



Roj: **STSJ M 4886/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:4886**

Id Cendoj: **28079340022023100420**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **26/04/2023**

Nº de Recurso: **1451/2022**

Nº de Resolución: **403/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34016050

NIG: 28.079.00.4-2022/0036818

Procedimiento Recurso de Suplicación 1451/2022 - LO

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid Despidos / Ceses en general 339/2022

Materia: Despido

Sentencia número: 403/2023

Ilmos/a. Srs./a.

DON FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

DOÑA M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

DON RAFAEL A. LÓPEZ PARADA

En Madrid, a 26 de abril de 2023, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Segunda de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/la Ilmos/a. Srs/a. citados/a, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número 1451/2022 formalizado por el letrado DON JUAN ARMANDO MONGE GÓMEZ, en nombre y representación de DON Isaac , contra la sentencia número 332/2022 de fecha 19 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de los de Madrid, en sus autos número 339/2022, seguidos a instancia del recurrente frente a ALZA OBRAS Y SERVICIOS, S.L., siendo parte el MINISTERIO FISCAL por despido y tutela de derechos fundamentales, siendo magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. M. Virginia García Alarcón y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

I. El actor ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada desde el 19.05.1998 con categoría profesional de oficial administrativo 2ª Nivel VII y retribución bruta mensual de 1.359,24 euros con una jornada de 30 horas semanales (hechos conformes, contrato de trabajo y nóminas aportadas por ambas partes de su ramo de prueba)

II. La relación laboral se rige por el convenio colectivo general de del Sector de la construcción (BOE nº 232 de fecha 26. 09.2017.

III. El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores. (hecho no controvertido)

IV. Para el desempeño de sus funciones laborales el trabajador demandante contaba con equipo informático propiedad de la empresa, en que, al igual que los equipos de todos los trabajadores de la empresa, tras la introducción de usuario y contraseña salta un mensaje del siguiente tenor:

ACCESO A LOS SISTEMAS DE ALZA OBRAS

Está accediendo a los sistemas informáticos de Alza obras. Este acceso está restringido a los usuarios autorizados por la empresa, quedando terminantemente prohibido el acceso al personal ajeno.

Los sistemas informáticos de ALZA OBRAS, sólo puede usarse para el desempeño de las funciones existentes en la relación laboral o contractual, ente el usuario y a ALZA OBRAS, quedando terminantemente prohibida su utilización para otros fines, incluyendo los de tipo personal

Cualquier usuario que utilice los sistemas informáticos, reconoce expresamente, que toda la información procesada y/o almacenada en dichos sistemas, es propiedad de ALZA OBRAS, excepto si la misma estuviera protegida legalmente por contratos de licencia, patentes, derechos de propiedad intelectual otro tipo de acuerdo escrito.

Igualmente, todos los usuarios reconocen estar informados sobre las normas de uso y cuidado del material relacionado con los sistemas informáticos de ALZA OBRA y se comprometen a cumplir las normas relativas a la seguridad de la información exigidas por el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) que entró en vigor el 25 de mayo de 2016 y fue de aplicación el 25 de mayo de 2018

Se informa a los usuarios, que ALZA OBRAS dispondrá de todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad de sus sistemas informáticos, pudiendo arbitrarse procedimientos asociados al registro y/o monitorización de las actividades realizadas en los sistemas de ALZA OBRAS

Solo previa aceptación del citado mensaje se pasa a la siguiente pantalla.

La empresa realiza monitorización aleatoria para comprobar el uso correcto de los equipos informáticos

(testifical de la responsable de RRHH y doc. 4 de los aportados por la empresa)

V. El trabajador había sido advertido en varias ocasiones por su superior jerárquico Luis de que no debía emplear el ordenador para usos personales, siendo frecuentes los comentarios de los trabajadores sobre que habitualmente el actor durante su jornada laboral hacía un uso personal del ordenador (testifical de Sra. Leticia)

VI. La empresa llevó a cabo monitorización del equipo informático de su propiedad empleado por el trabajador demandante, a fin de comprobar si tal uso personal era puntual o recurrente (testifical de Sra. Leticia)

VII. Consta a los folios 165 a 167 el resultado de la citada monitorización que se da aquí por íntegramente reproducida, realizada el día 14.01.2022 entre las 10:00 y las 15:01 horas. Conforme a la misma el trabajador los días 7, 9, 10 y 11 de febrero de 2022 visitó páginas web tales como parquetparedes. com, lacronica.net, guadalajararadio, com, leroymerlin.com, bricomart.com, coches.net., idealista, com, addidas.com, viking.es, coches.net, conexiones al portal Youtube, a la red social Facebook, y páginas de entidades bancarias como ibercaja, todo ello durante su jornada laboral.

VIII. En fecha 23.2.2022 la empresa comunicó al demandante su despido disciplinario, la comunicación extintiva obra al folio 11 a 14 de las actuaciones y su tenor literal se da aquí por íntegramente reproducida.



IX. Se interpuso papeleta de conciliación el día 18.03.2022 no celebrándose el acto conciliatorio en plazo (folio 24)."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Debo desestimar y desestimo la demanda formulada DON Isaac contra ALZA OBRAS Y SERVICIOS, S.L., declaro la procedencia del despido, convalido la extinción del contrato con efectos del día 22.02.2022 sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, y absuelvo a la mercantil demandada de la pretensión deducida en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte actora, formalizándolo posteriormente, y siendo impugnado de contrario por la letrada DOÑA LAURA OLOGARAY GUILLÉN, en nombre y representación de la demandada, habiendo emitido informe el MINISTERIO FISCAL.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 30 de diciembre de 2022, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 26 de abril de 2023 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como cuestión previa se alega por el recurrente que en el hecho probado V de la sentencia, se indica que había sido advertido en varias ocasiones por su superior jerárquico de que no debía emplear el ordenador para usos personales, lo que no figura en la carta de despido y considera que, consecuentemente, no puede tenerse en cuenta en esta litis.

Efectivamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social *"Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido"*, por lo que cualquier hecho que, aunque conste acreditado, no figure en dicha carta, obviamente, se tendrá por no puesto.

SEGUNDO.- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa la recurrente la supresión del hecho probado VII, alegando que los documentos en los que se basa no fueron reconocidos por su parte porque de los mismos no resulta de qué equipo informático se extrae la información, y además que se refieren solo al 14 de enero de 2022 y no a los otros días que se citan.

Asimismo, solicita la supresión del hecho probado IV, a la vista del documento 5 de la parte demandada, porque se trata de una fotocopia y no hay informe técnico del que se pueda deducir que en el equipo informático que utilizaba apareciera el mensaje al que se refiere, efectuando sus consideraciones respecto de la testifical practicada a instancias de la empresa.

Por último, propone que se incluya como probado que tiene reconocido un grado de discapacidad del 45%.

SEGUNDO.- No tiene en cuenta el recurrente que la revisión de los hechos probados solamente puede fundarse en la prueba documental o pericial obrante en autos, no contradicha por otros medios de prueba, e identificada de forma precisa por el recurrente, que revele de modo inmediato y evidente un error del órgano judicial, sin necesidad de deducciones, conjeturas o interpretaciones de la parte recurrente, debiéndose formular la redacción del hecho probado tal como solicita que se recoja, como reitera constantemente la jurisprudencia y la doctrina de suplicación, pues el proceso laboral se basa en la instancia única y el recurso de suplicación es un recurso extraordinario, de motivos tasados, en el que no es posible el enjuiciamiento pleno del litigio y la nueva valoración del material probatorio como si de una segunda instancia se tratara.

En resumen, las exigencias son las siguientes:

a) El recurrente debe expresar si pretende la modificación, supresión o adición de hechos. En los dos primeros casos, debe señalar concretamente qué apartado o apartados de la relación fáctica de la sentencia, quiere revisar, y en todos los casos debe manifestar en qué consiste el error, y ofrecer la redacción que se estime pertinente

b) El recurrente debe citar con precisión el documento o pericia, obrante en autos, en que se funde su alegación de error, no siendo admisible la remisión genérica a la prueba documental, ni menos la cita de otras pruebas de distinta naturaleza (interrogatorio de las partes, declaración de testigos, etc.) ni de actuaciones procesales



(acta del juicio, resoluciones, actos de comunicación, etc.). Es rechazable, por ello, la mera alegación de que no hay prueba en autos que sustente la conclusión del juzgador

c) El error debe apreciarse directamente y de modo evidente a partir del contenido manifiesto del documento o pericia, mostrando el recurrente esa conexión inmediata, pero sin necesidad de deducciones, razonamientos, interpretaciones o conjeturas del recurrente. Por ello, no es admisible el intento de valoración conjunta de todo o gran parte del material probatorio, ni la cita de documentos o pericias ya valorados por el juzgador, o contradichos por otras pruebas, pues ello implicaría la sustitución del criterio valorativo del órgano judicial por el del recurrente

d) El error debe resultar decisivo en relación con el signo del fallo, debiendo la parte razonar la influencia de la alegada equivocación judicial en el resultado decisorio del litigio

e) No es admisible el intento de introducir en la relación fáctica conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, ni cualquier valoración jurídica, respecto de los hechos, que en este tipo de motivos es por completo inoperante

Las anteriores reglas derivan de los artículos 193 b) y 196.3 de la LRJS y se justifican en atención al carácter extraordinario del recurso de suplicación en el proceso laboral, regido por el principio de instancia única, reconociéndose al órgano judicial de instancia amplias facultades de valoración de la prueba, en atención al principio de inmediación, siendo perfectamente constitucional esta configuración legal del proceso laboral, no observándose por el recurrente que en primer lugar pretende la supresión del hecho probado VII, sin tener en cuenta que corresponde a la juzgadora a quo valorar la prueba practicada, habiendo la misma dado valor al documento en que se sustenta, por lo que a ello hemos de estar, confundiendo además el recurrente la fecha en que se lleva a efecto la monitorización a la que se refiere, con aquellas en las que esta monitorización detecta que se efectuaron las visitas a las páginas web que se reseñan, siendo actos distintos. En cuanto a la supresión del hecho probado IV, como hemos señalado, este ordinal se apoya no solo en el documento 4 de la empresa sino también en la testifical, para cuya valoración es soberana dicha juzgadora, no siendo susceptible de revisión por la Sala, por lo que a su resultado hemos de estar, no citando el actor documento o pericia algunos que la desvirtúen. Finalmente, no procede adicionar que el demandante tiene reconocido un grado de discapacidad, porque ello no guarda relación con el despido ni tiene, consecuentemente, trascendencia en el resultado del pleito.

En corolario, la revisión fáctica se rechaza.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia el recurrente la inaplicación de los artículos 55.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, 18 de la Constitución y 183 de la citada ley procesal, por considerar que no ha quedado acreditado que en el equipo informático que utilizaba apareciese el mensaje que se recoge en el hecho probado IV, cuya supresión ha interesado y, aunque se entendiese que si existía, a su juicio, no contiene los elementos suficientes para considerar que la actuación llevada a cabo por la empresa no vulnera su derecho fundamental a la intimidad, porque del mismo se desprende la prohibición de utilizar los sistemas informáticos de la demandada para fines personales, pero la advertencia contenida en el mensaje está supeditada a que se realicen los registros para garantizar la seguridad de dichos sistemas, y no para verificar el correcto uso del equipo, y además, se indica que podrán arbitrarse procedimientos asociados al registro y/o monitorización, pero no consta cuáles sean los mismos y, en este caso, no se han hecho con la finalidad de garantizar dicha seguridad, sino para comprobar si accedía a páginas de internet que no eran necesarias para el desempeño de su trabajo, por lo que concluye que la obtención de datos de esta forma, vulnera su derecho a la intimidad y el despido debe considerarse nulo.

Solicita una indemnización adicional de 7.501 euros, conforme al artículo 183 de la LRJS, habida cuenta de su edad de 55 años, antigüedad de casi 22 en la empresa y una discapacidad física del 45%.

CUARTO.- Subsidiariamente solicita que se declara la improcedencia del despido, denunciando la infracción de los artículos 55.4 y 56 y disposición transitoria undécima del estatuto de los Trabajadores, aduciendo que la carta de despido recoge tres faltas, la primera por fraude, deslealtad y abuso de confianza y desobediencia continuada, de acuerdo con el artículo 101 del convenio colectivo general de la construcción y el 54 del dictado Estatuto; la segunda por disminución voluntaria del rendimiento, conforme a los mismos preceptos y finalmente la transgresión de la buena fe y abuso de confianza, no habiendo en la carta hecho alguno del que pudiera deducirse esa disminución voluntaria del rendimiento, y tampoco en la sentencia lo hay.

Pone de manifiesto que el único hecho que se le imputa es que en los días 7,9,10 11 de febrero de 2022, durante su trabajo ha visitado páginas en internet que no tienen que ver con su quehacer laboral, lo que, a su entender, no ha quedado acreditado, insistiendo en que la documental en la que se apoya la magistrada a quo, se refiere al día 14 de enero de 2022 y además en ninguna de las conexiones que se indican se establece el tiempo de duración, sino tan solo el inicio, con lo que resulta imposible conocer el tiempo empleado en esa actividad y



se da la circunstancia de que en un mismo minuto aparece un número variable de conexiones a esas páginas que se suelen repetir y que puede llegar a ser de hasta 8 veces en un mismo minuto, lo que da idea de la escasa entidad y duración de las mismas, y, a su juicio, determina que no quede quebrado el principio de buena fe contractual, cuando no hay un solo hecho del que se pueda deducir que no ha realizado su trabajo como consecuencia de tal actuación o que haya sido incorrecto.

QUINTO.- Por la demandada se alega en su escrito de impugnación que la carta de despido contiene suficiente motivación, describiendo los hechos concretos imputados, que encajan en la definición de faltas contenidas en los artículos 101 y 102 del convenio del sector.

SEXTO.- El MINISTERIO FISCAL pone de manifiesto en su informe que no se ha producido vulneración alguna del derecho a la intimidad del actor, conforme a la jurisprudencia que cita, al constar acreditado que el uso del ordenador sólo estaba permitido con fines estrictamente laborales, quedado terminantemente prohibido su uso para fines personales, conforme al mensaje que aparecía en la pantalla al inicio de cada sesión, considerando que la medida de monitorización llevada a cabo por la empresa, alcanzó los fines que se perseguían, de averiguar si el actor utilizaba el ordenador para fines personales, por lo que la actuación empresarial cumple con los requisitos exigidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia Barbulescu de 5 de septiembre de 2017.

SÉPTIMO.- Los hechos que se imputan al trabajador en la carta de despido son los siguientes:

"i. Fraude, deslealtad el abuso de confianza en el trabajo, gestión o actividad encomendados; desobediencia continuada persistente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores .

Debemos señalar que, tal como se ha podido conocer viene Ud. conectándose diariamente plataformas portales de internet que en nada se relacionan con las funciones que tiene usted encomendadas, dedicando casi en su totalidad la jornada de trabajo diaria estos entretenimientos provocando una acumulación de tareas, así como la realización de las mismas de manera incorrecta.

Para ello, lo que agrava la conducta señalada, viene Ud. utilizando los medios materiales de trabajo facilitados por la empresa, incumpliendo el protocolo las normas sobre utilización de medios tecnológicos existentes que Ud. perfectamente conoce."

Enumerando a continuación los portales a los que se conecta el actor y detallando las conexiones efectuadas en cuatro únicos días: el día 7 de febrero de 2022 a las 13,35 a la Federación de Fútbol de Castilla La Mancha, hasta las 13,52 y ese mismo día a ING DIRECT, a las 10,15 hasta las 10,30; el día 9 de febrero de 2022, se conectó a las 11,34 con la Bolsa de Madrid, hasta las 11,52, entrando simultáneamente a las 11.39 en una página de previsión del tiempo; el día 10 de febrero de 2022 se recogen visitas a 14 páginas distintas entre las 11,36 y las 13,05 horas, sin que conste la duración de las mismas. Y el 11 de febrero de 2022, constan conexiones con la Bolsa de Madrid a las 9,22 hasta las 10 y al mismo portal a las 12,53 hasta las 13,36 horas y a esta misma hora se conecta con un portal de Hotmail, así como a las 13,44.

A continuación, y sin más detalle, afirma la empresa en la carta que el actor dedica diariamente gran parte de su jornada a tales conexiones, de lo que colige un notable enriquecimiento injusto por su parte que califica de abuso de confianza, indicándole que, al conocer la prohibición expresa de utilizar los medios informáticos para fines particulares, no puede esperar ninguna privacidad en la realización de estas conductas.

Asimismo, se le imputa *"Disminución voluntaria continuada del rendimiento de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del Convenio Colectivo de aplicación 54 del Estatuto de los Trabajadores "*, sin concretar hecho alguno al respecto. Y por último se le imputa:

"Transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 ET .

La conducta descrita con anterioridad, en la que se observa cómo Ud. viene utilizando para fines estrictamente personales los medios materiales puestos disposición por la empresa, utilizando su tiempo efectivo de trabajo en asuntos particulares, con una disminución del rendimiento que es evidente, conlleva la ruptura de las notas elementales de buena fe reciprocas que deben presidir cualquier tipo de relación labora.

Como hemos mencionado anteriormente, ha venido usted realizando comportamientos no solo contrarios la buena fe contractual, sino que atentan directamente con las instrucciones precisas que operan en la Entidad, como es la del uso exclusivo de los medios proporcionados por la empresa para fines profesionales el correcto desempeño de sus labores.



Además de ello, ha mostrado una absoluta pasividad en el ejercicio de sus funciones diarias, desoyendo las instrucciones de sus superiores, cometiendo numerosos errores en su trabajo, derivados de su falta de interés atención, provocando así una total desconfianza hacia usted."

OCTAVO.- De estos hechos imputados, resulta acreditado exclusivamente que los días a los que alude la carta de despido, efectivamente el actor entró en las páginas que se enumeran y que esta conducta estaba prohibida por medio de un mensaje que aparecía en el equipo informático cada vez que se entraba en el mismo, con el contenido literal que se recoge en el ordinal VI de los hechos probados.

No hay dato alguno respecto de la disminución voluntaria del rendimiento del actor, ni de que se haya producido una acumulación de tareas, ni la realización de las mismas de manera incorrecta, ni consta que haya incurrido en error concreto alguno ni hecho del que colegir una falta de interés o atención, nada de lo cual, en cualquier caso, se concretaba en la carta de despido

La magistrada a quo declara probado que el actor había sido advertido varias veces por su superior jerárquico respecto de que no debía utilizar el ordenador para usos personales, y que los demás trabajadores, comentaban que lo hacía, pero estos datos son, como indicaba el recurrente, totalmente ajenos a la carta de despido que no alude a tales advertencias.

NOVENO.- Respecto de la validez de la prueba practicada a partir de la monitorización de la actividad del actor en páginas web, hemos de estar a la doctrina unificada de nuestro Tribunal Supremo recogida en su sentencia de 08-02-2018, nº 119/2018, rec. 1121/2015:

"QUINTO.- 1.- Una vez que se ha aceptado la contradicción de la recurrida con la invocada referencial, es palmario que obligadamente hemos de calificar como doctrina ajustada a Derecho la mantenida por el Tribunal Constitucional en la exhaustiva decisión de contraste, y de la que acto continuo exponemos alguno de sus criterios, que ciertamente coinciden en algunos extremos con la previa jurisprudencia de esta Sala (así, SSTS 26/09/07 -rcud 966/06 -; 08/03/11 -rcud 1826/10 -; y SG 06/10/11 -rco 4053/10 -. Pasamos a una limitada exposición de la doctrina constitucional.

2.- Acerca de las facultades empresariales se mantiene por el intérprete máximo de la Constitución:

a).- El poder de dirección del empresario "es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva - reflejo de los derechos proclamados en los arts. 33 y 38 CE - y se reconoce expresamente en el art. 20 LET; en su apartado 3 se atribuye al empresario la facultad de 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 (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 5 ; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5 ; y 241/2012, de 17 de diciembre , FJ 4) (FJ 3).

b).- "En aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los razonables requerimientos de la organización productiva en que se integra, se ha afirmado que "manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral" (STC 126/2003, de 30 de junio , FJ 7). En el mismo sentido, hemos indicado que "la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él" (STC 99/1994, de 11 de abril , FJ 7) (FJ 3).

c).- "... en el marco de las facultades de autoorganización, dirección y control correspondientes a cada empresario, "no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales" (STC 241/2012 , FJ 5)" (FJ 4).

3.- Sobre el derecho a la intimidad en el marco de la relación laboral también se sostiene por el Alto Tribunal:

a).- "... el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), "implica 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"... Así pues, "lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada" (STC 159/2009, de 29 de junio , FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3 ; y 93/2013, de 23 de abril , FJ 8) (FJ 5).

b).- "... la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida



privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9 ; y 186/2000, de 10 de julio , FJ 5) (STC 170/2013, de 7/Octubre , FJ 5).

c).- Pero "... el derecho a la intimidad no es absoluto -como no lo es ningún derecho fundamental-, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado" (STC 115/2013, de 9 de mayo , FJ 5; o SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 ; y 70/2002, de 3 de abril , FJ 10) (FJ 5).

4.- Acerca de la inclusión del correo electrónico en el ámbito de protección del derecho a la intimidad, se dice en la decisión de contraste:

a).- "... aun cuando la atribución de espacios individualizados o exclusivos - como la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores- puede tener relevancia sobre la actuación fiscalizadora de la empresa, ha de tenerse en cuenta que "los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin" (STC 241/2012 , FJ 5)" (FJ 4).

b).- "... el uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad ;... el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal -entre otros datos sobre su vida privada y profesional- forma parte del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido; también que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado el derecho a la intimidad personal "en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado" (STC 173/2011, de 7/Noviembre , FJ 3); (FJ 5).

c).- "... el ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad. En concreto, hemos afirmado que un "criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno... (STC 12/2012, de 30 de enero , FJ 5)" (FJ 5).

5.- Finalmente, sobre la adecuación del control empresarial se mantiene por el TC:

a) Existiendo previsión colectivamente fijada sobre prohibición del uso del ordenador para fines personales, "cabe concluir que, en su relación laboral, sólo estaba permitido al trabajador el uso profesional del correo electrónico de titularidad empresarial; en tanto su utilización para fines ajenos al contenido de la prestación laboral se encontraba tipificada como infracción sancionable por el empresario, regía pues en la empresa una prohibición expresa de uso extralaboral, no constando que dicha prohibición hubiera sido atenuada por la entidad. Siendo este el régimen aplicable, el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía legítimamente ejercerse, ex art. 20.3 LET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos al contenido propio de su prestación de trabajo" (FJ 4).

b).- "... "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)" (STC 96/2012, de 7 de mayo , FJ 10; o SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9 ; y 89/2006, de 27 de marzo , FJ 3) (FJ 5).

c).- El referido dato -previsión de exclusivo uso profesional- "constituye una importante particularidad respecto a los supuestos enjuiciados en algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que la apreciación, "... a la vista de las circunstancias, de que el trabajador no estaba advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser objeto de seguimiento por la empresa ha llevado a admitir que dicho trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por Internet (SSTEDH de 25 de junio de 1997, caso Halford c. Reino Unido, § 45 ; de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido , § 42 y 47)" (STC 170/2013, de 7/Octubre , FJ 5).

SEXTO.- 1.- Tal como hemos adelantado, la aplicación de los precedentes criterios al caso debatido nos lleva a acoger el recurso, por cuanto que la sentencia recurrida no ha seguido, en lo que se refiere al concreto objeto de debate -control empresarial del correo electrónico del trabajador- la doctrina correcta.

Recordemos que en la empresa demandada existe una concreta normativa empresarial "de los sistemas de información" y de "política de seguridad de la información" del Grupo Inditex, que limita el uso de los ordenadores de la empresa a los estrictos fines laborales y que prohíbe su utilización para cuestiones personales.

Tengamos también en cuenta -reproducimos redacción de la propia sentencia recurrida- que los empleados del Grupo Inditex, cada vez que acceden con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a dicho acceso, deben de aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información del Grupo Inditex, en la que se señala que el acceso lo es para fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas que pone a disposición de su empleados, respetando en todo caso las legislación laboral y convencional sobre la materia y garantizando la dignidad e intimidad del empleado, por lo que el actor era conocedor de que no podía utilizar el correo para fines particulares y que la empresa podía controlar el cumplimiento de las directrices en el empleo de los medios informáticos por ella facilitados.

No olvidemos que el examen del ordenador utilizado por el trabajador accionante fue acordado tras el "hallazgo casual" de fotocopias de las transferencias bancarias efectuadas por un proveedor de la empresa en favor del trabajador demandante -hecho expresamente prohibido en el Código de Conducta de la demandada e imputado en la carta de despido -.

Consideremos, finalmente, que "se examinó el contenido de ciertos correos electrónicos de la cuenta de correo corporativo del actor, pero no de modo genéricos e indiscriminado, sino tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar que correos examinar, utilizando para ello palabras clave que pudieran inferir en qué correos podría existir información relevante para la investigación, (y atendiendo a la) proximidad con la fecha de las transferencias bancarias" (así, en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, pero con valor de HDP: recientes, SSTS 02/06/16 -rco 136/15 -; 22/06/16 -rco 250/15 -; y SG 26/10/16 -rcud 2913/14 -); y sin que deje ser relevantes dos circunstancias: a) que el contenido extraído se limitó a los correos relativos a las transferencias bancarias que en favor del trabajador le había realizado -contrariando el Código de Conducta- un proveedor de la empresa; y b) que -además y según se indica en la misma resolución del J/S- el control fue ejercido sobre el "correo corporativo del demandante, mediante el acceso al servidor alojado en las propias instalaciones de la empresa; es decir, nunca se accedió a ningún aparato o dispositivo particular del demandante...; a lo que se accedió es al servidor de la empresa, en la que se encuentran alojados los correos remitidos y enviados desde las cuentas corporativas de todos y cada uno de los empleados".

2.- Siendo ello así, no cabe duda: a).- Que el hallazgo "casual" de la referida prueba documental excluye la aplicación de la doctrina anglosajona del "fruto del árbol emponzoñado", en cuya virtud al juez se le veda valorar no sólo las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sino también las que deriven de aquéllas (sobre ello, SSTC 98/2000, de 10/Abril; 186/2000, de 10/Julio; 29/2013, de 11/Febrero; y 39/2016, de 3/Marzo. Y SSTS 05/12/03 -rec. 52/03 -; 07/07/16 -rcud 3233/14 -; SG 31/01/17 -rcud 3331/15 -; y 20/06/17 -rcud 1654/15 -); b).- Que la clara y previa prohibición de utilizar el ordenador de la empresa para cuestiones estrictamente personales nos lleva a afirmar -como hicimos en uno de nuestros precedentes- 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 personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo" (STS SG 06/10/11 - rco 4053/10 -); c).- Que el ponderado examen del correo electrónico que se ha descrito en precedente apartado, utilizando el servidor de la empresa y parámetros de búsqueda informática orientados a limitar la invasión en la intimidad, evidencia que se han respetado escrupulosamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional y se han superado los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

SÉPTIMO.- 1.- Aunque por obvias razones temporales en el presente procedimiento no se pudo tener en cuenta hasta la fecha la STEDH -Gran Sala- 05/Septiembre/2017 (Caso "Barbulescu"), parece conveniente que nos refiramos a tan reciente doctrina, no sólo para evidenciar que sus criterios son sustancialmente coincidentes con los de la jurisprudencia constitucional más arriba indicados, sino también que -precisamente por ello- la conducta empresarial de autos pasa holgadamente el filtro de los requisitos que el Alto Tribunal europeo exige para atribuir legitimidad a la actividad de control que acabamos de enjuiciar.

2.- Señalemos, con carácter previo, que las circunstancias del control informático a que había sido sometido el Sr. Cesar son por completo dispares a la de autos: a) los mensajes monitorizados por la empresa no eran de correo electrónico, sino de chats que correspondían a cuenta privada del trabajador en Yahoo Messenger (uno que el



empleado -sostuvo- que utilizaba para atender clientes de la empresa y otro estrictamente privada) y para cuyo acceso se precisaba una clave que sólo conocía él; b) aunque la empresa había prohibido el uso personal de los medios corporativos, no había advertido del alcance del control empresarial ni de la posibilidad de acceder a los chats sin consentimiento del interesado, y el trabajador consideraba que su cuenta era personal; c) la empresa accedió al contenido de los chats privados -con la novia y hermano del trabajador- y los imprimió; d) tampoco había mediado causa concreta que motivase el acceso a las comunicaciones privadas.

3.- El núcleo de la cuestión a debate por la Gran Sala era determinar los términos en que pueden entenderse coonestados, de un lado el derecho del trabajador al que se le respete su vida privada y correspondencia, y de otro el de la empresa a comprobar que la actividad profesional de sus empleados es ejercida con corrección y se adecua a sus directrices. Y sobre ello el Tribunal Europeo hace una serie de afirmaciones, de entre las que creemos han de destacarse previamente dos de ellas:

a).- Que "... las comunicaciones que se emiten desde el puesto de trabajo, así como las del domicilio, pueden incluirse en las nociones de "vida privada" y de "correspondencia" a que se refiere el artículo 8 del Convenio", cuando el trabajador puede "razonablemente suponer que su privacidad estaba protegida y era respetada" (ap. 73).

b).- Que los tribunales nacionales "deben velar porque el establecimiento por una empresa de medidas para vigilar la correspondencia y otras comunicaciones, sea cual sea su alcance y duración, vaya acompañado de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos" (ap. 119).

4.- A los efectos de calificar la supervisión del empleador y la posible intromisión en la vida privada, considera el TEDH que se deben tener en cuenta "los siguientes factores:

i) ¿El empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas? Si bien en la práctica esta información puede ser comunicada efectivamente al personal de diversas maneras, según las especificidades fácticas de cada caso, el Tribunal considera que, para que las medidas puedan ser consideradas conforme a los requisitos del artículo 8 del Convenio, la advertencia debe ser, en principio, clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma.

ii) ¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado? A este respecto, debe hacerse una distinción entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido. También se debería tener en cuenta si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados (véase, en este sentido, la sentencia Köpke, precitada). Lo mismo se aplica a los límites espaciales de la vigilancia.

iii) ¿El empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido...Dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas.

iv) ¿Habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado? A este respecto, es necesario evaluar, en función de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado.

v) ¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado... con las referencias citadas? ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida ...?

vi) ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo? En particular, estas garantías debían impedir que el empleador tuviera acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión sin que el empleado hubiera sido previamente notificado de tal eventualidad".

5.- La lectura de los prolijos razonamientos utilizados por el TEDH en el asunto "Barbulescu", pone de manifiesto -entendemos- que el norte de su resolución estriba en la ponderación de los intereses en juego, al objeto de alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia, y los intereses de la empresa empleadora (así, en los apartados 29, 30, 57, 99, 131 y 144). Y al efecto -resumimos- son decisivos factores a tener en cuenta: a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización; c) la inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino dado por la empresa al resultado del control; e) la previsión de garantías para el trabajador

Como es de observar, tales consideraciones del Tribunal Europeo nada sustancial añaden a la doctrina tradicional de esta propia Sala (las ya citadas SSTs 26/09/07 -rcud 966/06 -; 08/03/11 -rcud 1826/10 -; y SG 06/10/11 -rco 4053/10 -) y a la expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia de contraste (STC 170/2013), así como a las varias suyas que el Alto Tribunal cita (así, SSTC 96/2012, de 7/Mayo, FJ 10 ; 14/2003, de 28/Enero, FJ 9 ; y 89/2006, de 27/Marzo , FJ 3), pues sin lugar a dudas los factores que acabamos de relatar y que para el TEDH deben tenerse en cuenta en la obligada ponderación de intereses, creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de "idoneidad", "necesidad" y "proporcionalidad" requeridos por el TC y a los que nos hemos referido en el FD Quinto (5.b)). Juicios que a nuestro entender han sido escrupulosamente respetados en el caso de autos, por las razones más arriba expuestas (FJ Sexto. 2)."

Por tanto no existe aquí, como acertadamente aprecia la resolución impugnada y el Ministerio Fiscal, vulneración alguna del derecho a la intimidad del actor, máxime cuando en absoluto ha habido una intromisión en correos o documentos por él elaborados, sino simplemente un rastreo del historial de búsqueda efectuado por su parte en el ordenador puesto a su disposición, siendo notorio que, no habiéndolo borrado, podía ser conocido por el empleador y que el demandante conocía que el equipo era para uso profesional, por lo que no podía tener una expectativa de que ese historial quedara protegido ante una posible investigación de la demandada.

En consecuencia, el despido en ningún caso podría ser declarado nulo ni procede determinar una indemnización adicional.

DÉCIMO.- En cuanto a los hechos imputados al trabajador que constan acreditados, hemos de tener en cuenta que el régimen disciplinario a aplicar es el establecido en el VI Convenio General del Sector de la Construcción, tal y como se indica en la carta de despido, cuyo artículo 99 tipifica como falta leve:

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

Y el 100, tipifica como faltas graves, en lo que aquí interesa:

"f) La desobediencia a los superiores en cualquier materia de trabajo, siempre que la orden no implique condición vejatoria para el trabajador o entrañe riesgo para la vida o salud, tanto de él como de otros trabajadores."

i) Realizar, sin el oportuno permiso, trabajos particulares en la obra, o centro de trabajo, así como utilizar para usos propios herramientas de la empresa, tanto dentro como fuera de los locales de trabajo, a no ser que se cuente con la oportuna autorización.

j) La disminución voluntaria y ocasional en el rendimiento de trabajo."

Siendo el artículo 101.c) el que tipifica como falta muy grave:

"El fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en el trabajo, gestión o actividad encomendados; el hurto y el robo, tanto a sus compañeros como a la empresa o a cualquier persona que se halle en el centro de trabajo o fuera del mismo, durante el desarrollo de su actividad laboral."

Y, en este caso, no aparece conducta alguna del trabajador que entrañe fraude, deslealtad o abuso de confianza, sino tan solo se ha probado que en cuatro días concretos ha accedido desde el ordenador de la empresa, cuyo uso está ciertamente limitado a fines profesionales, a páginas web no relacionadas con este uso, durante los tiempos que hemos referido, que, desde luego, no pueden considerarse como abusivos, porque el día 7 de febrero de 2022 las conexiones se producen dentro de un lapso de veintisiete minutos; el día 9 de febrero de 2022, de dieciocho minutos; el día 10 de febrero de 2022 en un intervalo superior a una hora, pero no se trata de conexiones continuadas ni consta la duración de las mismas. y el 11 de febrero de 2022, constan visitas a dichas páginas en dos intervalos, de 40 minutos aproximadamente cada uno, igualmente sin que conste su duración ni por tanto si pudieron permanecer abiertos mientras el demandante trabajaba.

Siendo esto así, la conducta acreditada se corresponde con la falta leve tipificada en el artículo 99.ñ) del convenio, ni siquiera llegaría a la grave contemplada en el artículo 100.i), porque no aparece que el actor llevara a efecto trabajo particular alguno y además esto, sin duda, supone una mayor dedicación que la acreditada.

La disminución voluntaria del rendimiento no se ha probado, ni resulta automáticamente de las visitas a las páginas web, porque, como hemos dicho, no consta el tiempo dedicado a las mismas, ni por tanto puede ser sancionado el actor por esta causa y, en todo caso, hemos de resaltar, que la empresa ha efectuado una monitorización de la actividad del actor a partir del 14 de enero de 2022, al menos hasta el día 11 de febrero de 2022 en que se detectan las últimas entradas, es decir prácticamente durante un mes, y tan solo se consignan en la carta de despido las visitas efectuadas a páginas web en cuatro días, por lo que no puede considerarse que se trate de una conducta diaria y significativa de un comportamiento abusivo.



Tampoco ha habido perjuicio para la empresa ni para los demás trabajadores, y en fin la actuación del actor es equivalente a cualquier tipo de distracción o ausencia del puesto de trabajo durante la jornada laboral, que se podría incardinar en la que tipifica también en el citado artículo 99, apartado c), como falta leve: *"El abandono del centro o del puesto de trabajo, sin causa o motivo justificado, aún por breve tiempo, siempre que dicho abandono no fuera perjudicial para el desarrollo de la actividad productiva de la empresa o causa de daños o accidentes a sus compañeros de trabajo, en que podrá ser considerada como grave o muy grave."*

Y, en cuanto a la desobediencia, hemos de estar a la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, por todas sentencias de 18-04-1991, según la cual para que una desobediencia en el trabajo sea susceptible de ser sancionada como despido, es necesario que se trate de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, sin que una simple desobediencia que no se traduzca en un perjuicio para la empresa pueda ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo, requiriendo también nuestro Alto Tribunal que se trate de una resistencia terminante, persistente y reiterada al cumplimiento de la orden, que quebrante manifiestamente lo establecido en los artículos 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores, lo que aquí no concurre, al no constar siquiera en la carta de despido, que, fuera del aviso, genérico y estandarizado, de prohibición de utilización del ordenador para fines particulares, al trabajador se le hubiera ordenado de forma expresa que no podía entrar en ninguna página web ajena al trabajo, y, menos aún que la presunta orden se le reiterase, por lo que no estamos aquí ante una desobediencia e indisciplina abierta y persistente por su parte.

Y lo que, en ningún caso puede apreciarse, es un abuso de confianza, porque para ello es necesaria una actuación oculta o engañosa del trabajador, no existiendo aquí una imputación compatible con incumplimientos de esta naturaleza.

OCTAVO.- Esta Sala, se ha pronunciado respecto de un supuesto similar al presente, en la sentencia de la sec. 1ª, de 18-05-2020, nº 438/2020, rec. 1365/2019, como sigue:

"OCTAVO.- A continuación, la iudex a quo señala: "(...) Estamos, por tanto, ante una trasgresión de la buena fe contractual al no haberse cumplido con las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, que no sólo consisten en cumplir con las tareas encomendadas sino también en cómo se deben cumplir las mismas, exigiéndose en el artículo 5 del ET que se efectúe de conformidad con las reglas de la buena fe y de la diligencia. La conducta de la demandante no sólo supone un incumplimiento de sus obligaciones sino que implica que su comportamiento quebranta la confianza de su empleador. Esta confianza, no admite graduación pues, o se tiene o no se tiene, y si la pérdida viene determinada por un incumplimiento grave, como es el que ahora nos ocupa la empresa está facultada para extinguir el contrato. (...) Son elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de graduar la gravedad de la conducta, la categoría y responsabilidad de tal forma que, dicha gravedad es directamente proporcional a la responsabilidad inherente al cargo. El actor tiene acceso prácticamente ilimitado a internet y ha usado el mismo contraviniendo lo dispuesto por la empresa y en contra de lo dispuesto en el convenio colectivo. El hecho de que haya páginas web que estén prohibidas, páginas con fines delictivos o que proyectan una imagen negativa de la empresa como pueden ser páginas de pornografía, no quiere decir que todas las demás estén permitidas. Lo que sucede es que los ordenadores de los trabajadores ni siquiera pueden entrar en dichas páginas".

NOVENO.- Insistimos, al demandante no se le imputa haber utilizado las herramientas tecnológicas facilitadas por la parte demandada para navegar por Internet accediendo a páginas de contenido peligroso para su seguridad informática o sensible desde una perspectiva social, ya que como dice el hecho probado noveno de la sentencia de instancia lo que realmente hizo fue conectarse a la web de varios diarios de información general o deportiva, así como entrar en YouTube, Facebook e Instagram. Se trata, pues, de una conducta que incuestionablemente entraña un abuso en la utilización material de la posibilidad de entrar en Internet de forma ordenada y moderada, más la problemática radica en dirimir si realmente es merecedora de calificarse, como hizo la empresa, de transgresora de la buena fe contractual y suficientemente grave como para justificar el despido disciplinario acordado el 5 de diciembre de 2.018, lo que la Magistrada de instancia acabó entendiendo así hasta el punto de calificar como procedente el mismo.

DECIMO.- Ya dijimos que la normativa interna sobre el uso del correo electrónico e Internet se refleja en los ordinales séptimo y octavo de la premisa histórica de la resolución combatida, cuyas previsiones, como expresa la Juzgadora a quo, constan, asimismo, en el artículo 15 del Convenio Colectivo del grupo de empresas Axa, publicado en el 'Boletín Oficial del Estado' de 10 de octubre de 2.017, precepto que reproduce en el segundo fundamento de su sentencia y dice así: *"Uso de las herramientas tecnológicas. En relación con la utilización de las herramientas de trabajo facilitadas por AXA, entre ellas, los sistemas y equipos informáticos y medios tecnológicos puestos a disposición del personal y para garantizar un uso adecuado de las mismas, se establecen las siguientes normas para su correcta utilización: Los trabajadores deberán hacer un uso adecuado y responsable de las herramientas puestas a su disposición. La utilización excepcional de las mismas para fines personales de carácter necesario y perentorio no supondrá incumplimiento laboral. Los sistemas y equipos*



informáticos de la empresa son de uso exclusivamente profesional. El acceso a Internet se encuentra limitado a quienes, por sus responsabilidades, precisen de su utilización por el tiempo necesario de consulta. En el uso de correo electrónico no será posible acceder a los e-mails de otros usuarios sin su autorización, enviar e-mails de contenido ofensivo o utilizar la cuenta de correo electrónico para fines distintos de aquéllos para lo que hayan sido asignados. AXA podrá realizar excepcionalmente, cuando existan indicios de uso ilícito o abusivo por parte de un trabajador, las comprobaciones oportunas y necesarias (entre ellas, controles periódicos o realización de auditorías), en la medida de lo posible en presencia del usuario afectado y contando con un representante legal de los trabajadores. Los sistemas de control utilizados por AXA, en la medida de lo posible, deberán ser acordados con la parte social y en todo caso ser conocidos previamente por ésta".

UNDECIMO.- Con todo, la expresada norma paccionada nada dispone en cuanto al régimen disciplinario aplicable al personal al servicio de las empresas -entre ellas, la demandada- incluidas en su ámbito de afectación, lo que se reserva para el Convenio Colectivo General Estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social a que antes nos referimos. Efectivamente, en atención a los mandatos del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, el 6 del Convenio Colectivo del grupo Axa prevé: "En lo no previsto, además de lo pactado en el presente Convenio Colectivo, serán de aplicación subsidiaria en la regulación de las relaciones laborales entre el personal afectado por este Convenio y AXA, las condiciones establecidas en el Convenio Colectivo General de Ámbito Estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, o el Convenio de igual rango que sustituya a éste a su expiración, cuando aquellas condiciones sean más beneficiosas para el trabajador o cuando recogiendo en el presente Convenio resulten una mejora al mismo, con la excepción de las cláusulas normativas incluidas en este", lo que, asimismo, se contiene en el artículo 7 de la norma pactada sectorial estatal de constante cita, a cuyo tenor: "1. En desarrollo de los artículos 83 y 84 del Estatuto de los Trabajadores, las partes firmantes del presente convenio coinciden en la necesidad de potenciar y dar valor al Convenio Colectivo Sectorial como fórmula de estabilidad, homogeneidad y herramienta competitiva que permita el establecimiento de unas condiciones laborales homogéneas acordes con las necesidades económicas y sociales en cada momento. Este Convenio será por tanto el marco mínimo de aplicación obligatoria para todas las empresas que no dispongan de convenio o acuerdo colectivo propio y respecto de aquellas materias que no han sido reservadas como prioritarias para el convenio de empresa según el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, o hayan sido remitidas por el propio Convenio Sectorial a la negociación para acuerdo, pacto o convenio en el ámbito de empresa. La complementariedad entre los distintos niveles de negociación debe ser lo suficientemente flexible como para adaptar en cada caso, la realidad de las empresas dentro del sector y responder así a las necesidades que se puedan dar en dicho ámbito. Siendo así, las organizaciones empresariales y sindicales firmantes del presente Convenio colectivo, se comprometen en la defensa del marco sectorial y a que los convenios o acuerdos colectivos de empresa respeten el mismo en la forma indicada, y sirvan como herramienta flexible y complementaria en las materias en las que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa. 2. Las partes que suscriben el presente Convenio adquieren el compromiso de no negociar convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior al estatal".

DUODECIMO.- Tan largo excurso expositivo nos lleva, por fin, a la cuestión nuclear que suscita el recurrente, esto es, la aplicación, o no, de lo que establecen los artículos 63 y 64 del aludido Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal. El primero de estos preceptos pactados sienta con un patente carácter programático y orientador: "1. Se considera falta toda acción u omisión que suponga una infracción o incumplimiento de deberes laborales derivados de lo establecido en el presente capítulo o de otras normas de trabajo vigentes, ya sean legales o contractuales. 2. Prevención: Se promoverán políticas de gestión y desarrollo de los recursos humanos que contribuyan a la generación de un adecuado clima social, previendo, en su caso, posibles procedimientos de ayuda en situaciones que requieran medidas de recuperación o rehabilitación. 3. Las faltas podrán ser sancionadas por la dirección de la empresa, sin perjuicio de la propuesta que pueda formular la representación legal de los trabajadores, de acuerdo con la graduación y procedimiento que se establecen en los artículos siguientes, respetando la legalidad vigente y los principios jurídicos que la conforman: Principio de legalidad y tipicidad: Exige con carácter general que las conductas ilícitas y las sanciones a imponer estén establecidas y determinadas en base a la Ley (artículo 58 E.T.). Principio 'non bis in ídem': Evitar que unos mismos hechos puedan ser sancionados más de una vez, sin que puedan imponerse sanciones que reduzcan vacaciones, descansos del trabajador o multa de haber. Principio de igualdad de trato y no discriminación (art. 14 C.E. y 17 E.T.). Principio de proporcionalidad y ecuanimidad: Equilibrio que debe existir entre la conducta infractora, sus consecuencias y la sanción que haya de imponerse y la exigencia de imparcialidad. Principio de audiencia previa en la forma que más adelante se regula, en armonía con lo previsto en el convenio 158 de O.I.T. Principio de protección jurisdiccional de los derechos: Las sanciones impuestas por la Empresa siempre podrán ser impugnadas por el trabajador ante la Jurisdicción competente conforme al procedimiento establecido en los artículos 114 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social".



DECIMOTERCERO.- Por su parte, el otro dispone en lo que aquí interesa: "Graduación de las faltas. Toda falta cometida por un trabajador se clasificará atendiendo a su importancia o trascendencia en leve, grave o muy grave. 1. (...) 2. Faltas graves. Todas aquellas que impliquen una conducta grave de negligencia o indisciplina, perjudiquen de modo cuantificable el proceso productivo y/o supongan infracción de leyes, reglamentaria o convencional; entre las que se han de considerar incluidas las siguientes: (...) ñ) El abuso en la utilización de los medios electrónicos o herramientas tecnológicas establecidas en la empresa. (...) 3. Faltas muy graves. Todas aquellas que impliquen conductas que perjudiquen con gran importancia cuantitativa el proceso productivo, y/o supongan infracción de leyes, reglamentos o convenios; entre las que se deberán considerar incluidas las siguientes: (...) n) La utilización fraudulenta de los medios electrónicos o herramientas tecnológicas establecidas en la empresa (...)" (los énfasis son nuestros).

DECIMOCUARTO.- Dicho esto, es claro que la razón acompaña a quien hoy recurre en este punto en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad que rigen en materia sancionadora, y que, por cierto, preconiza el primero de los preceptos convencionales que acabamos de reproducir. La conducta que describe el ordinal noveno de la versión judicial de los hechos tiene pleno encaje en la infracción laboral de carácter grave a que hace méritos el transcrito artículo 64 ñ) de dicho Convenio Colectivo sectorial estatal, pues la misma entraña una utilización abusiva de las herramientas tecnológicas que la empresa puso a disposición del actor, sin que, empero, ninguna razón avale que quepa hablar de un uso fraudulento de las mismas. Como la propia Juez a quo argumenta: "(...) Las visitas a YouTube son diarias y el ancho de banda consumido, como ya se ha visto en la prueba pericial, elevado. No es una conducta puntual, es una conducta diaria y abusiva de los instrumentos entregados por la empresa que, además, denotan que no estaba trabajando durante su jornada". En otras palabras, se trata de un problema cuantitativo, que no cualitativo, de uso exagerado de Internet debido al tiempo que el trabajador empleó durante su jornada laboral en navegar por diferentes páginas por razones ajenas a su prestación laboral de servicios, más esto constituye un innegable abuso en el manejo de una herramienta informática cuya utilización estaba reservada para atender los menesteres profesionales que tenía encomendados, pero mal cabe catalogar su actuación, cual aparece descrita, como una conducta dirigida deliberadamente a perjudicar mediante un uso fraudulento o engañoso de esos instrumentos los intereses comerciales o productivos de su empleador. Incurrió, sin duda, en una infracción de sus obligaciones contractuales, mas no hasta el punto de poder conceptuar su forma de proceder como una utilización de las herramientas tecnológicas puestas a su disposición por la empresa que estuviera presidida por un propósito fraudulento. Una cosa es abusar del tiempo de uso de Internet para fines distintos de los que son propios de su quehacer profesional, sin perjuicio de que no conste acreditado que su rendimiento en el trabajo hubiese sido inferior al exigido, y otra, bien dispar, que desde una perspectiva cualitativa su actuar sea susceptible de enmarcarse en una conducta guiada por la intención de menoscabar la posición en el mercado de la demandada, o bien, la reputación de ésta.

DECIMOQUINTO.- En resumen, si los negociadores de la norma paccionada de referencia, por el motivo que fuera, decidieron encuadrar la utilización abusiva de las herramientas tecnológicas procuradas por la empresa como una falta laboral grave, los principios de legalidad y tipicidad, al igual que la especialidad de la tipificación expuesta, obligan a estar a lo que los mismos acordaron. Como proclama la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2.010 (recurso nº 2.643/09), dictada en función unificadora: "(...) La Sala entiende, por lo expuesto, que también cuando se trata de supuestos de 'La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo' articulados como motivo de despido disciplinario no basta con la mera existencia de la transgresión o del abuso para declarar la procedencia del despido, son que, como en los demás supuestos de incumplimientos contractuales, es igualmente necesario que pueda calificarse como un 'incumplimiento grave y culpable del trabajador', por lo que, como regla, pueden ponderarse las circunstancias concurrentes para agravar o para atenuar la conducta del trabajador, las que tendrán mayor o menor incidencia en la referida calificación atendida la gravedad objetiva de la conducta constitutiva del incumplimiento".

DECIMOSEXTO.- Téngase en cuenta que según las sentencias de la misma Sala del Alto Tribunal de 13 de noviembre de 1.987, y 7 de junio y 11 de julio de 1.988, entre otras, el enjuiciamiento de la sanción de despido requiere: "(...) valorar las especiales circunstancias que concurren en cada supuesto, llevando a cabo una tarea individualizadora a fin de determinar dentro del cuadro sancionatorio correspondiente, si en virtud de los datos objetivos y subjetivos concurrentes, conducta observada, antigüedad, puesto desempeñado, naturaleza de la infracción, etc., y entre ellos el recíproco comportamiento de los intervinientes, procede o no acordar la sanción de despido, que es la última por su trascendencia y gravedad de entre todas las que pueden imponerse en el mundo del trabajo y que para cumplir los más elementales principios de Justicia han de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado, la sanción y el comportamiento del asalariado, con objeto de buscar en su conjunto la auténtica realidad que de ella nace".

DECIMOSEPTIMO.- Por tanto, si en atención a la norma convencional aplicable la tipificación que procede hacer de la conducta del recurrente es la de infracción laboral de carácter grave, el motivo tiene necesariamente que



ser acogido, sin perjuicio de la posibilidad prevista en el artículo 108.1 de la Ley 36/2.011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social . En suma, el despido disciplinario del demandante ha de declararse improcedente con los efectos legales que ello conlleva."

Doctrina que reiteramos concluyendo que la conducta del actor que ha quedado acreditada no es constitutiva de falta muy grave por tener una tipificación convencional como falta leve, debiendo resaltarse que se trata de un trabajador con casi veinticuatro años de antigüedad, que no consta hubiera sido advertido por la empresa de que su conducta podía tener la grave consideración y trascendencia que le ha dado, ni requerido para que cesara en ella, no habiendo ocasionado tampoco ningún perjuicio, por lo que, aunque a meros efectos dialécticos, se pudiera tipificar con mayor gravedad, en todo caso habría de observarse lo dispuesto en el artículo 102.2 de la norma convencional:

"2. Para la aplicación y graduación de las sanciones que anteceden en el punto 1, se tendrá en cuenta:

- a) El mayor o menor grado de responsabilidad del que comete la falta.*
- b) La categoría profesional del mismo.*
- c) La repercusión del hecho en los demás trabajadores y en la empresa."*

por todo lo cual el despido en ningún caso puede declararse procedente siendo, por tanto, improcedente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de que pueda la empresa, conforme a lo establecido en el artículo 108.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta leve en la que ha incurrido el trabajador, en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a la firmeza de esta sentencia, previa readmisión del mismo y siempre que ésta se hubiera efectuado en debida forma.

NOVENO.- El artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores determina, para los supuestos de despido improcedente, los siguientes efectos:

- a) Treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades.

Si bien ha de tenerse en cuenta lo establecido por la Disposición transitoria undécima del Estatuto de los Trabajadores, conforme a la cual dicha indemnización, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012, y la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Así en el presente caso corresponden las indemnizaciones siguientes, siendo el salario diario de 44,69 euros incluida la prorrata de pagas extraordinarias anuales y el tiempo de servicio:

* desde el 19 de mayo de 1998 hasta el 12 de febrero de 2012, 13 años y 9 meses, a razón de 45 días por año: 618,75 días

* desde el 12 de febrero de 2012 hasta el 23 de febrero de 2022, 10 años y un mes, a razón de 33 días por año: 363 días

Al exceder del tope máximo hemos de establecer una indemnización de 720 días que, multiplicados por 44,69 euros, dan un total de 32.176,80 euros

La opción por esta indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

- b) En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.



VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos en parte el recurso de suplicación número 1451/2022 formalizado por el letrado DON JUAN ARMANDO MONGE GÓMEZ, en nombre y representación de DON Isaac, contra la sentencia número 332/2022 de fecha 19 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de los de Madrid, en sus autos número 339/2022, seguidos a instancia del recurrente frente a ALZA OBRAS Y SERVICIOS, S.L., siendo parte el MINISTERIO FISCAL por despido y tutela de derechos fundamentales, y en consecuencia revocamos la misma y declaramos el despido del trabajador improcedente, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre el abono de una indemnización cifrada en TREINTA Y DOS MIL CIENTO SETENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (32.176,80 euros) o por la readmisión y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que el trabajador haya encontrado otro empleo, si tal colocación es anterior a la misma y se prueba por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, en el presente caso a razón de 44,69 euros diarios, así como a mantenerle en alta en Seguridad Social durante el mismo período, quedando autorizada la empresa a imponer al actor una sanción por falta leve, en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a la firmeza de esta sentencia, previa readmisión del mismo y siempre que ésta se hubiera efectuado en debida forma. SIN COSTAS.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-1451-22 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827- 0000-00-1451-22.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.