

## **Trabajador despedido por intercambiar archivos de contenido humorístico y pornográfico con los compañeros de trabajo. Comentario a la STSJ Cataluña (procedimiento nº 122/2006).**

**Dr. Daniel Martínez Fons.**  
Universitat Pompeu Fabra.

### **1. Hechos**

A partir del análisis del correo electrónico de un trabajador despedido se descubre que otro trabajador de la empresa – J.S. - había utilizado la cuenta correo que le asignó la empresa con finalidades distintas de los cometidos laborales que tenía asignados. A resultas de este descubrimiento casual la empresa continuó las indagaciones en el ordenador que tenía asignado J.S. en la empresa. Así, el director del departamento de sistemas de información de la empresa procedió al examen del contenido del disco duro en presencia del director de recursos humanos y de otro trabajador de la empresa. Si bien la dirección de la empresa solicitó la presencia de la representación legal de los trabajadores, éstos declinaron su asistencia al registro del ordenador alegando que los ordenadores habían sido manipulados con anterioridad por la dirección de la empresa.

Fruto de la investigación se comprobó que el referido trabajador había enviado multitud de correos electrónicos con finalidades extralaborales – unos 70 en 4 meses - (de carácter humorístico y pornográfico), así como numerosos archivos informáticos que contenían fotos, videos, música que le habían sido enviados por correo electrónicos o que había descargado de Internet. Asimismo se comprobó que desde el ordenador se había producido la conexión a páginas web que nada tenían que ver con el contenido de la prestación laboral.

Como consecuencia de dichas revelaciones la empresa decidió despedir el trabajador por el reiterado uso indebido en tiempo de trabajo de los dispositivos informáticos y medios de comunicación electrónica de la empresa.

Merecen destacarse algunos elementos fácticos contextuales relevantes a efectos de valorar la situación. En primer término, es importante reseñar que para el acceso a los ordenadores de los trabajadores debía introducirse una contraseña genérica, que era el primer apellido de los trabajadores, siendo su identificador de correo el compuesto por el nombre y apellido. Una vez arrancado, el equipo no disponía de salvapantallas lo cual permitía su utilización sin necesidad de identificador ni contraseña.

En segundo lugar, en diciembre del año 2000 la empresa remitió a todos los trabajadores un comunicado en la que se indicaban pautas de comportamiento en relación con el uso de correo electrónico e Internet. En concreto, se apelaba a “la responsabilidad del personal usuario para que utilice, tanto los teléfonos como el acceso a Internet, durante el tiempo necesario para el cumplimiento correcto de la misión encomendada y en temas relacionados con la función que desarrolla en su puesto de trabajo”. Asimismo, se añadía: “la empresa dispone de medios adecuados para valorar objetivamente el uso correcto de las comunicaciones”.

Pocos días antes del despido de J.S., la empresa remitió a todos los trabajadores un nuevo comunicado en el que se recordaba que los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores de la empresa eran propiedad de la misma. Además se añadía que el uso que se hiciese de dichos dispositivos debía ser estrictamente profesional, en especial en lo que se

refería a la mensajería electrónica y a Internet. Por último se recordaba que “el tiempo empleado en la utilización de los medios indicados para uso no profesional implica el incumplimiento de la prestación” con advertencia de que cualquier infracción de la misma sería considerada “falta muy grave y sancionada con la máxima dureza permitida por el ordenamiento jurídico”.

La empresa, con anterioridad al despido, no había sancionado nunca a ningún trabajador por la utilización de la cuenta de correo electrónico facilitada por la empresa ni por el inadecuado uso de la conexión a Internet. A raíz del despido de J.S. fueron sancionados otros once trabajadores de la empresa por uso inadecuado de las herramientas de trabajo.

El magistrado de instancia declaró la improcedencia del despido, puesto que ni podían darse por acreditados los hechos imputados a la empresa ni tampoco resultaba probada la gravedad de la conducta del trabajador. A estos efectos, el juzgador indicó que: 1) las pruebas presentadas por la empresa se obtuvieron vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE), dado que en el registro de la computadora del trabajador no se observaron las debidas garantías; 2) resultaba imposible imputar la conducta al trabajador, dada la facilidad de acceso al ordenador del trabajador por parte de terceras personas; c) no se había probado la intensidad en la utilización del trabajador de Internet para fines particulares.

La empresa presentó recurso de suplicación por infracción en la aplicación de los artículos 4.2.e), 18 y 20 TRLET y 18 CE, solicitando que se revisase la posición del magistrado de instancia sobre la obtención de la prueba.

## **2. Fundamentos Jurídicos**

Los hechos que dan pie a la Sentencia ahora comentada permiten ejemplificar dos de las principales cuestiones que están acompañando la rápida introducción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la empresa: el uso de las tecnologías extendidas socialmente como vehículo de comunicación por parte de los trabajadores y el correspondiente control de las mismas en la empresa. O lo que es lo mismo, la tensión entre la propiedad de los medios informáticos, el control de su uso, y las garantías de privacidad de los trabajadores que las emplean.

Así, el Tribunal debe abordar, en primer lugar, si la prueba obtenida infringe o no los preceptos constitucionales. La cuestión conduce necesariamente, como se habrá advertido ya, a reflexionar acerca de las competencias empresariales de acceso al contenido del ordenador de los trabajadores, en general, y de los archivos vinculados al correo electrónico, en particular.

Junto con ello, en la medida en que las nuevas tecnologías de la información y comunicación no son solamente instrumentos de producción, sino también elementos de comunicación entre personas, se presenta la cuestión de la existencia o no de un eventual derecho de los trabajadores a un uso extraproductivo de los referidos instrumentos.

Empezando por la primera de las cuestiones planteadas, inicialmente debe advertirse que resulta difícil establecer reglas generales válidas para todos los supuestos, dada la variedad de situaciones ante las que nos podemos encontrar. No es lo mismo que en la empresa exista una separación de cuentas correo – laboral i personal – que solamente se provea de una única

cuenta de correo. Tampoco puede situarse en el mismo plano el conocimiento accidental del contenido de un correo electrónico con el control y análisis sistemático del uso de la mensajería electrónica en la empresa, bien sea a través de “auditorias” del disco duro o servidor de la empresa, bien sea a través de la instalación de programas que permitan un control directo de todos los correos emitidos por el trabajador. Quiere decirse con ello que la solución .Hecha esta advertencia inicial, los elementos básicos que vertebran la doctrina contenida en la Sentencia y que deberían tomarse en consideración en la solución de la cuestión son los siguientes.

De entrada es preciso recordar, tal y como señala la Sentencia ahora comentada, que el correo electrónico presenta dos niveles distintos: por un lado, los elementos que constan en la “bandeja de entrada” del programa de mensajería electrónica, esto es, el remitente, la fecha y hora y el “asunto”; y, por otro, el contenido del correo electrónico (texto y archivos adjuntos). Así pues, los programas de gestión de correo electrónico permiten el conocimiento de los elementos básicos de los correos electrónicos emitidos y recibidos. En opinión del Tribunal el conocimiento por parte del empresario de estos elementos contextuales no difiere de otros medios de comunicación tradicionales, dado que también puede conocerse el remitente de las cartas remitidas a un trabajador a su dirección laboral o el tiempo y números de teléfono contenidos en la factura telefónica. Así pues, prima facie, el conocimiento de este primer nivel de información formal no puede ser considerado ilegítimo, dado que los elementos de los que se tiene conocimiento son, más o menos, públicos.

Sentado lo anterior, la Sentencia aborda el quid de la cuestión, la capacidad empresarial de controlar el contenido de los correos electrónicos personales de los trabajadores, o lo que es lo mismo, la capacidad empresarial de acceder a los mensajes electrónicos y su posible colisión con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 CE.

En opinión del Tribunal, en primer lugar, debe desecharse que la propiedad de los medios informáticos excluye que pueda extenderse el artículo 18.3 CE a los mensajes registrados en los soportes informáticos de titularidad empresarial. Como recuerda la Sentencia, acudiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, el artículo 18.3 CE ampara el secreto a las comunicaciones entre las personas tanto en el momento de la transmisión como en el de su posterior registro o almacenamiento.

En segundo lugar, el empresario, como regla general, no podrá acceder al contenido de los correos electrónicos personales, en los que existe un ámbito de privacidad. Si así lo hiciera, al margen de las eventuales consecuencias penales, la prueba obtenida debería ser rechazada por atentar a un derecho fundamental. Igualmente, el Tribunal señala que, en línea de principio, tampoco resulta posible que el empresario acuda a la monitorización del ordenador del trabajador con la finalidad de conocer el contenido de los correos electrónicos de carácter personal.

Ahora bien, admite que la regla general, puede excepcionarse en determinados supuestos. Efectivamente, la sentencia, trasladando al ordenamiento español los trabajos sobre la materia en el seno de la Unión Europea (), concluye que cabe el control empresarial del contenido del correo electrónico personal cuando: 1) exista una causa legítima, suficiente y explícita; 2) el control del correo electrónico sea indispensable atendiendo a un patrón de riesgo, esto es, resulta imprescindible para asegurar la finalidad perseguida; 3) el sacrificio del derecho

fundamental sea el mínimo indispensable; y 4) el control se realice en presencia del trabajador afectado y sus representantes.

A la vista de lo antedicho, resultaba evidente que en el caso enjuiciado no concurrían las circunstancias que, excepcionalmente, permitieran limitar la aplicación del secreto de las comunicaciones en la relación de trabajo. La única finalidad que aportaba la empresa no era la velar por su interés patrimonial o de cumplimiento de la prestación laboral, sino únicamente comprobar si los trabajadores habían seguido sus instrucciones relativas al uso de los medios informáticos con fines particulares. Finalidad que podía verse satisfecha de manera eficaz con la mera revisión de los datos contemplados en los datos formales de los mensajes enviados y recibidos. Consiguientemente, tal y como señala el Tribunal “el acceso al contenido de los correos electrónicos enviados o recibidos por el trabajador solamente hubiera resultado admisible de acreditarse causas suficientemente justificadas – que no concurrían – y con las garantías antes expresadas, cosa que tampoco concurre”.

No obstante lo antedicho, el Tribunal solamente admite la nulidad parcial de las pruebas. La anulación en relación con el contenido de los contenidos no niega validez respecto de los incumplimientos contractuales del trabajador en relación con las órdenes dadas por la empresa. En concreto, indica la Sentencia que “el hecho de que la prueba relativa al contenido sea anulada en nada impide la reflexión en relación con el hecho de que el intercambio de correos no autorizado y por motivos extraproductivos constituye una actuación susceptible de validar la extinción unilateral por parte del empleador ex art. 54 TRLET”, puesto que el contenido era irrelevante a efectos de la conducta sancionable, el uso indebido del material informático de la empresa.

Por lo que se refiere al uso extraproductivo por parte de los trabajadores de las nuevas tecnologías como causa de despido, el Tribunal ofrece reflexiones de gran interés. Así, si bien afirma que no existe un derecho de los trabajadores a dicho uso, recoge la necesidad de reinterpretar la relación entre medio de producción y trabajador en el entorno tecnológico. En este sentido, se señala expresamente que “la sociedad de la información no puede compartimentarse – sería una contradicción en sus propios términos –, de tal manera que la comunicación laboral tenga un horario de trabajo específico y la personal, otro de diferenciado. Por no decir que, en muchos casos, el empresario puede ser el principal beneficiado de un uso personal en horario de trabajo de los medios informáticos de la empresa (piénsese, por ejemplo, en la gestión telemática de los trámites susceptibles de constituir un supuesto de permiso para asuntos personales). I viceversa, el empresario puede ser el beneficiario del uso de las nuevas tecnologías desde el domicilio del trabajador y fuera del tiempo de trabajo”. En este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, a propósito del uso del correo para finalidades sindicales, acepta el uso extraproductivo de los medios informáticos cuando concurren notas específicas: la no afectación a la actividad normal de la empresa o que no le comporte un coste económico.

Así pues, la evaluación de la conducta del trabajador debe superar el juicio de causalidad y proporcionalidad, necesario para proceder al despido, a la vista de las consideraciones antedichas. En el presente caso no consta que la emisión y recepción de correos electrónicos personales ni la navegación a través de Internet hubieran afectado negativamente al rendimiento del trabajador ni representado un gasto económico de la empresa. En consecuencia, no puede hablarse en este caso de una conducta contraria a la buena fe en la relación de trabajo. La conducta, en definitiva, no reúne la nota de gravedad suficiente para justificar el despido del trabajador.

### 3. Valoración

Como es sobradamente conocido, el creciente número de controversias derivadas del uso extraproductivo de los medios informáticos de la empresa ha generado un virulento debate tanto doctrinal como judicial sobre la capacidad de control del empresario sobre el contenido de las comunicaciones. En algunos casos se considera que, dada la propiedad empresarial de los medios de comunicación, debe excluirse que el empresario pueda ser considerado como un tercero ajeno al acto de comunicación y que, por tanto, pueda hablarse de vulneración del secreto de las comunicaciones (vid., entre otras, STSJ Andalucía de 9 de mayo de 2003 (AS 2840/2003). Por el contrario, en otros supuestos se entiende que en el control del contenido del correo electrónico está en juego el derecho a la intimidad, en cuyo caso dicha facultad empresarial se sujeta a las reglas generales contempladas en el artículo 20.3 TRET (STSJ Comunidad Valenciana de 22 de diciembre de 2005 (JUR 2006/135646).

En nuestra opinión, la sentencia ahora comentada sitúa la cuestión en sus justos términos: el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) y las facultades de control empresarial. El acceso al contenido de los mensajes electrónicos tiene un ámbito objetivo concordante con el artículo 18.3 CE, pues lo que éste protege es la comunicación y el mensaje como garantía formal. Así pues, el acceso al correo electrónico personal del trabajador estará tutelado por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En consecuencia está vetado el acceso a los mensajes electrónicos, más allá de los que puedan considerarse públicos (el asunto, la hora, el remitente).

Igualmente coincidimos con la Sentencia comentada que es dable pensar que ese ámbito de privacidad puede tener algún límite en la relación de trabajo. Así, es razonable concluir que el empresario puede acceder al contenido de los correos electrónicos de carácter personal cuando se satisfagan los principios de finalidad, proporcionalidad y transparencia. En cuanto a la finalidad, deberá concretarse en aspectos que van más allá del mero uso inadecuado del correo electrónico (por ejemplo, la prevención de hechos ilícitos, la protección de intereses económicos, comerciales o financieros de la empresa, la seguridad del sistema informático). En cuanto a la proporcionalidad, deberá garantizarse que la ingerencia es la mínima posible. Por último, la transparencia exige que los actos de control cuenten con las garantías suficientes, esto es, que se realicen en presencia del trabajador afectado y de sus representantes.

Por lo que se refiere a la existencia o no de un derecho del trabajador a usar con finalidades personales los medios de comunicación de la empresa coincidimos con el planteamiento realizado por el Tribunal. Si bien resulta difícil fundamentar la existencia de un derecho individual al uso de las tecnologías de la información y comunicación en la empresa, no puede esconderse que la realidad social que acompaña a las nuevas tecnologías de la información y comunicación exige aplicar las reglas sobre uso de conformidad con el criterio hermenéutico contemplado en el artículo 3.1 CC. A los efectos que ahora interesan, ello exige aplicar la teoría gradualista ante la utilización de los medios informáticos de la empresa. En otras palabras, existe un cierto ámbito de posible utilización de los medios informáticos para finalidades personales que deberá analizarse a la luz del principio de buena fe contractual y del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Sentados los referidos principios, es claro que en cada caso concreto deberá procederse a una ponderación ad casum. Tal y como señala certeramente la doctrina (FALGUERA BARÓ,

M.A.: “Criterios doctrinales en relación con el uso por el trabajador de los medios informáticos empresariales para fines extraproductivos” en AA.VV.: *Derecho Social y nuevas tecnologías*, Madrid, 2005, pp. 304 y ss) no existen soluciones ecuménicas aplicables a todos los supuestos; al contrario deberá diferenciarse en cada caso las circunstancias concurrentes. Así, deberán tenerse en cuenta si el trabajador es emisor o receptor, los costes de la comunicación extraproductiva, el impacto de dicho uso en relación con la prestación del trabajador y con el proceso productivo y, en fin, la existencia de un marco contractual o normativo sobre la materia en el seno de la empresa.

Por último queda pendiente una cuestión que no se plantea directamente en el recurso, aunque aparece estrechamente vinculada al uso de los medios informáticos, y que no es otro que el alcance de las facultades de control sobre el espacio virtual del disco duro o del servidor de la empresa (archivos, conexiones a Internet, etc.). La doctrina de suplicación tampoco es pacífica en esta materia. Mientras que desde algunas posiciones se sostiene que la fiscalización del contenido de la herramienta no afecta la privacidad del trabajador (vid., a modo de ejemplo, STSJ Castilla y León de 19 de noviembre de 2004 (AS 2004/3110); en otros casos se aplica analógicamente el artículo 18 TRLET, asimilando el registro del ordenador a las taquillas o efectos personales del trabajador (vid., en este sentido, STSJ Cataluña de 21 de septiembre de 2004 (AS 2880/2004). Para los que defienden la primera de las posturas señaladas, es la propiedad del medio de producción aquello que excluye *ab initio* la existencia de espacios de privacidad del trabajador en el ordenador. Por su parte, los que sostienen la aplicación analógica del precepto estatutario entienden que, a pesar de que no exista una similitud entre taquillas y ordenador, en éste siempre existirá un espacio reservado de intimidad para el trabajador.

Seguramente la respuesta debería ser matizada. Somos de la opinión que únicamente en los supuestos en los que concurren circunstancias que permitan pensar en la existencia de una expectativa de intimidad se deberá proceder a la revisión de los archivos del ordenador siguiendo las previsiones legales que regulan los registros sobre la persona, efectos personales y taquillas del trabajador. No obstante, de la inaplicación de las garantías del art. 18 TRLET a los registros sobre el espacio virtual del ordenador no se puede inferir que la actividad de control empresarial sea absolutamente discrecional. En este sentido, debe recordarse que dicha actividad de registro se hallará sujeta a las prescripciones generales contenidas en el art. 20.3 TRLET. En particular, deberá procederse de manera transparente al registro del control, esto es, con el conocimiento previo del trabajador. Junto con ello es igualmente relevante tener en cuenta que la actividad de control quedará limitada por su propia finalidad. En otras palabras, en la medida en que el objeto de la actividad de registro no es otra que conocer el uso que se hace del ordenador dispuesto por la empresa, la satisfacción del interés empresarial se produce desde el momento en que puede constatarse el uso ilícito de los medios de producción.

Consiguientemente, el acceso a todos los archivos que, bien en razón del título que los identifica bien por su ubicación en “carpetas” o directorios que por nombre permitan suponer que se trata de ficheros ajenos a la actividad laboral - y, por lo tanto, de carácter personal - quedará vedado al acceso empresarial. Y ello porque no puede decirse que, con carácter general, exista un interés que justifique dicho el conocimiento de los archivos señalados como personales por el trabajador. En definitiva, bastará con que se identifiquen la existencia de ficheros cuyo contenido es ajeno al cumplimiento de la prestación para entender satisfecho el interés empresarial.

© Daniel Martínez Fons  
© IUSLabor 3/2006  
ISSN: 1699-2938