

## El control del uso del ordenador con finalidades extraproductivas. Comentario de la STSJ Cantabria de 20 de febrero de 2004 (AS 443).

Dr. Daniel Martínez Fons, Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

### I. Hechos.

El trabajador prestaba servicios de auxiliar administrativo en una de las delegaciones de la empresa, realizando también servicios en los ámbitos de inmobiliaria y correduría de seguros. La plantilla del centro de trabajo estaba compuesta por el demandante, otra trabajadora que fue objeto de despido de igual fecha declarado nulo por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Santander de fecha 18-11-03, y una tercera empleada Economista que se desplazaba al centro una o dos veces por semana. El centro de trabajo dispone de un servicio informático con PC de uso personal pero no exclusivo (no existen claves de acceso personal e intransferible), conectados con un servidor central que proporciona programas de uso general en la empresa, entre otros el dispuesto para la realización de la declaración de IRPF, desde hace aproximadamente unos 4 años, respecto del que el trabajador despedido no fue instruido en su manejo. Este programa emite una factura en todo caso. Puesto que los clientes de la entidad demandada se califican en abonados y no abonados, aquellos al pagar cuota periódica, la factura correspondiente se rellena a los meros efectos de control con la cantidad simbólica de 0,01 €. El resto de declaraciones de la renta realizadas de no abonados, se denominan "actos sueltos" y emite la factura correspondiente. La economista realizaba habitualmente las declaraciones de la renta de las personas físicas o jurídicas que entraban más dificultad y encomendaba al actor y su compañera la realización de las más sencillas, siendo las realizadas por el demandante algo excepcional.

El día 8 de agosto de 2003 el director técnico y gerente de la empresa contratada por la empleadora para la realización de los servicios de informática y mantenimiento, acompañados por el Administrador de la empleadora, procedieron a realizar una copia completa del contenido de los dos ordenadores situados en las oficinas del centro de trabajo donde prestaba servicios el trabajador. En dicho centro se encontraba otro trabajador que no permanecía atento a la copia que se grababa. En el ordenador utilizado habitualmente por el trabajador, se obtuvo una copia de la que se obtiene que contiene declaraciones de IRPF de diversas personas – casi todas parientes o amigos del trabajador - , así como una película Tipo X de dos horas aproximadas de duración, grabaciones de música y otros programas para visionar y reproducir vídeo.

En fecha de 12 de agosto de 2003, la empresa notificó al trabajador la carta de despido, con efectos desde la misma fecha, por "realizar declaraciones de la renta a través del programa PADRE que no han sido fiscalizadas a través del servidor de la empresa pero que quedaron gravadas en su ordenador personal no cobradas por la empresa, apropiándose de su importe, clientes que relaciona, así como por la existencia en su ordenador de películas, una de ellas de tipo X, con una duración de dos horas aproximadamente, grabaciones de música, programas para visionar y copiar vídeos".

La sentencia de instancia declara que de los hechos que se imputan al trabajador: a) quedó probado que grabó la película en su domicilio llevando la copia al trabajo fuera de la jornada, b) no resultó probado que realizase las declaraciones de renta en el trabajo o en tiempo de trabajo, respondiendo su realización a relación de parentesco o amistad y c) no resultó acreditado que se cobrase retribución alguna por las declaraciones de renta efectuadas. A la vista de lo anterior, el Juzgado de lo Social entiende que las conductas descritas no podían incardinarse en el artículo 54.2.d ET como causa de despido, puesto que la presunta transgresión de la buena fe contractual imputadas al trabajador exige la ponderación de todos los aspectos objetivos y subjetivos, así como los antecedentes y las circunstancias coetáneas. En consecuencia, el juzgador procedió a calificar el despido de improcedente. La empresa presenta recurso de suplicación contra dicha Sentencia.

### II. Fundamentos jurídicos.

El motivo de censura esencial sobre el que se construye el recurso de suplicación versa sobre si procede o no la aplicación del art. 18 ET al registro del ordenador que empleaba el trabajador. Sostiene la empresa que la copia del disco duro del ordenador que usaba el trabajador despedido propiedad de la empresa no puede llevar a la aplicación del artículo 18 del ET, a excepción de lo relativo al correo electrónico, no existiendo en el mismo, al no contar con conexión a Internet, porque no es una taquilla, no conlleva registro de la persona del trabajador y tampoco supone un registro de efectos particulares del trabajador.

Arranca el razonamiento del TSJ recordando que el derecho del empresario a controlar la actividad del trabajador no es absoluto, sino que las medidas de vigilancia y control, en este acaso para verificar si el trabajador cumplió con sus obligaciones o la infracción, hasta el punto de justificar una decisión extintiva, deben efectuarse teniendo en consideración el respeto a la dignidad del trabajador. En este sentido, se indica que la actividad de control empresarial se encuentra limitada por el derecho a la dignidad del trabajador (art. 10 CE), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art.18 CE). Tal y como adecuadamente señala el Tribunal, una de las manifestaciones del principio de dignidad del trabajador es el artículo 18 ET que garantiza la inviolabilidad de la persona del trabajador, al disponer que los registros sobre su persona, en taquillas o efectos personales, sólo son admisibles si: son necesarios para la protección de la empresas y/o del resto de los trabajadores, se realizan dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo y en el transcurso del registro se respeta la dignidad y la intimidad del registrado. También ha de contarse con la asistencia de un representante legal de los trabajadores (delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical) o en su ausencia, de otro trabajador, siempre que ello fuera posible. Por consiguiente, no cabe duda de que el ejercicio de la facultad empresarial de exigir en todo momento el correcto cumplimiento de los deberes laborales impuestos al trabajador y de organizar los mecanismos que permitan, en su caso, la ulterior y justificada actuación de la actividad sancionadora ha de producirse lógicamente, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como así lo exigen, ya de forma específica, los artículos 4.2.e) 18 y 20 ET.

Es evidente que el ordenador es una herramienta de trabajo, y que como tal, su uso inadecuado puede ser calificado de incumplimiento grave y culpable. Ahora bien, de conformidad con lo antedicho, afirma el Tribunal que el registro informático que no suponga intromisión en los contenidos privados sino exclusivamente en aspectos cuantitativos que indaguen el tipo de aplicaciones utilizadas, tipo de páginas web consultadas, cantidad de correos enviados, es decir, que tratan de averiguar la irregularidad del trabajador en el cumplimiento de su obligación contractual, puede ser admitido en nuestro Derecho si cumple las demás condiciones de adecuación legal y constitucional. En otras palabras, la utilización de computadores, herramientas de trabajo para el manejo de la información puede ser objeto de vigilancia y control empresarial, art. 20.3 ET. Llegados a este punto, y ello es realmente relevante, indica la Sentencia que el respeto a la intimidad exige al menos adoptar las cautelas previstas en el art. 18 ET haciendo extensiva la tutela de la intimidad del trabajador. Así pues, concluye el Tribunal que a pesar de que "*no sean identificables perfectamente las taquillas y los ordenadores, deben seguirse las prescripciones del artículo 18 ET en los registros que se realicen en los ordenadores que, como en el caso presente, utilizan los trabajadores aunque no sean de su propiedad*".

Es claro que en el supuesto enjuiciado en la Sentencia anotada las condiciones legales previstas en el art. 18.3 CE se han omitido. En este sentido, si bien se contó con la presencia de otro compañero, no estaba atento ni consta se le hizo saber su cometido, o en su caso se propiciara la presencia de un representante de los trabajadores. Así pues, el TSJ se enfrenta a la cuestión de establecer los efectos que significa el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en el art. 18 ET para los registros. En opinión del TSJ, la inobservancia de las condiciones legalmente establecidas "*justifica la nulidad de las pruebas obtenidas de esa forma indebida y tal declaración de conformidad con el artículo 11.1 LOPJ, cuando señala que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales, y del artículo 90.1 del Texto Refundido de la LPL*".

### III. Comentario.

Ciertamente la materia que aborda la STSJ Cantabria de 20 de febrero de 2004 es de plena actualidad debido, por una parte, a la introducción rápida y masiva de las nuevas tecnología en las empresas, y el correlativo impacto que en la sociedad ha tenido el fenómeno de las nuevas tecnologías; y, por otra, a la dificultad de articular criterios jurídicos sólidos acerca de su uso y control en la empresa.

Sin lugar a dudas la primera de las cuestiones que deberá afrontarse, y que se halla en el trasfondo del debate del control de las tecnologías en la empresa, es la referida al uso social de las nuevas tecnologías en el seno de la empresa. Esto es, si procede o no reconocer a los trabajadores el derecho de uso de las nuevas tecnologías de la empresa con finalidades personales. Sobre las visiones distintas de cuál deba ser la extensión de la vida personal en el ámbito de la relación de trabajo, se ha afirmado o negado el derecho de los trabajadores a emplear las nuevas tecnologías de la empresa. Seguramente en el debate también deberá tomarse en consideración los efectos de las nuevas tecnologías tanto en los cambios en el sistema productivo, como en las mutaciones sociales que implican. En este sentido, un sector cualificado de la doctrina (Falguera Baró), aboga acertadamente por un nuevo pacto social en el que la flexibilidad que implican las nuevas tecnologías, signifiquen, como contrapartida, el reconocimiento de un derecho de uso razonable de las nuevas tecnologías en la empresa. En este sentido, merece recordarse que la doctrina judicial viene aplicando la teoría gradualista, admitiendo un cierto uso razonable de las nuevas tecnologías en la empresa. Un ejemplo más de ello lo encontramos en la Sentencia ahora comentada que aplicando la teoría gradualista rechaza la calificación de procedencia del despido. De conformidad con dichos pronunciamientos, elementos que deben tomarse en consideración, entre otras, las siguientes circunstancias: 1) los costes que significan, tanto técnicos (introducción de programas en el sistema que pueden perjudicar el funcionamiento de la red o significar virus, etc); 2) el impacto de dicho uso en la prestación de servicios, en otras palabras, los costes en tiempo de trabajo, y 3) cuál es el marco de uso en la empresa, esto es, la existencia de acuerdos que articulan la utilización de las nuevas tecnologías en la empresa.

En segundo lugar, es necesario referirse a la cuestión del control del uso y que centra el debate jurídico en el caso que se comenta. En particular, si procede o no aplicación de las previsiones legales contenidas en el art. 18 ET a los supuestos de registros del ordenador empleado por el trabajador. Es sabido que junto con los registros de la persona del trabajador, sus efectos personales y taquillas sobre los que la Ley proyecta una presunción *iuris et de iure* de ser ámbitos reservados y cuyo conocimiento por el empresario afectan a la intimidad del trabajador, en los últimos tiempos se ha planteado la eventual extensión de las garantías del artículo 18 TRLET a otros espacios en la empresa. En concreto, son ya numerosos los pronunciamientos judiciales en los que se alude a la posible aplicación de la referida norma a los registros de la mesa de trabajo y del ordenador. A pesar de las evidentes diferencias entre los instrumentos indicados, en ambos casos concurren dos circunstancias tomadas en consideración por la doctrina judicial. Por un lado, se trata de bienes del empresario destinados a la actividad productiva y, por otro, la posible existencia de un espacio de intimidad en tales ámbitos.

Seguramente el lector sabrá ya que la doctrina de suplicación ha tenido ocasión de pronunciarse últimamente sobre aquello que, en términos generales, podríamos denominar "registro del ordenador". Los distintos pronunciamientos dan cuenta de las dos situaciones fundamentales que inicialmente cabría plantear con carácter general sobre el "registro del ordenador". Así, en primer lugar, cabe identificar los supuestos en los que la actividad de vigilancia empresarial no se realiza de manera directa - físicamente - sobre el terminal del trabajador, sino de modo indirecto mediante el registro o análisis de los archivos del servidor de la empresa que revelan comportamientos irregulares realizados a través del terminal personal del trabajador. Tal sería el caso, por ejemplo, de la auditoría del servidor que permite revelar la introducción del programa incompatible con la configuración del sistema y que provoca anomalías en los ficheros del sistema (STSJ Madrid de 21 de noviembre de 2000 (JUR 51804/2001); o de la exploración del servidor que permite advertir el acceso no autorizado a ciertos ficheros de la empresa (STSJ Madrid de 12 de junio de 2001 (JUR 2001/259801); o, en fin, de los supuestos en los que se tiene conocimiento de la modificación de archivos del servidor de la empresa (STSJ Madrid de 28 de noviembre de 2000 (AS 358). En todos estos casos la doctrina judicial ha admitido, sin ningún género de dudas, que cabe el registro del servidor con la finalidad de descubrir las conductas que representan un perjuicio sobre el sistema. Frente a ello, en los supuestos en los que el empresario pretende el examen directo del espacio virtual del conocido como "disco duro", esto es, la memoria del terminal empleado por el trabajador la doctrina judicial sostiene posiciones encontradas. Así, mientras que algunos pronunciamientos sostienen la aplicación analógica del artículo 18 TRLET cuando se interviene la memoria del ordenador con el fin de revelar eventuales incumplimientos contractuales del trabajador (SSTSJ de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 1999 y de Andalucía/Málaga de 25 de febrero de 2000 (AS 562), en otros casos, Por el contrario, coincidiendo sustancialmente en el supuesto de hecho, se rechaza la eventual aplicación del artículo 18 TRLET *"ya que el útil de trabajo no puede considerarse como un efecto personal"*. (STSJ Madrid de 13 de noviembre de 2001 (AS 471/2002), STSJ Murcia de 15 de junio de 1999 (AS 2504).

En la Sentencia comentada el Tribunal acoge la interpretación que, en nuestra opinión, resulta la más adecuada a la vista de las particularidades de los ordenadores como útiles de trabajo. En este sentido, compartimos la opinión del Tribunal cuando señala que si bien no parece que los ordenadores puedan asimilarse perfectamente ni a las taquillas, ni a los efectos personales del trabajador, es evidente que en ellos pueden contenerse manifestaciones de la intimidad del trabajador. Consiguientemente, de conformidad con los principios generales contenidos en el art. 20.3 ET deberá procederse en su aplicación de forma respetuosa con la intimidad y dignidad del trabajador. Ello puede significar que, tal y como propone el Tribunal, en la medida en que se trata de una actividad de registro, puedan resultar de aplicación *mutatis mutandis* las reglas procedimentales contempladas en el artículo 18 ET. Esto es, que se realicen en tiempo de trabajo, en presencia del trabajador afectado y, en fin, contando con la asistencia de un representante de los trabajadores o, de no ser posible, con otro trabajador de la empresa.

Finalmente, en estrecha relación con la anterior, se plantea en el Tribunal cuáles deban ser los efectos que deban producir los registros efectuados sin observar los requisitos procedimentales legalmente establecidos en el art. 18 ET. Llega a la conclusión el órgano judicial que las pruebas obtenidas en tales registros deben ser declaradas nulas de conformidad con los arts. 11 LOPJ y 90 LPL al haberse obtenido violentando derechos fundamentales. Como es sabido, la doctrina mayoritaria considera que la realización del registro sin la pertinente presencia de los representantes de los trabajadores o, en su caso, de otro trabajador de la empresa conduce a la ilegalidad de la medida de vigilancia. Con todo, puede suceder que de la aplicación ilegal de la medida de registro, en razón de la ausencia de terceros en su práctica, se corrobore las sospechas que dieron origen a la medida de registro. Es pues en relación con la estrecha relación entre la garantía de aseguramiento del registro y el empleo de la información conocida por medio del mismo, se presenta la cuestión de establecer los efectos que deberán seguirse en el ejercicio del poder disciplinario cuando éste procede de información obtenida ilegalmente. En nuestra opinión, parece que deberá diferenciarse los supuestos en los que el registro vulnera directamente la intimidad, bien porque no fuere justificado, bien porque fue excesivo en la forma en la que se practica; de aquellos supuestos en los que no se observan algunos de los requisitos procedimentales legalmente establecidos. En este último caso, no siempre su inobservancia representará la conculcación del derecho a la intimidad. En este sentido, creemos que la ausencia de un representante o de otro trabajador en el registro no significa que la prueba se haya obtenido con violación derechos fundamentales tal y como exige el art. 11 LOPJ para la declaración de nulidad de la prueba. Consiguientemente, parece razonable sostener la validez y eficacia en el proceso laboral de las pruebas obtenidas por medio de la práctica ilegal del registro, así como la eficacia de cualquier medio de prueba que derive del mismo - por ejemplo, el testimonio de quien practicó el registro-.

UPF, Barcelona

**Imprimir**