

Roj: STS 8876/2011
Id Cendoj: 28079140012011100741
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 4053/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: Auto de aclaración
Ponente: JESUS SOUTO PRIETO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil once.

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil once. Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D^a Milagros , contra sentencia de fecha 28 de septiembre de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso núm. 1480/10 , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 13 de los de Valencia , en autos núm. 503/09, seguidos por D^a Milagros , frente a ANNALIGIA, S.A.; CONFECCIONES REVIC, S.A.; NUIT MAGIQUE, S.A. y LINGERIE DE NUIT, S.L., sobre Despido.

Ha comparecido en concepto de recurrida la Procuradora D^a Pilar Azorín-Albiñana López, en nombre y representación de ANNALIGIA, S.A.; CONFECCIONES REVIC, S.A.; NUIT MAGIQUE, S.A. y LINGERIE DE NUIT, S.L.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de enero de 2010 el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Valencia dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda de Despido formulada por Milagros , contra las empresas demandadas ANNALIGIA, S.A.; CONFECCIONES REVIC, S.A.; NUIT MAGIQUE, S.A. y LINGERIE DE NUIT, S.L, declarando como Procedente el despido de la actora de 16.02.09, convalidando la extinción del contrato de trabajo que aquel produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **1.** La demandante Milagros , con DNI Num. NUM000 , ha venido prestando servicios para las empresas demandadas, todas ellas con domicilio social en Avda. del Mar, 7, Polígono Industrial del Mediterráneo de Albuixech (Valencia), dedicadas a la actividad de confección de prendas de vestir y accesorios. La antigüedad de la demandante es la de 15.09.1986, el salario regulador del despido es el de 1.511,16 euros con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias y la categoría profesional la de Oficial Primera Administrativa. La actora, que prestaba servicios en la Sección Comercial de las demandadas, no ostentaba en el momento del despido ni en el año anterior al mismo la condición de representante de los trabajadores. El convenio aplicable es el Convenio Colectivo General de Trabajo de la Industria Textil y de la Confección. **2.** El día 16.02.09 la empresa Annaligia, S.A., hizo entrega a la trabajadora demandante de carta de despido de la misma fecha, con efectos del mismo día. La carta fue aportada con el escrito de demanda, obrando también unida a la documental de la parte demandada como documento número 8, dándose aquí por enteramente reproducida por razones de brevedad. Se hace constar en la carta, en síntesis, que el día 23.01.09 se notificó a todo el personal la prohibición de utilizar para asuntos propios el ordenador, los móviles, internet o cualquier otro medio propio de la empresa, debido a que se averiguó que por algún trabajador se estaba utilizando los ordenadores para asuntos propios, en concreto "chateando"; y con el fin de comprobar el efecto de dicha comunicación se procedió a monitorizar a dos trabajadoras a las que se había observado un rendimiento y conductas

sospechosas, dando como resultado en el caso de la actora que había realizado durante horas de trabajo y desobedeciendo las órdenes recibidas, continuas visitas a Internet, con el resultado reflejado en el escrito que se formalizó tras terminar la operación de monitorización de su ordenador, tales como venta de artículos de segunda mano, agencias de viajes, páginas de ofertas de empleo etc., además de la confección de tarifas y menús para su propio negocio; con escaneo de direcciones de catálogos de proveedores de la empresa Mactradisa S.L., búsqueda de datos de proveedores y productos, mandando por email los datos acerca de productos, clientes y proveedores a terceros, y remitiendo fotos de la colección actual de manteletas a otra dirección de e-mail. Los hechos descritos en la carta constituyen para la empresa una conducta de las calificadas como muy grave (desobediencia, falta de rendimiento, infracción de la buena fe contractual), que justifican la medida tomada de procede a su despido en virtud de lo establecido en el ET, arts. 54.2-b , 2-d y 2-e y el Convenio Colectivo de la Industrial Textil , art. 92, apartados 1,4, y 6 en relación con el 93 último párrafo. **3.** El programa informático usado por los trabajadores de la empresa obedece a un sistema antiguo de uso de teclado que no precisa el uso de "ratón", pudiendo llevarse a cabo todos los trabajos sin utilización de éste, aunque pueda usarse como apoyo. Así, el informático de las empresa, Sr. Obdulio , testigo de las demandadas, manifestó que él lleva a cabo el 100% de los trabajos con ordenador mediante el teclado. La empresa advirtió que algunos de los empleados hacían un uso excesivo del ratón, como era el caso de la demandante Sra. Milagros , que lo usaba durante horas, incluso después de la advertencia de prohibición que hizo la empresa, como venía observando el Sr. Pedro Jesús , testigo de la demandada, lo que le hizo sospechar que se dedicaba a chatear y a usar internet durante las horas de trabajo. **4.** El día 23 de enero de 2009, la empresa entregó a todos los trabajadores y en concreto a la aquí demandante, una carta que ésta recibió y firmó, en la que se le comunicaba que quedaba terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, Internet, etc..) para fines personales tanto dentro como fuera del horario de trabajo (Doc. 5 demandada). Tanto los testigos de las demandadas como los de la parte actora reconocieron haber recibido la comunicación citada, siendo conocedores de la prohibición del uso de los ordenadores para cuestiones ajenas al trabajo. **5.** La empresa decidió hacer una comprobación sobre el uso de sus medios de trabajo por los trabajadores, a cuyo fin procedió a finales del mes de enero de 2009 a la motorización de los ordenadores de la demandante Sra. Milagros y de otra compañera de trabajo, encargándose de la instalación del "software" de monitorización el hermano de la administradora de la empresa Luis Antonio , al objeto de captar las pantallas a las que accedía la trabajadora, para su posterior visualización. La instalación del software se hizo después de abandonar la empresa la actora al fin de la jornada, interviniendo también el trabajador Sr. Demetrio , jefe de compras de Annaligia, S.A., encargado además de compras en la empresa Mactradisa S.L. del mismo grupo empresarial. El Sr. Luis Antonio introdujo la mitad de la contraseña y el Sr. Demetrio introdujo la otra mitad, sin comunicársela al Sr. Luis Antonio , desentendiéndose desde entonces, hasta que se le llamó el día 13 de febrero para que introdujera su contraseña y visualizar los resultados de la motorización. (Testifical de la empresa, Srs. Luis Antonio y Demetrio). El sistema instalado permitiría observar lo que la usuaria veía y la captación de pantallas para su posterior visualización, sin que permitiera acceder a los archivos del ordenador que están protegidos por contraseña de cada uno de los usuarios. Se trata de un sistema "pasivo", poco agresivo, que captura lo que está en pantalla, como manifestó en prueba testifical Obdulio , informático de las empresas que examinó el programa cuando le fue mostrado tras la visualización. El día 13 de febrero de 2006 se procedió a visualizar el proceso de monitorización del ordenador de la demandante, hallándose presente ésta, los Srs. Luis Antonio y Demetrio , la representante de la empresa Dulce , Arcadio perteneciente al sindicato CC.OO y delegado de los trabajadores de la empresa codemandada Confecciones Revic, S.A por ausencia del delegado de personal de Annaligia S.A., y los también trabajadores Eleuterio y Gines , todos ellos firmantes, con excepción de la demandante, del acta que consta en la libreta obrante al documento 3 de la demandada, en la que se hace constar que "Hemos observado desde el día 28.01.09 y hemos comprobado que hay visitas continuas en Internet: segunda mano, páginas de reserva de billetes, infojobs, etc. y además ha cogido y escaneado direcciones de los catálogos de Mactradisa y los ha enviado a email propio. También ha enviado todas las fotos de las manteletas "a su hija". Ella lo reconoce todo". Los testigos de la demandada Srs. Luis Antonio Dulce , Demetrio y Arcadio presentes en el momento de la visualización, confirmaron en juicio el contenido del acta que se ha citado, manifestando que la demandante Sra. Milagros no quiso firmar el acta, aunque no negó lo que se visualizaba diciendo que si hacía el trabajo y le sobraba tiempo podía hacer lo que quisiera. Los mismos testigos reconocieron como pertenecientes al ordenador de la demandante las siguientes pantallas capturadas que figuran como documento 7 de la documental de la demandada: Envío a terceros y a sí misma de los diseños de manteletas de 2009, trabajos de los que se encarga Asunción , testigo de ambas partes, que las reconoció al mostrársele el documento 7, nº 1, manifestando que ella no había autorizado a Milagros para dichos envíos, pues era el producto más nuevo de la colección, muy caro y valioso para la empresa, aunque sí la había autorizado para disponer de otras de campañas anteriores ya sin valor para los clientes

de la empresa, como las que constan en los documentos 4 al 7 de la parte actora que se le mostraron; reconociendo la demandante ante ella que no la había autorizado respecto de las de la colección actual, como había dicho. Envío a terceros de fotos de mamparas de duchas, productos de la empresa Mactradisa S.L., que gestiona el testigo Sr. Demetrio , remitidas distintas direcciones; empresa con la que ninguna relación tenía la demandante. Y pantallas de envío a terceros de los datos del proveedor de mamparas de dichas y sus precios, en las que figuran clientes de España y otros países, como China, clientes muy cotizados y valiosos. (Documento 7, nº 4 y nº 5). Pantalla sobre envío a terceros de datos de proveedores de iluminación y de sanitarios. (Documento 7, nº 2). Pantalla sobre envío a terceros de datos del proveedor de muebles de jardín (Documentos 7, nº 3). Pantallas sobre envío a terceros de imágenes escaneadas de contraportadas de otros proveedores de iluminación con sus datos de contacto. (Documento 7, nº 6). **6.** La demandante llevaba a cabo dentro del Departamento Comercial de las cuatro empresas demandadas tareas propias de su categoría de oficial de primera administrativa, tales como grabación de pedidos de todas las demandadas, atención a los representantes de éstas y a las agencias habituales de transporte, grabación de escandallos de modelos, grabación de compras y otros trabajos relacionados con ventas y relación con clientes. **7.** Las cuatro empresas demandadas pertenecen al mismo grupo de empresas, se dedican a actividades de la confección, tienen el mismo domicilio social y órganos de dirección, y comparten plantilla de trabajadores, como es el caso de la demandante. **8.** La demandante presentó denuncias el 22 de abril y el 22 de junio ante la Agencia Española de Protección de Datos contra la empresa Annaligia S.A. por no tener ficheros inscritos en el Registro General de Protección de Datos. La Agencia acordó iniciar procedimiento sancionador contra dicha mercantil al no constar inscritos ficheros relativos al personal de la entidad, por lo que podría ser sancionada con 600,012 #, (Doc. 10 demandada). La actora formuló querrela contra Annaligia ante los Juzgado de Massamagrell el 29.10.09 por delito contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, siguiéndose Diligencias Previas nº 2336/09 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 3 de Massamagrell. (Doc. 11 parte actora). **9.** La actora presentó papeleta de conciliación por despido ante el SMAC el 25.02.09, celebrándose el acto conciliatorio el 30.3.09 con resultado de Sin Avenencia. La demanda se presentó el 25.03.09."

TERCERO.- La sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Milagros , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 28 de septiembre de 2010 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Milagros , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Valencia, de fecha 18 de enero de 2010 , contra las empresas ANNALIGIA, S.A.; CONFECIONES REVIC, S.A.; NUIT MAGIQUE, S.A. y LINGERIE DE NUIT, S.L., y en su consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia recurrida."

CUARTO.- Por la Procuradora D^a M^a Pilar Tello Sánchez, en nombre y representación de D^a Milagros , se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocaron como sentencias de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, recurso nº 1149/06, de 18 de enero de 2007, y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso nº 5123/09, de 12 de enero de 2010 , respectivamente.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 17 de febrero de 2011 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Dada la trascendencia y complejidad del presente asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del presente recurso se hiciera en Sala General, fijándose finalmente para el día 28 de septiembre de 2011 la celebración de tales actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según el relato fáctico de la sentencia recurrida, el 23 de enero de enero de 2009 la empresa demandada entregó a todos los trabajadores una carta que la actora recibió y firmó en la que se comunicaba que quedaba terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc.) para fines propios tanto dentro como fuera del horario de trabajo. A finales del mes enero decidió hacer una comprobación sobre el uso de sus medios de trabajo para lo que procedió a la motorización de los ordenadores de la demandante y de otra trabajadora, encargándose de la instalación del "software" de monitorización el hermano de la administradora, interviniendo también otro trabajador de la empresa, al objeto de captar las pantallas a las que accedía la trabajadora para su posterior visualización. Se trataba de un sistema "pasivo" poco agresivo que no permitía acceder a los archivos del ordenador que están protegidos por contraseñas de cada uno de los usuarios. El 13 de febrero de 2006 se procedió a visualizar el proceso de monitorización del ordenador de la demandante en presencia de ésta, de las dos personas que habían procedido a la

monitorización, de representantes de la empresa y de los trabajadores y de otros dos trabajadores, firmando los comparecientes el acta levantada al efecto, con excepción de la actora. En el hecho probado quinto se mencionan las visitas a internet y las pantallas capturadas por sistema instalado.

La sentencia recurrida entiende que la prueba que ha servido para acreditar la causa del despido se ha obtenido de forma lícita y ello aunque el "software" espía se instaló sin darlo a conocer expresamente a la actora, por cuanto existía previamente una prohibición absoluta de usar el ordenador para fines ajenos a la actividad laboral; valora la sentencia que se trataba de un sistema pasivo o poco agresivo, que capturaba lo que estaba en pantalla pero que no invadía la intimidad de la trabajadora, toda vez que la contraseña usada por ella impedía el acceso a sus archivos.

Recorre la actora en casación para la unificación de doctrina, planteando dos puntos o materias de contradicción; el primero sobre el alcance y la forma del control empresarial sobre el uso del ordenador por la trabajadora y el segundo en relación con la gravedad de la falta imputada.

SEGUNDO.- Respecto de la primera cuestión, Se propone de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de enero de 2007 . En ese caso la empresa demandada informó a sus tres trabajadores que iba a instalar un sistema de control en los ordenadores de la empresa respecto al uso de internet y a los pocos días llegó un perito a la empresa que en presencia de los trabajadores instaló en la oficina un aparato que conectó a los tres ordenadores y a la vista de los resultados obtenidos la empresa notificó al actor su despido disciplinario por haber usado el ordenador para fines exclusivamente particulares. La sentencia de contraste entiende que la empresa se excedió en el control del ordenador utilizado por el trabajador por lo que carece de toda eficacia probatoria y termina declarando improcedente el despido. También en este caso la empresa advirtió previamente a los trabajadores de la instalación del sistema de control y en ese aspecto la sentencia de contraste dice que, efectivamente, la empresa actuó con transparencia. Donde la sentencia aprecia la extralimitación empresarial es en el resultado de los datos obtenidos , respecto a los que se remite a la documental que da por reproducida (hecho probado 13º). La extralimitación la aprecia en el hecho de que *"la recogida de datos no se limitaba a hacer una estadística de los accesos a internet que no fueran los oficiales de la página -Credit Services- (la empresa demandada) sino que especificaba asimismo los recursos de internet solicitados (páginas web, gráficos, fotografías. . . . etc.) y tal acopio de datos, en la medida en que entrañaba un control sistemático de los sitios visitados así como de su frecuencia, tiempo de conexión y navegación permiten reconstruir aspectos subjetivos relativos a la intimidad del trabajador"* . A la sentencia le *"llama la atención que se hayan eludido los controles preventivos. . . . mediante la instalación de advertencias automáticas o filtros que impidiesen visitar las páginas o lugares no autorizados o incluso se pudo instalar un control meramente estadístico relativo al tiempo de conexión a los sitios no autorizados. . . ."*

La sentencia de contraste considera adecuada únicamente la confección de un listado de los accesos a internet que no estuvieran permitidos y el tiempo invertido en ello, pero entiende que un mayor grado de especificación relativo a estos accesos no permitidos suponen una extralimitación empresarial. Y en este punto podría existir contradicción con la sentencia recurrida, donde en el hecho probado quinto se mencionan las visitas a internet y las pantallas capturadas por sistema instalado, acreditándose el envío de datos acerca de productos, clientes y proveedores no relacionados con los trabajos que tenía asignados, envío de fotos de la colección de manteletas de la temporada en curso, muy valiosas para la empresa, sin que la sentencia recurrida considere que el acceso al contenido de esas visitas supongan una extralimitación de la empresa en su tarea de control.

Es cierto que en la sentencia de contraste se valora en su quinto fundamento el hecho de que el perito trasladó el ordenador fuera de la empresa, a su propia oficina, y allí procedió al filtrado de los ficheros sin que se hallara presente ningún trabajador de la empresa, mientras que en la sentencia recurrida la visualización del proceso de monitorización se hizo en la empresa y en presencia de la actora y de los representantes de la empresa y de los trabajadores. La sentencia de contraste valora esta circunstancia pero lo hace como reforzando la decisión ya tomada en base a los razonamientos anteriores relativos al exceso que supone el control de los sitios visitados mas allá de su simple relación, que se presenta como el elemento decisorio de la sentencia.

TERCERO.- En relación con la gravedad de la falta se propone de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de enero de 2010 que declara improcedente el despido del actor, producido como consecuencia del uso incorrecto del ordenador de la empresa, en un supuesto en el que también estaba expresamente prohibido para fines que no fuera exclusivamente profesionales. En ese caso el actor entregó el ordenador portátil a un técnico informático de la empresa solicitando que se lo revisase

porque aparecían avisos de virus. Al realizar las operaciones oportunas se comprobó que el ordenador estaba infectado por un virus como consecuencia del acceso del demandante a páginas de internet no relacionadas con su actividad profesional, algunas de ellas de contenido pornográfico.

La contradicción es inexistente en este punto al ser distintos los supuestos de hecho enjuiciados, pues son distintas las imputaciones que se hacen a los trabajadores y la conducta de los mismos. En la sentencia recurrida la actora -entre otras visitas- había remitido fotos de manteletas de la temporada en curso, muy valiosas para la empresa y sin estar autorizada a ello y además se acredita venía dedicando a las actividades ajenas a su trabajo aproximadamente 100 minutos al día. En cambio, en la sentencia de contraste no consta el tiempo de dedicación y no hay mayor concreción de las visitas realizadas, salvo que algunas eran de contenido pornográfico. Además en la sentencia de contraste lo que se imputa al trabajador en la carta de despido el haber puesto en peligro el buen funcionamiento de la red interna.

CUARTO.- Procede entrar en el fondo del único tema en el que se aprecia la contradicción, y a este respecto, se alega la infracción del art. 90.1 de la LPL en relación con el art. 18 ET y la "normativa estatal y comunitaria reguladora del poder empresarial del control sobre los medios electrónicos", la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos -sin más precisiones- y la Ley Orgánica 1/1982 -sin más precisiones-, la Directiva 1995/46 -sin más precisiones- y la STC 186/2000 . Lo único que se dice para fundar tantas infracciones es que el control utilizado se ha aplicado "al margen de límites constitucionalmente establecidos" y "en contravención de lo recogido en el art. 18 ET ". Luego se alude a la necesidad de que "la empresa emplee medidas que supongan una menor injerencia en la privacidad" que el programa espía y se reitera la necesidad de cumplir las garantías del art. 18 ET .

La recurrente no hace cuestión de la falta de advertencia expresa a la actora de la instalación del "software" de monitorización, por lo que la censura tiene que ceñirse a la denuncia por el exceso de la utilización de un programa espía y a la alegación de que se han incumplido las garantías del art. 18 ET .

A este respecto es necesario partir de lo dispuesto en el art. 20 ET , -no del art. 18- es decir: el derecho de dirección del empresario, que tiene la titularidad del medio de trabajo utilizado (en este caso un ordenador) para imponer lícitamente al trabajador la obligación de realizar el trabajo convenido dentro del marco de diligencia y colaboración establecidos legal o convencionalmente y el sometimiento a las órdenes o instrucciones que el empresario imparta al respecto dentro de tales facultades, conforme a las exigencias de la buena fe y, consecuentemente, la facultad empresarial para vigilar y controlar el cumplimiento de tales obligaciones por parte del trabajador, siempre con el respeto debido a la dignidad humana de éste.

El conflicto surgirá, pues, si las órdenes del empresario sobre la utilización del ordenador -propiedad del empresario-, o si las instrucciones del empresario al respecto -en su caso la inexistencia de tales instrucciones- permitiesen entender, de acuerdo con ciertos usos sociales, que existía una situación de tolerancia para un uso personal moderado de tales medios informáticos, en cuyo caso existiría una "expectativa razonable de confidencialidad" para el trabajador por el uso irregular, aparentemente tolerado, con la consiguiente restricción de la facultad de control empresarial, que quedaría limitada al examen imprescindible para comprobar que el medio informático había sido utilizado para usos distintos de los de su cometido laboral.

Sólo si hay un derecho que pueda ser lesionado habrá un conflicto entre este derecho y las facultades de control del empresario, que, a su vez, pueden conectarse con la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la posición empresarial en el contrato de trabajo.

La cuestión clave -admitida la facultad de control del empresario y la licitud de una prohibición absoluta de los usos personales- consiste en determinar si existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando, en contra de la prohibición del empresario o con una advertencia expresa o implícita de control, utiliza el ordenador para fines personales.

La respuesta parece clara: 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.

En el caso del uso personal de los medios informáticos de la empresa no puede existir un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida. La prohibición absoluta podría no ser válida si, por ejemplo, el convenio colectivo reconoce el derecho a un uso personal de ese uso. La prohibición determina que ya no exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador y que tampoco exista lógicamente una

"expectativa razonable de confidencialidad". En estas condiciones el trabajador afectado sabe que su acción de utilizar para fines personales el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad. La doctrina científica, habla de los actos de disposición que voluntariamente bajan las barreras de la intimidad o del secreto. Una de las formas de bajar las barreras es la utilización de un soporte que está sometido a cierta publicidad o a la inspección de otra persona: quien manda una postal, en lugar de una carta cerrada, sabe que el secreto no afectará a lo que está a la vista; quien entra en el ordenador sometido al control de otro, que ha prohibido los usos personales y que tiene ex lege facultades de control, sabe que no tiene una garantía de confidencialidad.

En el caso ahora examinado, existía una prohibición absoluta que válidamente impuso el empresario sobre el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc.) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo, y no caprichosamente sino entre las sospechas fundadas de que se estaban desobedeciendo las órdenes impartidas al respecto. Y sentada la validez de prohibición tan terminante, que lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador, no es posible admitir que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático puesto a su disposición. Tal entendimiento equivaldría a admitir que el trabajador podría crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 E.T .

Nuestra sentencia de 26 de septiembre de 2007 no lleva a conclusión contraria. Lo que decidió esta sentencia fue un supuesto en el que se excluyó la validez de la prueba practicada de registro del ordenador por entender que se había vulnerado el derecho a la intimidad del actor, porque, al no existir prohibición de uso personal del ordenador ni advertencia de control, existía para el trabajador una expectativa de confidencialidad en ese uso personal, expectativa que debió ser respetada. El supuesto es claramente distinto del que contempla la sentencia aquí recurrida, pues en esta el uso extralaboral estaba prohibido expresamente por la empresa, con lo que, al no existir tolerancia del uso personal, no podía tampoco existir una expectativa razonable de confidencialidad. Es cierto que en el fundamento jurídico cuarto la sentencia de 26 de septiembre de 2007 dice que la empresa debe establecer previamente las reglas de uso de los medios informáticos y debe también informar a los trabajadores de la existencia de control y de los medios empleados para este fin. Pero es claro que, al hacer estas reflexiones, que presenta como matizaciones, la sentencia razona "obiter dicta" y en el marco de la buena fe o de la legalidad ordinaria (art. 64.1.c) del ET). Se trata de matizaciones que operan ya fuera del marco estricto de la protección del derecho fundamental, como obligaciones complementarias de transparencia. Lo decisivo a efectos de considerar la vulneración del derecho fundamental, es que, como reitera la sentencia citada, "la tolerancia" de la empresa es la que "crea una expectativa de confidencialidad" y, por ende, la posibilidad de un exceso en el control llevado a cabo por el empleador que vulnere el derecho fundamental de la intimidad del trabajador. Pero si hay prohibición de uso personal deja de haber tolerancia y ya no existirá esa expectativa, con independencia de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre el control y su alcance, control que, por otra parte, es inherente a la propia prestación de trabajo y a los medios que para ello se utilicen, y así está previsto legalmente.

Tampoco ofrece solución contraria de doctrina de la sentencia que se cita del TC nº 186/2000, de 10 de julio , que denegó el amparo solicitado por supuesta vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como consecuencia de la instalación por la empresa de un circuito cerrado de televisión para controlar determinados puestos de trabajo, estimando que se trataba de una medida justificada, idónea de la finalidad pretendida, necesaria y equilibrada, y razona al respecto: "El hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del art. 64.1.3 d) LET, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto del recurso de amparo. Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de que los órganos judiciales han dado una respuesta negativa a esta cuestión, respuesta que no cabe tildar de arbitraria o irrazonable, lo que veda en cualquier caso su revisión en esta sede".

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D^a Milagros , contra la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2010 dictada por la Sala de

lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso nº 1480/10 , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Valencia , en autos nº 503/09 seguidos por D^a Milagros , frente a Annaligia, SA., Confecciones Revic, S.A., Nuit Magique, S.A. y Lingerie de Nuit, S.A. sobre despido.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Gonzalo Moliner Tamborero D. Aurelio Desdentado Bonete D. Fernando Salinas Molina D. Jesus Gullon Rodriguez D^a Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jesus Souto Prieto D. Jose Luis Gilolmo Lopez D. Jordi Agusti Julia D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel D. Antonio Martin Valverde

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga EN LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 4053/10 AL QUE SE ADHIEREN LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. Luis Fernando de Castro Fernandez, D. Jordi Agusti Julia, D^a Rosa Maria Viroles Piñol Y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 4053/10.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO. - Con respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

Con carácter general, la discrepancia se fundamenta en que la decisión adoptada en la sentencia mayoritaria comporta un retroceso en la protección de los derechos fundamentales, concretamente del derecho a la intimidad del trabajador, tal y como venía siendo interpretada por la jurisprudencia de esta Sala. En efecto, en las sentencias de 26 de septiembre de 2007, recurso 966/06 y 8 de marzo de 2011, recurso 1826/10 se abordó la cuestión relativa al control por parte del empresario del uso que el trabajador efectúa del ordenador facilitado por la empresa, con el resultado que posteriormente se examinará.

SEGUNDO .- Comparto plenamente la apreciación de la concurrencia del requisito de la contradicción respecto de la sentencia aportada para el primer motivo del recurso, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de enero de 2007, recurso 1149/06 . En efecto en ambos supuestos la empresa ha procedido a despedir a sus respectivos trabajadores por la comisión de unas determinadas faltas, consistentes en el acceso, en horas de trabajo y con el ordenador proporcionado por la empresa, a paginas de Internet ajenas por completo al trabajo, habiendo tenido conocimiento la empresa de tales accesos a través de la instalación de un dispositivo en el ordenador del trabajador, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la sentencia recurrida considera válida tal prueba, la de contraste entiende que la misma es ilícita por vulnerar la intimidad del trabajador, lo que acarrea que la sentencia recurrida declare el despido procedente, en tanto la de contraste lo considera improcedente. Es irrelevante, a efectos de la contradicción, en contra de lo que alega la recurrida al impugnar el recurso, que en la sentencia recurrida el visionado de los resultados del control del ordenador se realizara en presencia del representante de los trabajadores y de varios compañeros y en el centro de trabajo, circunstancia que no concurre en la sentencia de contraste, -se trasladó el ordenador fuera de la empresa sin que estuviera presente ningún trabajador- pues tal circunstancia se examina, a mayor abundamiento -fundamento de derecho quinto- ya que lo relevante para declarar la ilicitud de la prueba es que la forma de control de los sitios visitados permiten reconstruir aspectos subjetivos relativos a la intimidad del trabajador (fundamento de derecho cuarto). Asimismo es irrelevante que en la sentencia de contraste hubiera prohibición expresa de utilizar el ordenador para asuntos propios, y no existiera tal prohibición en la recurrida, pues en esta última la prohibición de utilización del ordenador para fines privados estaba implícita en la decisión de la empresa, comunicada a los trabajadores y ejecutada, de instalar sistemas de control del uso del ordenador. Asimismo es irrelevante que el resultado del control se refiera a datos de la vida íntima del usuario o a datos que no tengan tal carácter, pues lo relevante es la injerencia del empresario en la esfera de actuación del trabajador protegida por el derecho a la intimidad. No existe contradicción en el extremo relativo al control del correo electrónico pues si bien tal control se efectúa en la sentencia recurrida no ocurre lo mismo en la sentencia de contraste.

TERCERO.- Asimismo comparto la inexistencia de contradicción respecto a la sentencia invocada para el segundo motivo del recurso, sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 12 de enero de 2010, recurso 5123/09 , por las razones que constan en el fundamento derecho de derecho tercero de la sentencia mayoritaria.

CUARTO .- En el primer motivo el recurrente alega infracción del artículo 90.1 de la Ley de Procedimiento Labora , en relación con el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores y la normativa estatal y comunitaria reguladora del poder de control empresarial sobre los medios electrónicos utilizados por los trabajadores, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la Directiva 1995/46/CE, así como la sentencia 186/2000 . Aduce, en esencia, que los sistemas de control utilizados para verificar el uso de Internet y el correo electrónico se realizaron al margen de los límites constitucionalmente establecidos, constituyendo el registro efectuado sobre el ordenador una clara violación de derechos fundamentales.

Con referencia a los derechos fundamentales que, como ciudadanos, los trabajadores ostentan en las empresas, conviene hacer referencia a la doctrina que viene manteniendo el Tribunal Constitucional. Al respecto, en la sentencia 88/1985, de 19 de julio , estableció ya lo siguiente: *"la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1 a) y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de Empresa, que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de << feudalismo industrial >> repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)";* doctrina reiterada en las (SSTC 88/1985 , 6/1988 , 129/1989 , 126/1990 , 99/1994 de 11-4 , 106/1996 , 186/1996 , 90/1997 , 98/2000 de 10-4 ; 186/2000 de 10-7 , 196/2004 , 125/2007 de 21-5).

En relación al derecho a la intimidad del trabajador y su protección frente a injerencias provenientes del empresario el Tribunal Constitucional en sentencia de 10 de julio de 2000, nº 186/00 , ha señalado, recogiendo jurisprudencia anterior, lo siguiente: *" este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir que el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 C.E ., se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 C.E . reconoce e 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 (SSTC 170/1997, de 14 de octubre, FJ 4 ; 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3 ; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3 ; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5 ; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 ; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 ; y 202/1999, de 8 de noviembre , FJ 2, entre otras muchas). Asimismo hemos declarado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales, como hemos puesto de manifiesto en nuestra reciente STC 98/2000, de 10 de abril (FFJJ 6 a 9).*

Igualmente es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, FJ 6 , y 143/1994 , FJ 6, por todas). En este sentido debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 C.E .) y reconocido expresamente en el art. 20 L.E.T ., atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respecto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral (arts. 4.2 c) y 20.3 L.E.T .).

6. También hemos afirmado que el atributo más importante del derecho a la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de

esos datos. La conexión de la intimidación con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende, en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada (SSTC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4 ; 142/1993, de 22 de abril, FJ 7 , y 202/1999, de 8 de noviembre , FJ 2).

En resumen, el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 L.E.T ., intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo. Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993, de 18 de octubre , FJ 4). Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7 ; 6/1995, de 10 de enero, FJ 3 , y 136/1996, de 23 de julio , FJ 7). Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre , 108/1989, de 8 de junio , 171/1989, de 19 de octubre , 123/1992, de 28 de septiembre , 134/1994, de 9 de mayo , y 173/1994, de 7 de junio), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, de 8 de abril , FJ 22).

Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente de su libertad constitucional (STC 6/1998, de 13 de enero), pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador y, muy especialmente, del derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 C.E ., teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad.

En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que (como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5 ; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8y 9 ; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero , FJ 8) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: 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 ó 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).".

QUINTO .- De esta doctrina del Tribunal Constitucional se deriva, tal y como recoge la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 2011 , recurso 1826/10, siguiendo la doctrina científica que: a) por una parte, los derechos fundamentales del trabajador "deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra", (SSTC 5/1981 , 47/1985 , 77/1985 , 1067/1996 , 199/1999); b) por otra parte, que también "las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador" , que son prevalentes y constituyen un "límite infranqueable" no solo a sus facultades sancionadoras, sino también a las facultades de organización y de gestión del empresario, causales y discrecionales (SSTC 292/1993 , 136/1996 , 90/1997 , 1/1998 , 90/1999 , 98/2000 , 190/2001 , 213/2002 , 17/2003 , 49/2003); y, c) que "cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate y que es preciso garantizar en tales supuestos que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales" (entre otras, SSTC 38/1981 , 41/2006 , 342/2006 , 125/2007 de 21-5).

SEXTO .- Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del control por parte del empresario del uso que el trabajador efectúa del ordenador facilitado por la empresa y lo ha hecho en las sentencias de 26 de septiembre de 2007, recurso 966/06 y 8 de marzo de 2011, recurso 1826/10 . En la primera de las sentencias citadas se establece: " *El control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario no se regula por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores , sino por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y a este precepto hay que estar con las matizaciones que a continuación han de realizarse. La primera se refiere a los límites de ese control y en esta materia el propio precepto citado remite a un ejercicio de las facultades de vigilancia y control que guarde "en su adopción y aplicación la consideración debida" a la dignidad del trabajador, lo que también remite al respeto a la intimidad en los términos a los que ya se ha hecho referencia al examinar las sentencias del Tribunal Constitucional 98 y 186/2000 . En este punto es necesario recordar lo que ya se dijo sobre la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio. Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad" en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo par la protección de los derechos humanos.*

La segunda precisión o matización se refiere al alcance de la protección de la intimidad, que es compatible, con el control lícito al que se ha hecho referencia. Es claro que las comunicaciones telefónicas y el correo electrónico están incluidos en este ámbito con la protección adicional que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. La garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador. La aplicación de la garantía podría ser más discutible en el presente caso, pues no se trata de comunicaciones, ni de archivos personales, sino de los denominados archivos temporales, que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet. Se trata más bien de rastros o huellas de la "navegación" en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. Pero hay que entender que estos archivos también entran, en principio, dentro de la protección de la intimidad, sin perjuicio de lo ya dicho sobre las advertencias de la empresa. Así lo establece la sentencia de 3 de abril de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando señala que están incluidos en la protección del artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos "la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet" y es que esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladores sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc). Tampoco es obstáculo para la protección de la intimidad el que el ordenador no tuviera clave de acceso. Este dato -unido a la localización del ordenador en un despacho sin llave- no supone por sí mismo una aceptación por parte del trabajador de un acceso abierto a la información contenida en su ordenador, aunque ello suscite otros problema en los que en este recurso no cabe entrar sobre la dificultad de la atribución de la autoría al demandante."

Por su parte la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 2011, recurso 1825/10 establece: "*En efecto, como ya se ha señalado, la prueba ha sido obtenida por la empresa a partir de una auditoría interna en las redes de información con el objetivo de revisar la seguridad del sistema y detectar posibles anomalías en la utilización de los medios informáticos puestos a disposición de los empleados. No consta que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, la empresa hubiera establecido previamente algún tipo de reglas para el uso de dichos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- ni tampoco que se hubiera informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control y de los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectiva laboral del medio informático cuando fuere preciso."*

En definitiva la doctrina de la Sala establece que la empresa, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, para realizar el control del uso del ordenador facilitado por ella al trabajador, ha de proceder a: a) Establecer previamente las reglas de uso de esos medios -los proporcionados por la empresa-, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales. b) Informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse, en su caso, para garantizar la efectiva utilización laboral del medio, cuando sea preciso. c) posibilidad de aplicar otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones.

OCTAVO .- En la primera de las sentencias citadas se razona, con absoluta claridad, que para que la empresa pueda proceder al control del uso del ordenador por parte del trabajador, sin vulnerar su "expectativa de confidencialidad" y, por ende, su dignidad, no solo ha de haber establecido instrucciones para su uso, sino también advertido de los controles que van a aplicarse. No es suficiente con que el empresario establezca validamente una prohibición absoluta de uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc...) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo sino que, además ha de advertir de los controles que se van a utilizar para conocer el uso del ordenador por parte del trabajador.

No comparto la lectura que la sentencia mayoritaria efectúa de la sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2007, recurso 966/06 , pues no se trata de razonamientos "obiter dicta", en el marco de la buena fe o de la legalidad ordinaria. En la citada sentencia se proclama, hasta tres veces, con absoluta rotundidad, la necesidad de que la empresa advierta de la limitación del uso del ordenador y del control de su utilización, razonando dicha sentencia: "aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad - derecho fundamental- no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por esta para su uso y al margen de los controles previstos para esta utilización y para garantizar la permanencia del servicio". Mas adelante establece: "Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso...". Por último señala: "De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que al realizarse el control se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad" -derecho fundamental-".

NOVENO.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto ahora examinado se concluye que la empresa efectivamente cumplió la previsión consignada en el apartado a), pues el 23 de enero de 2009 entregó a todos los trabajadores una carta, que la actora recibió y firmó, en la que se les comunicaba que quedaba terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet etc...) para fines personales, tanto dentro como fuera del horario de trabajo -hecho probado cuarto de la sentencia recurrida-. Sin embargo no dió cumplimiento a la previsión contenida en el apartado b), ya que no informó a los trabajadores de que iba a existir un control, ni de los medios que iban a utilizar para comprobar la corrección del uso del ordenador, pues procedió a monitorizar el ordenador de la actora y de la otra compañera, realizando la instalación del software al final de la jornada, una vez que la actora abandonó la empresa -hecho probado quinto-.

Por lo tanto, al haberse realizado el control empresarial sin advertir previamente de los controles y medidas aplicables, se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad", ya que no es suficiente la prohibición del uso del ordenador para actividades privadas, sino que, tal como ha venido entendiendo la doctrina de la Sala, dicha prohibición ha de ir acompañada de una información sobre la existencia de un control y de los medios que van a aplicarse.

DECIMO .- Por otra parte se ha señalado que el sistema instalado no se limitaba a controlar genéricamente tiempo y páginas visitadas por la trabajadora sino que permitía observar lo que la usuaria veía y la captación de pantallas para su posterior visualización, como venta de artículos de segunda mano, agencias de viajes, páginas de ofertas de empleo, confección de tarifas y menús para su propio negocio, escaneo de direcciones de catálogo de proveedores de la empresa Mactradisa SL., búsqueda de datos de proveedores y productos, lo que supone, sin duda, una vulneración de su derecho a la intimidad en los términos a los que anteriormente se ha hecho referencia.

UNDÉCIMO.- Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado.

En Madrid a 6 de Octubre de 2011

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto y el voto particular formulado por la Excma. Sra. D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Luis Fernando de Castro Fernandez, D. Jordi Agusti Julia, D^a Rosa Maria Viroles Piñol y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.