración diagnóstica objetivable, pues esencialmente recoge las manifestaciones de la trabajadora, y sin dudar de su crítica situación, su estado depresivo y que desde luego haya vivido la situación con el malestar que manifiesta ese informe, y recoge la sentencia, no integra por sí la calificación que ésta hace. Dicho de otra manera el hecho de que haya una sintomatología depresiva, incluida una baja y un estrés son factores que pueden ser relevantes pero no determina la calificación, pues puede darse acoso sin ellos y puede no darse mediando un perjuicio para la salud.

DÉCIMO.- Por último indicar que la modificación de las condiciones de trabajo, sí que resulta obvia, la actora entro con un contrato en prácticas para realizar determinadas funciones que luego han cambiado, y ha pasado de tener un nivel de responsabilidad y autonomía a trabajar de teleoperadora. No ha probado la empresa el impacto en la plantilla de los cambios que dice son de mera organización y generalizados y en el contexto de crisis. Por ello ha de rechazarse la censura que plantea por la vía del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L., denunciando la incorrecta aplicación del artículo 50.1 a, y 50.1. c) del Estatuto de los Trabajadores, entiende que se ha hecho una apreciación maximalista del precepto, y que las funciones de la actora no eran las de una simple teleoperadora, se remite al los documentos 22,23, y 24 del ramo de prueba de la actora en el que se dirige a la actora explicando sus cometidos antes de que ésta tomara la baja. Alega en definitiva que hay error en la valoración de la prueba. El cambio de las condiciones de trabajo viene relatado en los hechos que han resultado inmodificados, y afectan a su dignidad pues contrariamente a la consideración y trato que había tenido, se le exige un control incluso visual de -la pantalla del ordenador. La sentencia de instancia lo dice con valor de hecho en el fundamento cuarto, al indicar que se da en este caso una concurrencia de los factores que analiza: así una rebaja ostensible del encuadramiento profesional, carácter no temporal o episódico de la situación y una falta de justificación objetiva del citado cambio, junto a la medida empresarial que afecta de forma directa y perjudicial la profesionalidad y dignidad de la actora y su dignidad profesional. Por ello, concurriendo los presupuesto que se establecen en el artículo 50 a) del Estatuto de los Trabajadores, procede la confirmación del fallo de la sentencia. Procede también de conformidad con el artículo 213 y 233 de la L.P.L. hacer los oportunos pronunciamientos en cuanto a las costas.

NOTA: La presente sentencia confirma una anterior, dictada por el Juzgado Social 32 de Barcelona, que puede consultarse aquí.