



UNIVERSIDAD DE
MURCIA

FACULTAD DE CIENCIAS DEL TRABAJO



GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS

TRABAJO FIN DE GRADO

EL DESPIDO DISCIPLINARIO DEBIDO AL USO EXTRALABORAL DE LOS
MEDIOS INFORMÁTICOS EN EL MARCO SOCIAL DE LAS TIC: ANÁLISIS
JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL.

AUTOR: PABLO ZAPATA MARTÍNEZ
TUTOR: JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

(CONVOCATORIA JUNIO 2016)

ÍNDICE

1. ABREVIATURAS	4
2. RESUMEN	5
3. INTRODUCCIÓN	6
4. MARCO NORMATIVO	10
4.1. MARCO NORMATIVO SOBRE EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO	11
4.1.1. El poder de dirección del empresario	11
4.1.2. Facultades	12
4.2. MARCO NORMATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR	14
4.2.1. Introducción	14
4.2.2. El Derecho a la intimidad y al secreto en las comunicaciones	14
5. DOCTRINA RELACIONADA CON EL DESPIDO DISCIPLINARIO Y LAS TICS	15
5.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	16
5.2. LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	16
5.3. LA TEORÍA GRADUALISTA Y LA BUENA FE.	18
6. USOS EXTRALABORALES DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS DE LA EMPRESA.	20
6.1. CASUÍSTICA	20
6.1.1. Navegación por internet	20
6.1.2. Uso del correo electrónico	22
6.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	23
6.2.1. Diversidad de criterios jurisprudenciales	23
6.2.2. Evolución del criterio jurisprudencial	24
6.2.3. Ratificación del criterio jurisprudencial	27
7. CONCLUSIÓN	31
8. JURISPRUDENCIA UTILIZADA	33
9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

Agradecimientos

En primer lugar, quiero expresar mi agradecimiento a todos los profesores que he conocido durante estos años en la Universidad.

En segundo lugar, debo prestar mi agradecimiento a todos los compañeros con los que he compartido conocimientos y experiencias.

Finalmente, debo dar las gracias a mi familia y amigos.

1. ABREVIATURAS

Art: Artículo.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

DFUE: Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

LO: Ley Orgánica.

LOPDP: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencias del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TFG: Trabajo Fin de Grado.

TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

2. RESUMEN

El presente TFG consiste en el análisis jurisprudencial sobre el despido disciplinario para conocer cuál es el criterio que los tribunales vienen aplicando en materia del uso que hace un trabajador de los medios informáticos, de titularidad empresarial, para fines extralaborales y si esto puede ser sancionado con el despido disciplinario. El conflicto surge cuando las empresas permiten a sus trabajadores utilizar esos medios informáticos creando una expectativa de intimidad o, si por el contrario, han prohibido expresamente el uso no laboral.

En primer lugar, hago un recorrido sobre nuestro ordenamiento jurídico respecto al despido disciplinario, los poderes empresariales y los derechos fundamentales de los trabajadores. En segundo lugar, describo una serie de criterios doctrinales. Finalmente, realizo un análisis jurisprudencial (TEDH, TC, TS, TSJ), donde cuento cómo se ha ido asentando el criterio jurisprudencial actual.

ABSTRACT

This Final Work is a jurisprudential analysis about disciplinary dismissal to know what is the guideline that the courts have been applying about the use of informatic tools, business ownership, for non-work purposes and if this can be punished with disciplinary dismissal. The conflict emerges when companies allow their employees to use their informatic tools creating an expectation of privacy or, contrary, have prohibited non-labor use.

First, I do a tour on our legal framework about the disciplinary dismissal, employer powers and fundamental rights of employees. Second, I describe a list of doctrinal guidelines. Finally, I make a jurisprudential analysis (ECHR, TC, TS, TSJ), where I tell how it has been settled the current jurisprudential rules.

3. INTRODUCCIÓN

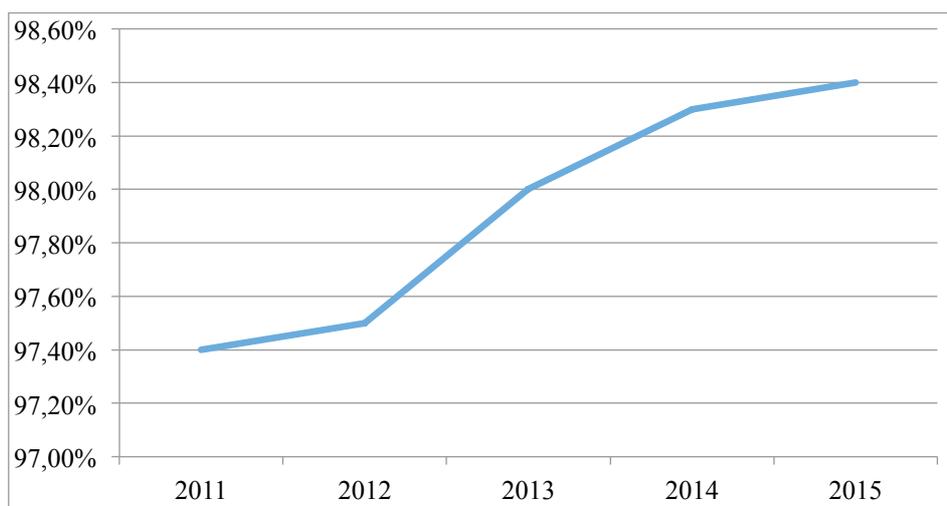
El objeto principal de este TFG es reflexionar sobre una realidad existente que afecta a gran parte de las empresas y trabajadores en la actualidad. Estudia cuales son las medidas y criterios que los tribunales están adoptando en materia de despido disciplinario como consecuencia de que un trabajador haga un uso personal con los medios informáticos (ordenador, correo electrónico, navegación, internet, etc.) que las empresas pone a su disposición. Se trata de nuevos conflictos laborales que forman parte del pulso inmemorial entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los poderes de dirección empresariales.

En un mundo cada vez más globalizado y empujado por los grandes avances tecnológicos, las empresas se ven cada vez más obligadas a reinventarse y actualizarse para fines competitivos, por lo que no es ninguna locura decir que los medios informáticos son a día de hoy el corazón de la inmensa mayoría de empresas, independientemente del tamaño y sector que ocupen. Es por esta razón por la que opino que la utilización de estos medios informáticos debería estar bien definida en el ámbito de las relaciones laborales y así evitar el mayor número posible de conflictos.

Según el Instituto Nacional de Estadística (INE)¹, el uso de las TIC en las empresas españolas de 10 o más empleados en el primer trimestre de 2011 fue del 97,4%, en 2012 del 97,5%, en 2013 del 98%, en 2014 del 98,3% y en 2015 del 98,4%.

¹ Datos obtenidos del INE, (2011, 2012, 2013, 2014, 2015). *Encuesta sobre el uso de Tecnologías de la*

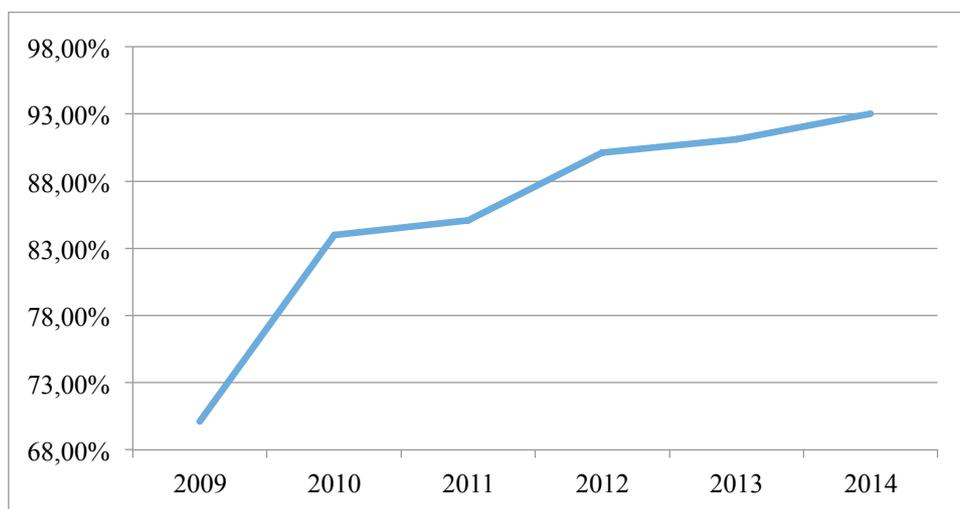
Tabla 1: Evolución del uso de las TIC en empresas con 10 o más empleados



Fuente: INE.

Además, el INE también nos informa sobre la interacción realizada durante los últimos años a través de Internet con las Administraciones Públicas: el 70,1% en 2009, el 84,0% en 2010, el 85,1% en 2011, el 90,1% en 2012, el 91,1% en 2013 y el 93,0% en 2014, para la misma categoría de empresas.

Tabla 2: Evolución del porcentaje de empresas con 10 o más empleados a cargo y que interactúan telemáticamente con la Administración Pública.



Fuente: INE.

Esta clara tendencia positiva hacia el uso de las nuevas tecnologías hace que el ordenador e Internet sean herramientas cada vez más estándar y muchas empresas no sólo realicen parte de su gestión en la nube, sino que dependan radicalmente de Internet.

Los avances en las TIC han creado nuevas relaciones entre empresa y trabajador, sin embargo, la incorporación de nuevas tecnologías en las empresas también trae consigo nuevas formas de control del empresario sobre el trabajador y la actividad productiva. Además aparecen, de manera inherente, nuevos conflictos laborales entre ambas partes.

Algunas de las dudas que se han planteado en los tribunales y que este trabajo pretende resolver son:

- ¿Puede mi jefe despedirme por hacer un uso personal del ordenador en mi puesto de trabajo?
- ¿Es lícito que la empresa controle las páginas web que visito y pueda despedirme por ello?
- ¿Puede la empresa alegar como prueba la información contenida en mi correo electrónico como motivo de despido?
- ¿Puede mi jefe instalar, sin avisarme, un programa espía en el ordenador que uso para ver lo que hago durante mi jornada laboral?
- ¿Puedo conectarme con mi dispositivo móvil a la red Wifi de la empresa para hablar por Whatsapp con amigos o familiares?

Al analizar la jurisprudencia y observar cuál ha sido la evolución hasta nuestros días, se puede intuir de forma más clara qué criterios se siguen en los procesos judiciales sobre despidos disciplinarios en referencia al uso de los medios informáticos. En este trabajo destaco la confrontación del poder de dirección, control y vigilancia que posee el empresario frente a los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los que encontramos derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones principalmente, y en qué manera, este enfrentamiento da lugar al despido disciplinario. Todo ello enmarcado en el escenario de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

El trabajo se ha estructurado de la siguiente manera:

Al comienzo se define el marco normativo para saber cuáles son las posiciones de inicio de cada parte, resaltando las discrepancias que surgen entre el poder empresarial y los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral y cuya consecuencia directa puede ser el despido disciplinario de un trabajador. Una vez establecido el marco normativo, se exponen una serie de criterios de carácter doctrinal, los cuales aparecen reiteradamente en los litigios sobre este tipo de despidos disciplinarios. Esta doctrina es aplicada por los jueces y tribunales de lo Social debido a que la normativa no es clara o, al menos, no es capaz de regular en profundidad estos nuevos conflictos. Una vez definido este marco y los principios doctrinales a aplicar con carácter general, se trasladan a la problemática actual en el ámbito de las nuevas tecnologías, para así analizar los conflictos concretos que se puedan derivar de ellas, enfocándolo de la siguiente manera:

- Las consecuencias disciplinarias derivadas del uso extralaboral de los medios informáticos de la empresa en tiempo y lugar de trabajo. Destacando la importancia de la titularidad de los equipos de trabajo y el control de su uso por parte del empleador.
- La evolución jurisprudencial y de los criterios aplicados respecto al deber empresarial de establecer unos límites, totales o parciales, en cuanto al uso no laboral de los medios informáticos y las nuevas tecnologías. Analizando cuáles han sido los criterios aplicados y cómo se ha ido asentando el actual. Para ello se han seleccionado y revisado en profundidad diversas sentencias emanadas de distintos órganos judiciales: Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Antes de abordar el objeto estudio de este trabajo, es deseable recordar brevemente el concepto de despido disciplinario que, como bien explica MONTROYA, puede entenderse como “el acto unilateral, constitutivo y recepticio por el cual el empresario

procede a la extinción de la relación jurídica de trabajo. Se trata, pues, de un acto jurídico fundado en la autonomía negocial privada, que produce la extinción *ad futurum* del contrato por decisión del empresario” (2015)². También se ha dicho que “el despido disciplinario es la última herramienta jurídica de la que dispone un empresario cuando pretende desvincularse de un trabajador al haber incurrido éste en cualquiera de las conductas que describe el art. 54 del ET”³. Y es que, una de las características que diferencia al despido disciplinario del resto de despidos, como así lo quiso el legislador, es el requisito de existir un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador.

4. MARCO NORMATIVO

El objeto del análisis del marco normativo es resaltar la confrontación que existe entre los poderes que posee el empleador dentro de la actividad empresarial (el poder de dirección, el poder sancionador y las facultades de control y vigilancia), y a los derechos fundamentales de los trabajadores, no solo por el hecho de ser trabajadores sino por su condición de ciudadano y de persona.

Debo subrayar que, como bien mencionan SAN MARTÍN y SAMPERE (2015), “es característico de nuestro ordenamiento jurídico el ir por detrás de la realidad que pretende normar. En la mayoría de los casos, el marco normativo de las relaciones de trabajo se ve superado por las situaciones derivadas del uso de medios tecnológicos, y la Ley resulta incapaz de aportar soluciones claras y contundentes. Es por ello que el papel fundamental lo debe tener la negociación colativa, que sí recoge los límites tanto del correcto uso de los medios tecnológicos por los trabajadores, como del control y vigilancia. Pues, dado su carácter dinámico, es mucho más fácil que se amolde a los conflictos laborales”⁴. Debido a esta incapacidad de legislar al mismo ritmo en que avanza la realidad, son los jueces y tribunales quienes deben interpretar una vetusta

² MONTOYA MELGAR, A. (2015). *Derecho del trabajo*, Madrid, Ed. Tecnos, p. 471 y 472.

³ AYALA SÁNCHEZ, A. (2015). “Breve Estudio Jurisprudencial sobre la Transgresión de la Buena Fe Contractual como Causa de Despido Disciplinario”. En AAVV. Dir. RODAS NAVARRO C. S. y GARRIDO PÉREZ, E. *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*. Ed. Ediciones Laborum, Murcia, p. 359.

⁴ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. Y SEMPERE NAVARRO, A. (2015). *Las TICs en el ámbito laboral*, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, p. 11.

normativa y adaptarla a los nuevos conflictos, y en concreto, en lo que a este trabajo se refiere, al uso de los medios informáticos.

4.1. MARCO NORMATIVO SOBRE EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO

4.1.1. El poder de dirección del empresario

Dentro de las relaciones laborales, en lo que respecta a la parte del empleador, la legislación establece una serie de derechos, obligaciones y responsabilidades que dan forma al poder de dirección empresarial.

El **poder de dirección**⁵, emana originalmente de los arts. 33 y 38 CE⁶ y podemos entenderlo como aquel que surge a raíz del contrato de trabajo y que permite al empresario dirigir y ordenar la actividad laboral de aquellos a quienes remunera. El Estatuto de los Trabajadores también alude a este poder en su art. 20 ET⁷, el cual establece, por un lado, la obligación del trabajador a actuar bajo la dirección del empresario, y por otro, faculta al empresario a **controlar y vigilar** el efectivo cumplimiento de sus órdenes respetando la dignidad del trabajador. Igualmente en este sentido, el art. 54 ET, añade otra facultad, el **poder disciplinario**, por el que el empresario podrá adoptar las medidas sancionadoras y “de represión de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa” (MONTROYA, 2015).

Hemos de tener en cuenta que este poder de dirección no es infinito e ilimitado ya que debe coexistir junto con los derechos fundamentales de aquellos a lo que dirige⁸. “El poder de dirección empresarial, y en su caso las facultades disciplinarias, no pueden

⁵ En este sentido también habla MONTROYA MELGAR, A. (2015). *Derecho del trabajo*, Madrid, Ed. Tecnos, p. 366.

⁶ Véase art. 38 de la Constitución Española.

⁷ Véase art. 20 ET.

⁸ En este mismo sentido se pronuncia FABREGAT MONFORT, G. (2015). “El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave”. *La Le Digital* 360, p. 1. Cuando dice que: “*el poder de dirección que el empleador ostenta no es un derecho arbitrario o ilimitado sino que debe cohonestarse con el necesario respeto a los derechos fundamentales en la relación de trabajo (...). Se trata de un derecho que estará condicionado en su ejercicio a una necesaria coordinación con el conjunto de derechos fundamentales que el trabajador tiene reconocido en la CE como cualquier ciudadano.*”

alcanzar a las actividades extralaborales del trabajador, que precisamente por desarrollarse al margen de la relación de trabajo, y por estar amparadas en derechos de rango fundamental quedan fuera del radio de acción de los poderes empresariales; desde esta óptica, el interés que legitima una reacción empresarial frente a un comportamiento extralaboral que no es de su agrado ha de quedar limitado a aquellas conductas que suponen una pérdida de idoneidad inicial y una inseguridad fundada sobre el futuro cumplimiento correcto del trabajo”⁹.

4.1.2. Facultades

4.1.2.1. Control y Vigilancia

Cuando se formaliza un contrato de trabajo, dando lugar al nacimiento de una relación laboral, partimos de la buena fe contractual. El empresario pone una serie de medios e instrumentos de trabajo a disposición de sus trabajadores y éstos los utilizarán para fines laborales. Para que el empresario pueda llevar a cabo su poder de dirección, la legislación le atribuye las facultades de control y vigilancia de los trabajadores, no solo desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales (art. 19 ET), sino del control de esos medios de producción que los trabajadores utilizan para realizar su actividad laboral. Es en el art. 20 ET¹⁰ donde se menciona no solo la obligación del trabajador a estar bajo la dirección del empresario que, como aclara MONTOYA, nace del “deber básico del trabajador de «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas» [art. 5.c) ET]”¹¹ (2015), sino que hace mención expresa, en su tercer apartado, a la facultad de control y vigilancia del empresario.

⁹ RODRÍGUEZ CARDO, I. (2009). *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Oviedo, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, p. 107.

¹⁰ El art. 20.3 ET dice así: *El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.*

¹¹ MONTOYA MELGAR, A. (2015). *Derecho del trabajo*, Madrid, Ed. Tecnos, p. 366.

4.1.2.2. *El poder sancionador*

El poder sancionador o disciplinario nace de la suma de las facultades de vigilancia y control junto con el poder de dirección, debido a que si el empresario aprecia (mediante el control y la vigilancia) que el trabajador incumple alguna de sus ordenes, directrices, cláusula contractual o incurre en alguna de las causas reguladas que motivan el despido disciplinario, podrá hacer uso efectivo de este poder. En los arts. 54, 55 y 58 ET, se fundamenta esta figura y queda atribuido el poder sancionador al empresario así como las causas que se derivan de su aplicación, siendo el *despido* considerado como la máxima de las sanciones posibles dentro del orden social, casi siempre siguiendo un criterio de proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la severidad de la sanción¹².

Como MONTOYA (2015), “a través del ejercicio de su poder disciplinario, el empresario sanciona las faltas laborales de los trabajadores a su servicio; la finalidad aflictiva y ejemplar de estas sanciones es la propia de todo sistema punitivo. El poder disciplinario permite al empresario «adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad»¹³.

En el segundo apartado del art. 54 ET se recogen una serie de causas tipificadas por las que únicamente cabe sancionar con el despido disciplinario. Esta lista de causas debe entenderse como “lista cerrada”, pues únicamente cabe sancionar a un trabajador con el despido disciplinario por los motivos que aquí se recogen y no caben otros. Hemos de

¹² En este mismo sentido: MONTOYA MELGAR, A. (2015). *Derecho del Trabajo*, Madrid, Ed. Tecnos, p. 474, cuando dice que: “el despido disciplinario ha de basarse en «un incumplimiento grave y culpable del trabajador» (art. 54.1 ET). En la misma dirección, el art. 58.1 establece con toda claridad que «los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas, en virtud de incumplimientos laborales», e insiste en la clásica dualidad «faltas y sanciones», característica del Derecho disciplinario. Los términos del precepto no admiten dudas en cuanto a que la más extrema de dichas sanciones es el despido disciplinario. Aunque la LRJS habla, como si de cosas distintas se tratase, de «despidos y sanciones» (tal reza la rúbrica del Cap. II del Tít. II del Libro II de la Ley), la doctrina judicial califica al despido disciplinario como «la más grave sanción prevista por el ordenamiento jurídico» en materia laboral (TCT 12.12.1980). En suma, el despido disciplinario se configura como una sanción (privada, contractual) consistente precisamente en la disolución de la relación laboral”.

¹³ MONTOYA MELGAR, A. (2015). *Derecho del Trabajo*, Madrid, Ed. Tecnos, p. 369.

ser cautelosos, pues el legislador formuló dicha lista cerrada de manera que en su apartado d), donde se dice que: *es motivo de despido disciplinario la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de la confianza en el desempeño del trabajo*, cabe una amplia variedad de acciones cometidas por el trabajador. Queda así un “cajón de sastre” en el que se fundamentan, si no todos, la amplia mayoría de despidos disciplinarios recientes en lo referente al uso de las nuevas tecnologías.

4.2. MARCO NORMATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

4.2.1. Introducción

Los trabajadores gozan de una serie de derechos que emanan principalmente de su condición de persona, seguidamente de ser ciudadanía, tanto nacional como europea. Y en tercer y último lugar, de su condición como trabajador. Se trata de derechos fundamentales recogidos en diversos textos normativos, como son: el derecho a la **intimidad** (art. 18.1 CE, art. 2, letra e) ET y art. 7 LO 1/1982), a la **libertad de expresión** (art. 19 DUDH, art. 11 Carta DFUE, Art 10 CEDH, art. 20.1, apartado a) CE), a la **no discriminación** (art. 7 DUDH, Convenio nº 111 OIT, art. 21 Carta DFUE, art. 14 CE, art. 2, letra c), 17 y 55 ET), al **secreto de las comunicaciones** (Art 18.3 CE), y al de **protección de datos** (art. 8 Carta DFUE, art. 18.4 CE y LOPD 15/1999), entre otros, y que se pueden verse afectados por los poderes empresariales.

4.2.2. El Derecho a la intimidad y al secreto en las comunicaciones

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación forman parte de la vida social de casi cualquier persona y resulta muy difícil separar la vida privada y personal de la profesional. Todos los derechos citados se ven conjugados entre sí y pueden generar nuevos conflictos laborales dada su posible contraposición, en determinadas situaciones con los poderes empresariales pues la línea que los separa de las facultades que ostenta el empresario es, con frecuencia, muy difusa.

En este trabajo se destaca sobre todo el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones. El primero podemos definirlo como “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (...) y corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”¹⁴. En esta definición encajan los documentos personales del trabajador aunque estén en las instalaciones de la empresa o archivos digitales de carácter personal contenidos en el ordenador de la empresa, inclusive los archivos temporales generados por la navegación (cookies)¹⁵. Por otro lado, el TC ha definido el secreto de las comunicaciones, entendiéndolo como aquel derecho que “consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación, en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o la captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil”¹⁶.

5. DOCTRINA RELACIONADA CON EL DESPIDO DISCIPLINARIO Y LAS TICS

En numerosas ocasiones las normas laborales no se adaptan suficientemente a la casuística concreta de cada conflicto. Es por ello, que se acude reiteradamente a la doctrina que se ha ido generando tras el estudio de casos similares *a posteriori*. El resultado de esto son una serie de criterios que pueden ayudar a resolver o dirimir futuras disputas.

¹⁴ Véase STC 241/2012 de 17 de diciembre, FJ 3.

¹⁵ Véase la STEDH 3 de abril de 2007.

¹⁶ Véase STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4.

5.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Para que un despido disciplinario sea procedente se viene entendiendo que debe darse en el trabajador una doble condición; de **culpabilidad** y de **gravedad** del acto infractor cometido (art. 54.1 ET). Quiere decirse a grandes rasgos que para poder sancionar con el despido disciplinario, el trabajador ha de ser claramente culpable del acto cometido y que este acto debe ser considerado notoriamente grave y pernicioso para la actividad productiva que desarrolla la empresa, ya que si no se diesen ambos requisitos, no cabría entender la adopción de la sanción máxima. Por tanto, los tribunales exigen que una proporción entre la gravedad del acto cometido por el trabajador -lo que implica la posibilidad de graduación del acto, problemático para el caso de la vulneración de la buena fe contractual o el abuso de la confianza- y la dureza de la sanción impuesta por la empresa, esto es lo que se conoce como *principio de proporcionalidad*.

Este principio no viene recogido expresamente en ninguna norma¹⁷, sino que es de carácter doctrinal y se viene aplicando de manera histórica en nuestros tribunales. Conforme al mismo, “el juez laboral ha de estimar la improcedencia del despido cuando, existiendo un incumplimiento del trabajador, no quede probada la gravedad y culpabilidad justificativas del despido, en cuyo caso el juez podrá autorizar (no imponer) una sanción menor”¹⁸.

5.2. LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Manteniendo la idea del principio de proporcionalidad hay que hacer una matización en relación con la posible involucración de los derechos fundamentales. El art. 20.1 del ET establece la obligación del trabajador de actuar bajo las ordenes de dirección del empresario y, en base a ello, los tribunales han creado la figura de los denominados “**límites adicionales**” a los cuales pueden verse sujetos ciertos derechos fundamentales.

¹⁷ Si cabe atribuirlo al art. 115 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Donde se permite al Juez revocar la pretensión de manera total: *cuando no haya sido probada la realidad de los hechos imputados al trabajador o éstos no sean constitutivos de falta*; o parcial: *cuando la falta cometida no haya sido adecuadamente calificada, pero los hechos constituyan infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes*; en el fallo de la sentencia.

¹⁸ MONTOYA MELGAR, A. (2015). *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, p. 483.

Los tribunales entienden que tanto los derechos fundamentales del trabajador, como los poderes empresariales, no son absolutos ni infinitos, existiendo limitaciones recíprocas¹⁹. Los derechos de ambas partes deben coexistir y ser modulados²⁰ en el marco de la relación laboral y el deber recíproco de buena fe²¹.

Más concretamente, para estos casos en que puedan verse afectados los derechos fundamentales del trabajador, el TC obliga a “proceder a una ponderación adecuada que respete la definición y valoración constitucional del derecho fundamental y que atienda a las circunstancias concurrentes en el caso. Juicio que permitirá determinar si la reacción empresarial que ha conducido al despido del trabajador es legítima o, por el contrario, éste fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso el despido no podría dejar de calificarse como nulo”²². En este sentido, y con el fin de esclarecer si una medida sancionadora puede ser restrictiva o no de un derecho fundamental, el TC aplica la “**Teoría del Triple Juicio de Proporcionalidad**”²³.

Como indica ROIG (2007), “la proporcionalidad ha sido utilizada por el TC para valorar los límites impuestos a los derechos fundamentales de los trabajadores en diversas ocasiones”²⁴. “Así, al calor del razonamiento jurídico efectuado por el máximo intérprete de la Constitución para comprobar si una medida es restrictiva de un derecho fundamental, ésta debe superar el **juicio de proporcionalidad**”²⁵. Cuyo contenido

¹⁹ En este mismo sentido MORALES VÁLLEZ, C. E. (2016). “El control de los medios tecnológicos por el empresario a la luz de la sentencia del TEDH, de 12 de enero de 2016”. *CEF.- Laboral Social*, p. 4.

²⁰ En este mismo sentido se pronuncian y matizan el TC en SSTC 241/2012, de 7 de diciembre; STC 126/2003, de 30 de junio y SSTC 292/1993, de 18 de octubre.

²¹ En este mismo sentido se pronuncia MONTOYA (2009), cuando dice: “el poder de dirección del empresario (arts. 38 CE y 20 ET) y el derecho del trabajador a la intimidad [arts. 18 CE y 4.1 e) ET] y eventualmente al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)—. Tales derechos no son absolutos; como límite esencial, ambos deben ser ejercitados con arreglo al principio de buena fe, el «principio supremo y

²² Entre otras, STSJ de Cantabria 74/2016 de 1 de febrero, FJ 3 y STC 56/2008 (Rec. 2732/2006), de 14 de abril, FJ 6.

²³ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. Y SEMPERE NAVARRO, A. (2015). *Las TICs en el ámbito laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, p. 28.

²⁴ ROIG BATALLA, A. (2007). “El uso de internet en la empresa” en GALA DURÁN, C., ROIG BATALLA, A., MARTÍNEZ FONS, D. AND MUÑOZ LORENTE, J. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 49.

²⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2014). “El control empresarial del correo electrónico de los trabajadores: posibilidades y límites (a propósito de la STC de 7 de octubre de 2013 (Rec. 2907/2011))”. *Revista de La Ley Digital 360: Relaciones laborales*, p. 4 y ss. En el mismo sentido: MONTOYA Las notas al pie continúan en la página siguiente.

consiste en tres test sucesivos: **juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto.**

“En un primer lugar, el test analiza y evalúa si la limitación que se llevó a cabo sobre un derecho fundamental fue adecuada de cara a la finalidad que se perseguía, es el denominado *juicio de idoneidad*. (...) Posteriormente se aplica el *juicio de necesidad* el cual analiza la posible existencia de una medida menos restrictiva o gravosa para los derechos fundamentales, y que dicha medida alternativa sea igual de efectiva o idónea en el sentido del primer testen caso de no poder encontrar, de forma razonable, una medida, se entiende por superado el criterio de la necesidad. Finalmente, el tercer y último test, que es el más significativo y el más difícil de superar, es el denominado *test de proporcionalidad* en sentido estricto. En este último test se entra a valorar cuales son los beneficios y cuales los perjuicios que se han derivado de la medida que se juzga, habiendo acreditado ya su eficacia y necesidad. Como no puede ser de otra forma, de los tres test que conforman este criterio doctrinal, este último es al que se le otorga un mayor margen valorativo por parte del juzgador. Esta capacidad configuradora de los jueces se acentúa, en el supuesto de los límites a los derechos fundamentales de los trabajadores, por la ausencia de desarrollos legislativos destacables en la materia”²⁶. La finalidad es comprobar la licitud o no de una sanción impuesta restrictiva de un derecho fundamental.

5.3. LA TEORÍA GRADUALISTA Y LA BUENA FE.

Para poder analizar si la sanción del despido impuesta al trabajador es lícita no solo hay que comprobar si es proporcional al acto cometido, sino que además, para ello, este acto debe poder ser graduable o medible (*Teoría Gradualista*). En la caso de los despidos disciplinarios comprendidos en el marco de la nuevas tecnologías, es común la

MELGAR, A. (2009). “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa). *Revista de La Ley Digital 360: Relaciones Laborales*, p. 8; FABREGAT MONFORT, G. (2015). “El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave”. *Revista de La Ley Digital 360. Trabajo y Derecho*, p 2-8.

²⁶ ROIG BATALLA, A. (2007). “El uso de internet en la empresa” en GALA DURÁN, C., ROIG BATALLA, A., MARTÍNEZ FONS, D. AND MUÑOZ LORENTE, J. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 49 y ss.

alegación como causa principal del despido de la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo (art. 54.2 d ET).

La confianza siempre ha sido difícilmente medible, habiendo sido interpretada “por la doctrina clásica emanada del extinto Tribunal Central de Trabajo, quien estimó que la confianza no admite graduaciones ni va unida a la constatación de un perjuicio económico, mientras otros pronunciamientos de la doctrina judicial posterior atienden a la entidad y gravedad de la falta y a criterios de proporcionalidad”²⁷. Cabe entonces decir que, pese a la dificultad de determinar qué comportamientos transgreden o no la buena fe y la confianza, persiste la corriente que entiende la aplicación del principio de proporcionalidad a dichos actos, atendiendo a las particularidades de cada caso concreto.

Como se sabe, la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, pudiendo ser entendido como: “aquel comportamiento basado en la rectitud u honradez en su actuar o comportamiento apropiado y esperado por la otra parte del negocio jurídico”²⁸. Además, “la buena fe se infringe, **cuando se finge ignorar lo que se sabe**, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ello. Engloba la trasgresión de la buena fe el fraude, la deslealtad y el abuso de confianza. (...) Los factores a considerar en la ponderación del requisito de la gravedad de la vulneración de la buena fe contractual son los siguientes: la importancia del daño o perjuicio económico causado a la empresa, el daño o perjuicio potencial, el efecto pernicioso para la organización productiva, la concurrencia de abuso de autoridad o de confianza en el desempeño del trabajo, las posibilidades de la empresa de detectar el uso desviado de los medios informáticos y telemáticos, etc.”²⁹

²⁷ Véase STSJ de Madrid 309/2015 de 10 de abril.

²⁸ AYALA SÁNCHEZ, A. (2015). “Breve Estudio Jurisprudencial sobre la Transgresión de la Buena Fe Contractual como Causa de Despido Disciplinario”. En AAVV. Dir. RODAS NAVARRO C. S. y GARRIDO PÉREZ, E. *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*. Ed. Ediciones Laborum, Murcia, p. 354 y ss.

²⁹ Véase STSJ de Madrid 309/2015 de 10 de abril.

6. USOS EXTRALABORALES DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS DE LA EMPRESA.

En este punto hacemos alusión a la cuestión que plantea ROIG (2007): **¿el análisis general que hemos llevado a cabo es aplicable cuando se está resolviendo sobre el uso de nuevas tecnologías?** A lo que él mismo da respuesta al decir que, “debido al incremento de las nuevas tecnologías, han aumentado las posibilidades de control empresarial y por tanto el riesgo de vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores”, lo que provoca un aumento de conflictos laborales.

Uno de los motivos que dan lugar a los despidos disciplinarios en la actualidad, en relación a las TICS, son los debidos principalmente al uso indebido de los medios informáticos empresariales (ordenador, internet, correo electrónico corporativo, etc.), entendiendo indebido como el uso personal o diferente del estrictamente laboral. Como ya se ha dicho, en todos estos conflictos se alega la **transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de la confianza** (art. 54.2 d) ET) como la causa que da lugar al despido disciplinario, al ser el único epígrafe en el que encaja el hecho sancionado. De manera que se ven implicados y confrontados, por una parte, los poderes de dirección empresarial, y por otra, algunos de los derechos fundamentales de los trabajadores.

6.1. CASUÍSTICA

6.1.1. Navegación por internet

Uno de los problemas más habituales y reiteradamente presentes en los tribunales, es el relativo al uso extralaboral de los medios informáticos es la navegación por la red.

Cuando se habla de la navegación por internet se pretende hacer referencia a la situación de que un trabajador, dentro de su jornada habitual de trabajo y no siendo exclusivamente necesario estar bajo las instalaciones de la empresa, hace uso de un

medio, bien puede ser el ordenador –es el caso más habitual–, de la conexión a internet o de cualquier otro que le permita conectarse a la red. Además, que el medio utilizado sea siempre de titularidad empresarial, y que los fines para los que se hubiese utilizado fuesen acceder a contenido que no guarda relación con la actividad para la que se le contrató o no es estrictamente para fines laborales.

Es en este tipo de situaciones en las que puede verse afectado el derecho a la intimidad del trabajador al ser despedido disciplinariamente –por transgredir la buena fe contractual y la confianza depositada en él– cuando el empresario descubre dicho uso incorrecto haciendo uso de sus facultades de control y vigilancia. La intimidad del trabajador puede verse afectada dado que el contenido visitado en internet suele dejar una huella digital, concretamente en el uso del ordenador, ya que se generan unos residuos de archivos temporales tras la navegación por internet que pueden contener información, a priori irrelevante, pero que de ser analizados en profundidad recogen contenido de carácter íntimo de la propia personalidad del trabajador y se van almacenando de manera automática en el disco duro³⁰.

Sobre este controvertido punto ya se pronunció el TEDH en 2007. En concreto, la Sentencia de 3 de abril de 2007 del TEDH³¹ señaló que: “esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladores sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc).” Además, añadió en referencia al derecho de la intimidad del trabajador, que tampoco es obstáculo para su protección el hecho de que la computadora no tenga establecida una contraseña que prive el acceso al contenido. De igual modo, el hecho de que un ordenador este situado en un “despacho sin llave” no quiere decir que el trabajador acepte que se acceda de forma libre a la información contenida en su interior.

³⁰ En este mismo sentido STEDH del 3 de abril de 2007.

³¹ El contenido de la sentencia del TEDH ha sido reproducida de manera reiterada en las STS de 26 de septiembre de 2007; STS de 8 de marzo de 2011; STC 173/2011 de 7 de noviembre de 2011, FJ 4; STC 241/2012 de 17 de diciembre de 2012, FJ 6; entre otras.

6.1.2. Uso del correo electrónico

El correo electrónico es hoy día una herramienta bastante extendida en el entorno laboral, por ello es frecuente encontrar numerosos procesos en los que su uso aparece como la causa principal de despido disciplinario. Hay que diferenciar dos tipos de correos electrónicos: el **correo electrónico personal**, es aquel que cualquier persona puede tener, de manera independiente a la actividad laboral que realice, y que se utiliza fines personales; y el **correo electrónico corporativo**, que es aquel que la empresa otorga al trabajador para fines estrictamente laborales. Esta diferenciación es clave, ya que los tribunales vienen entendiendo que existe la transgresión de la buena fe contractual o abuso de la confianza, en base a dos criterios: la titularidad del correo y el fin para el que es destinado. El trato por los tribunales hacia el correo electrónico es similar al dado, por ejemplo, al uso del teléfono móvil. Cabría considerar que el uso del correo electrónico es motivo de despido si: en primer lugar, la titularidad corresponde a la empresa, es decir que sea corporativo, puesto que no cabe sancionar a un trabajador por el uso de una herramienta de carácter personal; en segundo lugar, que el uso de ese correo no haya sido para los fines laborales sobre los que fue encomendado; y finalmente, dependerá si la empresa había establecido o no una prohibición previa para el uso extralaboral del mismo.

La problemática surge cuando la empresa despidе disciplinariamente –por transgredir la buena fe contractual y la confianza depositada en él– a un trabajador debido al contenido de los correos electrónicos, al descubrir que se utilizaban para usos no laborales, y por otro, el trabajador puede ver vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones al creer que se encontraba bajo una expectativa de intimidad dentro del ámbito laboral. Esta actuación del empresario se apoya, al igual que en el caso anterior de la navegación, en las facultades de control y vigilancia, las cuales le permiten controlar los medios de comunicación que pone a disposición de sus empleados siempre que dicho control se ejerza con fines de controlar la propia actividad laboral y no sobre cuestiones personales e íntimas del trabajador. Si bien es cierto, y así se habla más adelante, para poder llevar a cabo estas facultades empresariales, el empleador deberá haber establecido previamente unas limitaciones al uso del correo.

6.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

6.2.1. Diversidad de criterios jurisprudenciales

Dado que la normativa vigente parece pensada para dar solución a los nuevos conflictos, es la doctrina jurídica y científica la que ha venido aplicando determinados criterios para ayudar a ser resolución. Como cabe esperar, no existe un criterio homogéneo en todas las salas y juzgados sobre el uso indebido de los medios informáticos y la transgresión de la buena fe.

En el caso de la transgresión de a buena fe contractual, como bien explica el Magistrado D. Ignacio Moreno González-Aller (2015), del TSJ de Madrid, “existen numerosas sentencias judiciales en las que no se reconoce ni se admite una graduación para el caso de la “Buena Fe”. Muchos jueces y tribunales han concluido que el trabajador que usa los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa sin su autorización abusa de la confianza depositada en él, y que por tanto es perfectamente sancionable dicha conducta con la sanción máxima establecida, el despido. Esta postura se debe a que entienden que la relación laboral tiene un entorno que, sobrepasado, conduce a confundir lo ajeno con lo propio, disponiendo de medios al margen de su finalidad, lo que, desde el punto de vista laboral tiene la máxima gravedad, configurándose como causa de despido. En cambio, existen otras muchas manifestaciones judiciales contrarias a la ya mencionada, las cuales ocupan una amplia mayoría en las salas y juzgados, y que vienen aplicando de buena manera el principio de proporcionalidad (o teoría gradualista) con el único fin de encontrar un equilibrio justo, proporcional y adecuado “entre el hecho, la persona y la sanción”³².

MONTOYA (2009) advierte que esta diferencia de criterios jurisprudenciales se ha debido a la existencia de dos corrientes al respecto³³:

³² Véase STSJ de Madrid 309/2015, de 10 de abril.

³³ MONTOYA MELGAR, A. (2009). “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”. *Revista de Relaciones Laborales La Ley Digital* 360, p. 4 y 5.

- Propuesta judicial rigurosa³⁴: que entiende que la falta de autorización expresa equivale a prohibición.
- Propuesta judicial permisiva³⁵: que entiende que la falta de autorización expresa equivale a permiso tácito.

6.2.2. Evolución del criterio jurisprudencial

Respecto al uso de los medios empresariales han existido numerosos litigios, sobre el uso del ordenador o similares para navegar en la red con fines particulares así como del correo electrónico corporativo, lo cual ha dado lugar a una evolución jurisprudencial. El eje central sobre el que se han pronunciado todas las sentencias en lo relativo al uso extralaboral de los medios informáticos es la prohibición, parcial o total.

“En principio, el uso –abusivo– personal de las herramientas informáticas, cuya titularidad corresponde a empresario, constituye un incumplimiento contractual, pudiendo ser constitutivo de despido. Sin embargo, si no existen protocolos o indicaciones expresas que los prohíban, los tribunales coinciden en aplicar un cierto margen de tolerancia”³⁶. Esto se debe a que, desde el primer momento, el TS entendió en su STS de 26 de septiembre de 2007 “la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos que no puede ser desconocida, y que «lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es **establecer previamente las reglas de uso de esos medios** –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– **e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse** en orden a comprobar la

³⁴ Véase STS de 26 de noviembre de 2001, declara que: *aun no existiendo prohibición expresa, la falta de autorización, pactada o unilateral, para usar particularmente el correo electrónico de la empresa deslegitima al trabajador para tal utilización.*

³⁵ Véase STS de 26 de septiembre de 2007, reproducida por STSJ de Madrid 309/2015, FD 6: “es muestra de la licitud de los usos – moderados y admitidos tácitamente por el empleador- privados del ordenador por los trabajadores, usos que reputa permitidos tácitamente en las empresas y que, dando un paso más, considera de carácter íntimo y confidencial.”

³⁶ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. Y SEMPERE NAVARRO, A. (2015). *Las TICs en el ámbito laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, p.19

corrección de los usos»³⁷. De esta manera se pretende salvaguardar el derecho a la intimidad y al derecho de las comunicaciones.

Se trata de “un criterio bastante restrictivo, pues el TS optó por exigir a la empresa una política explícita no solo sobre el uso, sino también sobre el control realizado sobre las herramientas informáticas puestas a disposición del trabajador (...). Posteriormente, se ha ido modulando esta posición inicial y se ha optado por una fórmula más permisiva al consagrar, la STS de 8 de marzo de 2011, como **único elemento de control la previa advertencia de uso de los medios informáticos y excluir la necesidad de informar sobre los elementos de control**³⁸ (...).

Por su parte, la STS de 6 de octubre de 2011, realiza un juicio de fondo consistente únicamente en valorar la advertencia expresa de una prohibición absoluta de uso de los medios de empresa para fines personales y, comprobado tal extremo, **entiende innecesaria la advertencia sobre el control, pues con la prohibición establecida desaparece toda expectativa de intimidad**. Y es que, “si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso”³⁹. Este razonamiento lleva a dar plena validez a un acceso clandestino y sorpresivo, realizado mediante un programas espía.”⁴⁰.

Quiere decirse que si la empresa establece de manera expresa unos límites –totales o parciales– sobre los usos de los medios para fines estrictamente profesionales, puede despedir disciplinariamente a todo aquel que incumpla y utilice dichos medio para otros fines, independientemente de los medios que utilice la empresa para controlar ese uso.

³⁷ Véase STS de 26 de septiembre de 2007 (Rec. 966/06), reproducida por STS 8876/2011, de 6 de octubre de 2011 (Rec. 4053/2010).

³⁸ Véase STS 8 de marzo de 2011 (Rec. 1826/2010)

³⁹ Véase STS 6 de octubre de 2011 (Rec. 4053/2010).

⁴⁰ GOÑI SEIN, J. L. (2015). “Nuevo Código Penal, plan de prevención de delitos y sus implicaciones laborales”. *La Ley Digital 360*, p. 22 y ss. Véase STSJEX 656/2014 donde se reproduce el contenido de STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013, FD 4, en la que se explica evolución jurisprudencial establecida por TS al respecto.

En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina al advertir que: “siempre que una empresa ponga en conocimiento de sus trabajadores que el uso de los medios técnicos proporcionados por la misma deben destinarse exclusivamente a tareas profesionales, (...) no resultará necesario recabar el consentimiento de los empleados para su vigilancia o control, bastando con que se facilite al trabajador información clara y precisa al respecto.

Esta afirmación se fundamenta en la excepción a la obligación de recabar el consentimiento prevista en el art. 6.2 LOPDP⁴¹, que legitima todo tratamiento de datos personales que se ajuste al desarrollo, mantenimiento y cumplimiento del contrato de trabajo, de modo que si el control del uso de las herramientas informáticas por parte de las sociedades se limita a las mencionadas finalidades justificadas en la necesidad de desarrollo, mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral subyacente, habiendo informado de ello previamente, se entenderá que no es necesario la aquiescencia del interesado para tal fin máxime cuando no se violan los derechos y libertades fundamentales del interesado”⁴².

El Tribunal Constitucional tuvo en 2012 la oportunidad de expresar su posición ante el problema del uso indebido de los medios informáticos. En STC 241/2012 de 17 de diciembre se asienta finalmente el criterio a seguir. El TC centra el análisis en “determinar si el acceso a los contenidos de los ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial puestos por la empresa a disposición de los trabajadores, y en un medio al que puede acceder cualquiera, vulnera algún derecho fundamental”. Se diferencian perfectamente lo que por un lado afecta al derecho a la intimidad y por otro al del secreto en las comunicaciones. La sala establece que en el supuesto del caso, sobre dos trabajadoras que hacen uso de los medios empresariales para fines personales al instalar un software de mensajería en un ordenador de uso común, no se ven afectados ninguno de los derechos fundamentales que se alegan.

⁴¹ Véase art 6.2 LOPDP.

⁴² Véase STSJM 309/2015, de 10 de abril de 2015, FD 7 donde se reproduce el contenido de STS 8 de febrero de 2012 (Rec. 25/08).

En primer lugar porque las trabajadoras incluyeron conversaciones privadas en un ordenador de uso común por la empresa, por lo que al usar un medio de comunicación abierto (no secreto) eran conscientes de que “provocaron con su voluntaria actuación que no se vea afectado su derecho a la intimidad al posibilitar el conocimiento de las conversaciones por otro usuario del ordenador”. Y en segundo término, porque está acreditado que “la empresa había prohibido expresamente a los trabajadores instalar programas en el ordenador, prohibición ésta que en modo alguno aparece como arbitraria en tanto que se enmarca en el ámbito de las facultades organizativas del propio empresario”.

De esta manera se asienta y confirma el criterio a seguir los tribunales, respecto de los requisitos para poder controlar y vigilar el uso que hacen los trabajadores de los medios informáticos de titularidad empresarial. Cabe concluir pues, que el único requisito es que la empresa halla prohibido de manera expresa el uso parcial o total de dichos medios para fines diferentes de los estrictamente laborales.

6.2.3. Ratificación del criterio jurisprudencial

Cabe destacar que en las sentencias más recientes se viene aplicando este último criterio ya asentado en todos los tribunales. Prueba de esto son las sucesivas sentencias que se han ido publicando desde la STS de 6 de octubre de 2011 la actualidad.

La STC 170/2013 de 7 de octubre, analiza el caso de un trabajador que utilizó los medios informáticos y el correo electrónico corporativo de la empresa para derivar a terceros información de la misma y, cuando fue sancionado con despido disciplinario declarado procedente, alegó vulneración a sus derechos fundamentales de intimidad y al secreto de las comunicaciones. Tras un extendido análisis sobre el caso, el Tribunal Constitucional concluye que, dado lo expuesto en el Convenio Colectivo –donde se establecía como falta leve el uso de los medios informáticos para fines distintos de los laborales, y solo se permitía el uso del correo electrónico para el uso profesional –, no cabía entender la existencia de una expectativa fundada y razonable de confidencialidad en cuanto a las comunicaciones realizadas por correo electrónico corporativo, y que habían sido almacenadas en el disco duro del ordenador de la empresa, ya que el

trabajador sabía de manera previa, por el Convenio, que el uso de estos medios podían estar sometido bajo el control y la vigilancia del titular de los medios.

En el mismo sentido se pronuncia el TSJ de Murcia en su Sentencia 988/2013 de 14 de octubre⁴³, desestimando el recurso y declarando procedente el despido disciplinario de un trabajador, que hizo un uso indebido de los medios informáticos de la empresa y navegó por diferentes páginas de contenido lúdico a través de internet, habiendo prohibido la empresa de manera expresa el uso para fines no laborales de los medios puestos a disposición. EL TSJ de Murcia entendió que existía una transgresión de la buena fe contractual por parte del empleado, siendo indiferente el tiempo de la jornada laboral que el trabajador hubiese dedicado a la navegación por internet.

De igual forma y en el mismo sentido se pronuncian STS de 9 de septiembre de 2014 y STS de 11 de noviembre de 2015. En la primera, a pesar de no entrar en el fondo del asunto del recurso por la inadmisión de la sentencia de contraste, el Tribunal Supremo recuerda cual es su postura ante los hechos. En dicha sentencia se reconoce como despido procedente el acordado ante un uso indebido de los medios informáticos conocido por la empresa mediante la **instalación de un programa espía** que realizaba capturas de pantalla cada 10 segundos, sin que los trabajadores tuvieran constancia de ello. Dado que la empresa prohibió de manera expresa el uso extralaboral de los medios, el TS entiende que el trabajador no gozaba del derecho de intimidad, ya que al hacer uso de los medios que la empresa puso a disposición únicamente para fines laborales y que éste era consciente de las limitaciones establecidas para su uso. En palabras de la sentencia: “la buena fe se infringe, cuando se finge ignorar lo que se sabe”.

En la sentencia de 11 de noviembre de 2015, el Tribunal Supremo se reafirma en su postura. Tras haber analizado todos los hechos probados, al final de su razonamiento jurídico tercero, y tras una amplia comparación entre sentencias, concluye que: “la sentencia recurrida hace hincapié en que la empresa había advertido previamente a sus trabajadores, entre ellos el actor, sobre la prohibición del uso del ordenador y correo electrónico para usos distintos a los profesionales, y con la consiguiente posibilidad de

⁴³ Véase STSJ de Murcia 988/2013 de 14 de octubre.

control empresarial, a lo que se anuda el hecho de que, como se ha expuesto en los motivos precedentes, la intervención y el registro del ordenador y correos electrónicos se efectuó siguiendo un proceder respetuoso con los derechos del trabajador”.

Previa a esta sentencia, el TSJ de Madrid también se había pronunciado de forma similar. En la sentencia 30/2015 de 26 de enero, se analiza el caso de un trabajador que es despedido al conocer que navega por internet consumiendo contenido lúdico (redes sociales, información sobre agencias de viajes, compras, etc.) durante la jornada de trabajo con el ordenador de la empresa. La magistrada califica el despido como procedente, ya que entiende que no es relevante el tiempo dedicado al uso de internet para acreditar que el trabajador ha caído en un abuso de derecho al abusar de la buena fe y la confianza depositada en él. En el fallo de la sentencia se concluye que: “sin que sea óbice los minutos, horas o días en los que se ha utilizado el medio prohibido por el empresario para uso personal, puesto que la conducta trasgresora, lo es desde el primer momento en que se produce, sin que pueda ponerse en relación con el tiempo empleado en la misma, al constar acreditado que la actora ya sabía que estaba sometida a dicha prohibición y a la posibilidad de control por la demandada del uso de las herramientas informáticas y medios técnicos que la misma pone a disposición de la trabajadora para la realización de su actividad laboral; **no pudiéndose aplicar la teoría gradualista** tal y como ha efectuado el Juez de instancia, pues ésta no se aplica si nos hallamos ante un caso claro trasgresión de la buena fe contractual caracterizada por la necesaria lealtad y confianza que ha de observarse en la relación laboral, como es el supuesto contemplado; por todas STS de 15-1-2009-rec. 2302/2007”.

Poco tiempo después, el mismo tribunal reitera el criterio establecido en su sentencia 309/2015 de 10 de abril de 2015. En dicha resolución el despido, a diferencia del resto de sentencias, es calificado como improcedente. En este caso también se repite el hecho de hacer uso del ordenador para fines no laborales, realizando conexiones de amplia duración principalmente para ver vídeos durante la jornada laboral. No se declara procedente porque no se considera que el trabajador halla transgredido la buena fe, ya que se demuestra que la empresa no había establecido prohibición ni limitación alguna al uso de los medios informáticos. Si es cierto que previo al despido disciplinario, la empresa comunicó al proveedor de internet que en caso de detectar un elevado consumo de datos realizase un corte de suministro de internet. Es más, el juez entiende que esta

posición de la empresa descubre que existía un ambiente tolerado hacia el uso de los medios para fines no laborales. Es después del despido cuando la empresa si realiza una prohibición total y expresa hacia el uso de los medios informáticos. Hay que destacar, que en esta sentencia se retoma la decisión sobre la necesidad de informar a los trabajadores sobre el control, en este caso la monitorización de la navegación por internet. Resulta llamativo que habiéndose demostrado la vulneración de los derechos fundamentales se halla declarado el despido como improcedente en lugar de nulo, puesto que para este tipo de casos la normativa es clara al respecto y así lo establece el art. 55.5 ET cuando dice: “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

Para concluir este apartado, y siguiendo el orden cronológico en la exposición de jurisprudencia, preciso hacer mención a la más importante de las sentencias publicadas, no solo por ser reciente sino por el órgano del que emana. Se trata de la Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016 , también denominado como el “Caso Bărbulescu v. Rumanía”. En él se aprecia y asienta el criterio ya comentado hasta ahora y que nuestros tribunales han venido aplicando. El TEDH se ratifica el fallo del tribunal de instancia inferior, declarando procedente el despido disciplinario de un trabajador que utilizó en el ordenador de la empresa aplicaciones de mensajería instantánea para conversaciones personales cuando la empresa había prohibido expresamente que los trabajadores hiciesen uso personal de los medios empresariales. “El supuesto de hecho que motiva el pronunciamiento judicial (...) es la decisión del empleador de rescindir su contrato de trabajo por que el trabajador considera que dicha medida supone una violación de su derecho al respeto de su vida privada y de la correspondencia (...). La Corte de Apelación de Bucarest afirmó que el empleador tiene el derecho y la obligación de garantizar el funcionamiento de la empresa y que, a tal efecto, tiene igualmente derecho a comprobar la forma en que sus empleados realizan sus tareas profesionales, y asimismo el empresario ostenta el poder disciplinario y el derecho para monitorizar y transcribir las comunicaciones en Yahoo Messenger que el empleado negó haber tenido para fines personales, después de haber

sido, junto con sus otros compañeros de trabajo, advertido contra el uso de recursos de la empresa para fines personales”⁴⁴.

7. CONCLUSIÓN

Tras haber elaborado este trabajo y haber llevado a cabo un análisis los criterios aplicados en los diferentes tribunales, desearía desarrollar una reflexión para fijar las ideas principales, aportando una valoración propia y subjetiva sobre cómo están resolviendo nuestros tribunales los litigios en materia de despido disciplinario, en cuanto al uso de los medios informáticos que la empresa pone a disposición de sus trabajadores para fines distintos de los estrictamente laborales. Por lo tanto, expongo las siguientes conclusiones:

En primer lugar, hay que reconocer que no siempre se aplican los criterios doctrinales vistos, como son el principio de proporcionalidad o el triple juicio de proporcionalidad - en caso de verse afectados los Derechos fundamentales-. Para poder eliminar cualquier vulneración sobre un derecho fundamental el trabajador debe ser consciente de que se encuentra bajo control. Cuando se le ha **prohibido hacer uso personal de los medios empresariales de forma expresa** no se requiere proporción entre la sanción impuesta y el acto cometido por el trabajador. En el caso de la navegación por internet, resulta indiferente la cantidad de tiempo empleado en la navegación con fines no laborales o el uso de datos consumidos en la red para dar lugar al despido.

En segundo lugar, si la empresa no hubiese determinado ninguna prohibición y se aplicase el principio de proporcionalidad, los tribunales no han determinado de forma clara que criterio se debe aplicar; si sobre el tiempo empleado en la navegación o sobre el consumo de datos en la red, ya que un trabajador puede destinar el mismo tiempo que otro a navegar en la red pero realizar un uso más intensivo, abriendo más páginas webs, descargando contenido, visualizando vídeos en alta calidad, abriendo aplicaciones online, etc.

⁴⁴ MORALES VÁLLEZ, C. E. (2016). “El control de los medios tecnológicos por el empresario a la luz de la sentencia del TEDH, de 12 de enero de 2016”. *CEF.- Laboral Social*, p. 1 y ss.

En tercer lugar, que ni la legislación ni la jurisprudencia han concretado **dónde deben estar establecidas las reglas empresariales en cuanto a la prohibición de la utilización personal de los medios**. Así pues, pueden estar ubicadas en el convenio colectivo nacional, sectorial, local o de empresa; en un reglamento interno, dispuestas en el propio contrato de trabajo o incluso hacerlas llegar a los trabajadores mediante una circular. Esto permite a las empresas asegurar sus poderes de control y vigilancia dejando indefensos los derechos fundamentales de los trabajadores al quedar supeditados a si la empresa prohíbe o no el uso de los medios informáticos.

En último lugar, el contenido de la comunicación que la empresa debe hacer a sus trabajadores únicamente debe **prohibir el uso de los medios para fines no laborales**, no siendo necesaria la conformidad o conocimiento del trabajador. Tampoco es necesario indicar con qué medios se va realizar dicho control. Los tribunales entienden que “si la prohibición es expresa, en el caso del uso personal de los medios informáticos de la empresa, no puede existir un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida (...), ya **que dicha prohibición elimina cualquier situación de tolerancia con el uso personal del ordenador** y del mismo modo suprime toda expectativa razonable de confidencialidad para el trabajador, de manera que nunca podrá verse afectado el derecho fundamental a la intimidad de éste. Y es que se entiende que en estas condiciones, el trabajador afectado es consciente que la acción de utilizar, para fines personales, el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su expectativa de intimidad”⁴⁵. Se ha llegado a permitir incluso, que la empresa instale programas espías en los ordenadores sin que los trabajadores tengan conocimiento. Asimismo, han permitido utilizar la información obtenida de esta forma para alegar el uso indebido del ordenador por el trabajador como causa de despido disciplinario.

⁴⁵ Véase STS 6 de octubre de 2011.

8. JURISPRUDENCIA UTILIZADA

STEDH de 3 de abril de 2007.

STS de 26 de septiembre de 2007.

STS de 8 de marzo de 2011.

STS de 6 de octubre de 2011.

STC 173/2011 de 7 de noviembre de 2011.

STC 241/2012 de 17 de diciembre de 2012.

STC 170/2013 de 7 de octubre de 2013.

STSJ de Murcia 988/213 de 14 de octubre de 2013.

STS de 9 de septiembre de 2014.

STSJ de Madrid 30/2015, de 26 de enero de 2015.

STSJ de Madrid 309/2015, de 10 de abril.

STS de 11 de noviembre de 2015.

STEDH de 12 de enero de 2016.

STSJ de Cantabria 74/2016 de 1 de febrero de 2016.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYALA SÁNCHEZ, A. (2015). “Breve Estudio Jurisprudencial sobre la Transgresión de la Buena Fe Contractual como Causa de Despido Disciplinario”. En AAVV. Dir. RODAS NAVARRO C. S. y GARRIDO PÉREZ, E. *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*. Ed. Ediciones Laborum, Murcia, p. 354 y ss.

FABREGAT MONFORT, G. (2015). “El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave”. *Revista Trabajo y Derecho*, p. 3 y ss.

GOÑI SEIN, J. L. (2015). “Nuevo Código Penal, plan de prevención de delitos y sus implicaciones laborales”. *La Ley Digital 360*, p. 22 y ss.

INE, (2011-2015). *Encuesta sobre el uso de TIC y del Comercio Electrónico en las empresas*. Notas de prensa.

MONTOYA MELGAR, A. (2009). “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”. *Revista de Relaciones Laborales La Ley Digital 360*, p. 1 y ss.

MONTOYA MELGAR, A. (2015). *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, p. 366 y ss.

MORALES VÁLLEZ, C. E. (2016). “El control de los medios tecnológicos por el empresario a la luz de la sentencia del TEDH, de 12 de enero de 2016”. *CEF.- Laboral Social*, p. 1 y ss.

RODRÍGUEZ CARDO, I. (2009). *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Oviedo, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, p. 107 y ss.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2014). “El control empresarial del correo electrónico de los trabajadores: posibilidades y límites”. *La Ley Digital 360*, p 4 y ss.

ROIG BATALLA, A. (2007). “El uso de internet en la empresa” en GALA DURÁN, C., ROIG BATALLA, A., MARTÍNEZ FONS, D. AND MUÑOZ LORENTE, J. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 47 y ss.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. Y SEMPERE NAVARRO, A. (2015). *Las TICs en el ámbito laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, p. 11 y ss.