

## **MISCELÁNEA DE JURISPRUDENCIA ACERCA DE LA UTILIZACIÓN POR PARTE DE LOS EMPRESARIOS Y TRABAJADORES DE MEDIOS TECNOLÓGICOS EN LA EMPRESA.**

- Posibilidad de efectuar grabaciones videográficas en el centro de trabajo.
- Utilización del teléfono de la empresa por los trabajadores, para usos particulares.
- Utilización de ordenador de la empresa para fines particulares.

**Abdón Pedrajas Moreno**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**Tomás Sala Franco**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**Madrid, Septiembre 2005**

## SUMARIO

**I.- EL VALOR COMO PRUEBA DOCUMENTAL DE UNA GRABACIÓN VIDEOGRÁFICA REALIZADA EN EL CENTRO DE TRABAJO (A PROPÓSITO DE LA STSJ DE MADRID DE 6 DE JULIO DE 2004, RECURSO Nº 315/2004).**

**1.- Presentación del caso.**

**2.- La licitud del control audiovisual por parte del empresario.**

**3.-El carácter de prueba documental de las grabaciones videográficas a los efectos del recurso de suplicación.**

**II.- LA UTILIZACIÓN DEL TELÉFONO DE LA EMPRESA PARA HACER LLAMADAS TELEFÓNICAS PARTICULARES (A PROPÓSITO DE LA STSJ DE GALICIA, DE 30 DE MAYO DE 2003, RECURSO Nº 1872/2003).**

**1.- Presentación del caso.**

**2.- La prescripción de la falta consistente en abusar del teléfono de la empresa para asuntos particulares.**

**3.- La valoración judicial de la gravedad de los hechos en orden al despido.**

**III.- LA UTILIZACIÓN DEL ORDENADOR DE LA EMPRESA PARA FINES PARTICULARES (A PROPÓSITO DE LAS SS.TSJ DE GALICIA DE 30 DE MAYO DE 2003, RECURSO Nº 1759/2003 Y DE CATALUÑA, DE 28 DE ENERO DE 2005, RECURSO Nº 8294/2004).**

**1.- Presentación de los casos.**

**2.- Doctrina judicial sentada en cada una de las Sentencias.**

**ANEXO JURISPRUDENCIAL**

## **MISCELÁNEA DE JURISPRUDENCIA ACERCA DE LA UTILIZACIÓN POR PARTE DE LOS EMPRESARIOS Y TRABAJADORES DE MEDIOS TECNOLÓGICOS EN LA EMPRESA.**

### **I.- EL VALOR COMO PRUEBA DOCUMENTAL DE UNA GRABACIÓN VIDEOGRÁFICA REALIZADA EN EL CENTRO DE TRABAJO (A propósito de la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2004)**

#### **1.- Presentación del caso.**

1.- La presente Sentencia viene referida al conflicto que se plantea frecuentemente entre el derecho a la intimidad del trabajador y el poder de dirección del empresario cuando éste, para controlar determinadas actuaciones de los trabajadores, decide colocar una cámara oculta en el centro de trabajo, planteándose la cuestión capital de la licitud de la conducta empresarial y, consiguientemente, el valor probatorio de las imágenes obtenidas.

2.- En el presente caso, ante la sospecha de que se están produciendo irregularidades en los cobros de la mercancía por parte de determinados trabajadores, la empresa decide colocar una cámara oculta de grabación de imágenes en la zona donde se almacenan los alimentos y bebidas, sin conocimiento de los trabajadores salvo de los servicios de seguridad de la empresa, utilizando más tarde la grabación videográfica como prueba documental en el juicio por despido de los trabajadores implicados.

3.- Son, así, dos las cuestiones jurídicas que la Sentencia plantea. Por orden de importancia:

1ª) En primer lugar, la de la licitud del control empresarial frente al derecho a la intimidad de los trabajadores reconocido en el art. 10.1 de la Constitución.

2ª) En segundo lugar, la del valor documental de la prueba videográfica aportada por la empresa al juicio de despido.

#### **2.- La licitud del control audiovisual por parte del empresario.**

4.- Por lo que se refiere a la licitud del control audiovisual efectuado por la empresa, la Sentencia aplicará la amplia y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional existente acerca del equilibrio entre los derechos constitucionalmente reconocidos.

Así, partiendo de la aplicabilidad del derecho a la intimidad al ámbito de las relaciones laborales (por todas, STC 98/2000), se afirma la reiterada doctrina de que el derecho a la intimidad, como cualquier otro derecho fundamental, no es absoluto, pudiendo ceder ante la presencia de otros intereses constitucionalmente relevantes, *“siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho”* (por todas, SS.TC 57/1994 y 143/1994).

En este sentido, se recuerda que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, con fundamento en los arts. 33 y 38 de la Constitución y reconocido en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, le atribuye, entre otras, la facultad de *“adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”*, debiendo ejercerla con respeto a *“su dignidad humana”*, estando la intimidad del trabajador evidentemente conectada con la libertad y dignidad de la persona frente a ingerencias externas (por todas, SS.TC 170/1987, 142/1993 o 202/1999), constituyendo un límite al ejercicio de las facultades organizativas del empresario (por todas, SS.TC 94/1984, 123/1992, 134/1994 o 173/1994).

Esta doctrina se concreta en el siguiente procedimiento de actuación para valorar la constitucionalidad de cualquier medida empresarial restrictiva de los derechos fundamentales de los trabajadores, debiendo constatarse si cumple con los tres requisitos siguientes:

- a) En primer lugar, *“si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto”* (juicio de idoneidad).
- b) En segundo lugar, *“si (la medida) es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia”*(juicio de necesidad).
- c) En tercer lugar, *“si (la medida) es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”* (juicio de proporcionalidad)

5.- En el presente caso, la Sentencia considera que la medida adoptada por la empresa supera los tres juicios anteriores. Así:

- a) El de idoneidad, por cuanto la cámara oculta fue colocada en el lugar idóneo para ejercer el control de las supuestas irregularidades de los trabajadores, esto es, en la zona de almacenaje de bebidas y alimentos para verificar exclusivamente las irregularidades sospechadas, las

cuales se referían a un eventual desvío del género inventariado ante la falta de coincidencia de lo facturado.

- b) El de necesidad, dado que la grabación servirá de prueba de las irregularidades sospechadas.
- c) Y el de proporcionalidad, por cuanto la grabación se limita a la zona donde se sospechaba la existencia de irregularidades, esto es, *“a la zona donde se almacenan los alimentos y bebidas, espacio discreto y reservado a la vista del público y donde, por lógico sentido, podían cometerse las presuntas irregularidades”*.

Concluye la Sentencia en que *“no cabe calificar la actuación empresarial de ilegítima intromisión en el derecho a la intimidad de los trabajadores”* y en que *“la filmación fue la indispensable y estrictamente necesaria para satisfacer el interés empresarial merecedor de tutela y protección”*.

### **3.- El carácter de prueba documental de las grabaciones videográficas a los efectos del recurso de suplicación.**

6.- En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas - si las grabaciones videográficas constituyen o no prueba documental en el sentido del art. 191. b) de la Ley de Procedimiento Laboral a los efectos de fundamentar el recurso de suplicación,- la Sentencia viene a hacer una interpretación amplia y finalista del significado de la prueba documental, incluyendo en ella la fotografía, el video, las cintas magnetofónicas y los disketes de ordenador.

Aunque los arts. 299.2 y 382 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 recogen de modo autónomo la prueba documental y los instrumentos de filmación y grabación de la palabra, el sonido y la imagen, la Sala entiende que debe primar, a los efectos del art. 191. b) de la Ley de Procedimiento Laboral, un concepto amplio de *“documento”*, identificándolo con cualesquiera *“cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado”* (STS de 5 de febrero de 1998) y no sólo con *“representaciones escritas”*.

7.- Así pues, la Sentencia concluye declarando la legalidad de la prueba videográfica practicada en calidad de prueba documental a los efectos del recurso de suplicación efectuado.

## II.- LA UTILIZACIÓN DEL TELÉFONO DE LA EMPRESA PARA HACER LLAMADAS TELEFÓNICAS PARTICULARES (A PROPÓSITO DE LA STSJ DE GALICIA, DE 30 DE MAYO DE 2003).

### 1.- Presentación del caso.

8.- Disponiendo el trabajador de una Consellería de la Xunta de Galicia de las llaves de la oficina donde prestaba sus servicios, constituyen hechos probados que efectuó llamadas telefónicas desde dicha oficina a teléfonos "novecientos" y concursos de televisión, siempre fuera de la jornada de trabajo, hechos que venían produciéndose desde el año 1996, por lo que en el año 2001 se le recomienda por la empresa que se someta a tratamiento médico, cosa que hace; pero, una vez reincorporado al trabajo, vuelve a seguir realizando llamadas a dichos teléfonos a lo largo de los meses de febrero, junio, julio, agosto y septiembre del año 2001, por lo que la empresa, en octubre de este mismo año, de conformidad con el art. 49 del Convenio Colectivo aplicable, le notifica el despido, tras la instrucción del correspondiente expediente disciplinario.

La Sentencia de instancia declara procedente el despido del trabajador y, recurrida ésta en suplicación ante el TSJ de Galicia, éste desestima el recurso planteado, confirmando la Sentencia del Juzgado de lo Social correspondiente.

9.- Las cuestiones de interés que en el recurso se suscitan son básicamente dos:

- a) De una parte, si el conocimiento por la empresa de los hechos que dan lugar al despido desde una fecha muy anterior (en este caso, desde el año 1996) - supuesto muy frecuente en este tipo de hechos-, permiten o no a la misma imponer la correspondiente sanción disciplinaria, por el contrario, hay que entender prescritas las posibles faltas del trabajador.
- b) De otra parte, la valoración de la gravedad de los hechos para justificar un despido y no otra sanción disciplinaria inferior.

### 2.- la prescripción de la falta consistente en abusar del teléfono de la empresa para asuntos particulares.

10.- Por lo que se refiere a la prescripción de la falta consistente en abusar de las llamadas telefónicas desde el teléfono de la empresa cuando estos hechos se conocen de antiguo por esta última, la Sentencia señala que, en los supuestos de "faltas de carácter continuado" (esto es, "de una pluralidad de conductas infractoras continuadas en el tiempo que obedecen a una unidad de

*propósito y vulneran bienes jurídicos de la misma o análoga naturaleza”), el cómputo de la prescripción ha de comenzar en el momento en que tiene lugar el último incumplimiento, salvo que se trate de conductas fraudulentas o clandestinas, en cuyo caso la jurisprudencia ha declarado que el plazo prescriptivo no comienza hasta que se obtenga el conocimiento pleno de lo efectuado, que normalmente vendrá dado por el resultado de la investigación practicada (en el mismo sentido, las SS.TS de 15 de junio de 1990, Ar/5465, de 27 de octubre de 1993, Ar/4253, de 10 de noviembre de 1997, Ar/3801 o de 13 de marzo de 2002, Ar/778).*

11.- Por otro lado, dirá la Sentencia que, en ningún caso, incide en la prescripción el hecho de que la conducta transgresora del trabajador proviniese de lejos, cuando quedase claro que no existió permisividad o licencia tácita por parte de la empresa (más bien, en este caso, una *“paciente comprensión”* en aras de evitar la sanción disciplinaria si el trabajador desistía de su conducta, cosa que no ocurrió).

### **3.- La valoración judicial de la gravedad de los hechos en orden al despido.**

12.- Por lo que atañe a la valoración judicial de la gravedad de los hechos en orden a justificar el despido disciplinario efectuado, considera la Sentencia que la utilización continuada y no autorizada del teléfono de la empresa por el trabajador fuera de la jornada laboral para realizar llamadas particulares *“implica fraude, verdadera deslealtad y abuso de confianza en el desempeño laboral”* y que la conducta pone de relieve *“en sí misma un inequívoco contenido intrínseco de gravedad”*, no resultando en absoluto desproporcionada.

Recuerda la Sentencia la doctrina del Tribunal Supremo de que en la valoración de la gravedad de la conducta del trabajador a efectos del despido *“no cabe emplear criterios objetivos, sino que han de ponderarse de manera particularizada todos los aspectos concurrentes (subjetivos y objetivos),...aplicando un planteamiento que no sea solo individualizador y por ello valorativo de las peculiaridades de cada caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas, sino que enjuicie la infracción de manera gradualista y buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, pero ello partiendo de la idea cardinal de que el contrato de trabajo sujeta a las partes al mutuo deber de acomodar su comportamiento a las exigencias derivadas del principio básico de la buena fe, que es elemento normativo delimitador del contenido obligacional derivado del contrato de trabajo y que impone una conducta arreglada a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el*

*otro, conforme evidencian los arts. 5.a y 20.2 del ET" (por todas, SS.TS de 2 de abril y de 10 de diciembre de 1992, Ar/2590 y 10074).*

### **III.- LA UTILIZACIÓN DEL ORDENADOR DE LA EMPRESA PARA FINES PARTICULARES (A PROPÓSITO DE LAS SS.TSJ DE GALICIA DE 30 DE MAYO DE 2003, RECURSO Nº 1759/2003 Y DE CATALUÑA, DE 28 DE ENERO DE 2005, RECURSO Nº 8294/2004).**

#### **1.- Presentación de los casos.**

13.- Las dos Sentencias comentadas vienen referidas a la utilización del ordenador de la empresa para fines particulares:

- a) En la STSJ de Galicia, resulta probado, que el trabajador venía utilizando de forma continua y reiterada en el tiempo, dentro de su horario de trabajo y en su puesto de trabajo, los equipos informáticos de la empresa para acceder a Internet con fines privados de carácter lúdico, de alto y explícito carácter pornográfico, hechos por los que es despedido. La sentencia de instancia declara el despido procedente y el TSJ confirma la sentencia desestimando el recurso de suplicación planteado contra ella.
- b) En la STSJ de Cataluña, por su parte, resulta probado que el trabajador había utilizado en numerosas ocasiones el ordenador para fines personales sin ninguna relación con su actividad en la empresa, siendo despedido por ello. La Sentencia de instancia declara el despido procedente y el TSJ estima parcialmente el recurso y revoca la Sentencia de instancia.

#### **2.- Doctrina judicial sentada en cada una de las sentencias.**

14.- En la STSJ de Galicia se plantean básicamente dos cuestiones de interés:

- a) La de si atenta o no al derecho a la intimidad del trabajador la vigilancia y control informático llevado a cabo por la empresa.
- b) La valoración de la gravedad de la conducta del trabajador a efectos del despido.

15.- En cuanto a la primera cuestión, la Sentencia recuerda la doctrina del equilibrio entre derechos constitucionales sentada por el Tribunal Constitucional



(por todas, STC 143/1994 y 297/1996), según la cual *“el derecho a la intimidad 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, aunque no es un derecho absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel 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, de ahí que el poder de dirección que el art. 20 del ET atribuye al empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, le autoriza para adoptar las medidas que estime oportunas para comprobar el cumplimiento de los deberes laborales por los trabajadores, pero esta facultad empresarial ha de producirse en todo caso dentro del debido respeto a la dignidad de aquellos”*.

16.- Por lo que se refiere a la gravedad de la conducta del trabajador a efectos del despido, entiende la Sentencia que la utilización de medios informáticos de la empresa por el trabajador en provecho propio constituye un *“claro supuesto de transgresión de la buena fe contractual”*, sin que resulte necesario la presencia de un lucro personal ni la causación de daños a la empresa.

En definitiva, de tal afirmación es posible deducir la doctrina de que, para el Tribunal, en el caso de inexistencia de prohibiciones o advertencias expresas por parte de la empresa, el trabajador no tiene derecho a hacer uso de los equipos informáticos de la empresa sin la expresa autorización de la misma (en el mismo sentido, STSJ de Galicia, de 16 de julio de 2003, JUR/178294/2004).

17.- En la STSJ de Cataluña la cuestión principal planteada se refiere a la valoración de la gravedad de la conducta del trabajador a los efectos del despido.

Partiendo de la premisa de que la empresa no había dado órdenes o instrucciones particulares a los trabajadores sobre la utilización de los medios informáticos proporcionados por la empresa, la Sentencia concluye afirmando que *“el hecho de haberse conectado la demandante a alguna página web no relacionada con el trabajo, sin constancia del número de veces y el tiempo invertido en tales conexiones...o que se constataran restos de un programa que sirve para chatear, sin más datos, no son conductas que revelen una grave transgresión de la buena fe contractual ni un uso abusivo de los medios informáticos puestos por la empresa a disposición del trabajador”*.

En definitiva, de tales afirmaciones es posible deducir la existencia de una doctrina más benévola que la del TSJ de Galicia, por cuanto, en el caso de que

no exista una expresa prohibición por parte de la empresa, el trabajador tiene derecho a hacer un uso moderado y no abusivo para asuntos ajenos al trabajo (en el mismo sentido, SS.TSJ de Madrid, de 18 de septiembre de 2002, Ar/2828 o de 18 de enero de 2005, JUR/54267).

18.- Desde luego, cabe deducir de las sentencias anteriores y de una amplia jurisprudencia en este sentido que el empresario tienen derecho a prohibir la utilización por el trabajador de los medios informáticos para asuntos propios, en cuyo caso habrá que estar al contenido de la expresa prohibición (por todas, SS.TSJ de Cataluña, de 5 de julio de 2000, Ar/3452, del País Vasco, de 4 de junio de 2002, Ar/1453/2003, de la Comunidad Valenciana, de 15 de mayo de 2003, Ar/115407/2004, de Cataluña, de 11 de marzo y de 22 de julio de 2004, Ar/1231 y 2696 o de Canarias, de 24 de septiembre de 2004, JUR/286692).

19.- No hay duda, en fin, de que el uso del ordenador por parte del trabajador para asuntos privados pone en riesgo la seguridad informática de los sistemas empresariales.

En este sentido, las conclusiones de un Estudio elaborado por la empresa Sophos sobre el uso de los ordenadores de empresa vienen referidas a los que denomina los "*siete pecados capitales*" en el uso de la red en el trabajo:

- 1º) Descargar música o películas.
- 2º) Abrir documentos adjuntos o hacer clic en enlaces de mensajes no solicitados.
- 3º) Visitar páginas web pornográficas o de contenido ilícito.
- 4º) Abrir programas de broma enviados por amigos o compañeros de trabajo.
- 5º) Instalar programas no autorizados o complementos para el navegador.
- 6º) Proporcionar información a desconocidos por teléfono o correo electrónico.
- 7º) Utilizar la misma contraseña en diferentes páginas web o compartirla con más personas.

Madrid, Septiembre 2005.

**ANEXO JURISPRUDENCIA**

- STSJ DE CATALUÑA, DE 28 DE ENERO DE 2005, RECURSO Nº 8294/2004.
- STSJ DE GALICIA DE 30 DE MAYO DE 2003, RECURSO Nº 1759/2003.
- STSJ DE GALICIA, DE 30 DE MAYO DE 2003, RECURSO Nº 1872/2003.
- STSJ DE MADRID DE 6 DE JULIO DE 2004, RECURSO Nº 315/2004.

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 8294/2004.

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Ignacio <sup>a</sup> Palos Peñarroya

DESPIDO IMPROCEDENTE: transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza: navegar por internet: falta de gravedad.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG :

mm

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

En Barcelona a 28 de enero de 2005

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A núm. 657/2005**

En el recurso de suplicación interpuesto por María Antonieta frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Tarragona de fecha 19 de mayo de 2004 dictada en el procedimiento Demandas nº 290/2004 y siendo recurrido/a DECASA REUS PARQUETS I CUINES S.L. y DECASA PARK S.C.C.L.. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 8 de abril de 2004 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 19 de mayo de 2004 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimo la demanda interpuesta por María Antonieta frente a las empresas DE CASA PARK, S.C.C.L. -DECASA REUS PARQUETS I CUINES S.L., absolviendo a las mismas de los pedimentos de dicha demanda."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1.- La demandante ha venido prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada, desde el día 5 de mayo de 1998, con la categoría profesional de auxiliar administrativo y salario de 910,07 . mensuales, incluida la prorrata de pagas extras.

La relación laboral de la actora se inició con la empresa DE CASA PARK SCCL, subrogándose como empleadora DECASA REUS PARQUETS I CUINES S.L. con efectos desde el 2 de octubre de 2003.

2.- La empresa demandada en fecha 2 de marzo notificó mediante burofax a la actora su despido disciplinario, basado en los siguientes hechos:

"Entre los meses de enero y febrero de 2004, sufrimos una avería en nuestro servidor de dominio (empresa que nos ofrece el servicio de hospedaje de la página web y servidor de correo electrónico), por lo que tuvimos que contratar los servicios de un técnico informático a fin de solventar el problema.

Debido a este contratiempo, el técnico tuvo que introducirse en su ordenador pudiendo observar sorprendido que había sido borrado el registro de Windows, no funcionando correctamente parte de los programas, siendo que es completamente anómalo que un ordenador que se conecta a internet no deje ningún archivo temporal en su disco duro, ya que esta técnica de archivos temporales permite navegar con más velocidad en la red, comprobando que la opción que habilita la utilización de archivos temporales estaba correctamente activada, por lo que la única forma de hacer desaparecer este tipo de archivos es borrarlos deliberadamente.

No obstante, Ud. no borró los archivos temporales que guarda el sistema operativo Windows dentro de sus carpetas, por lo que a través de los mismos pudimos comprobar que el histórico de las carpetas de Windows de su ordenador, muestra muchos accesos a internet, sobre todo al sistema de Microsoft, "Hormail"; también aparecen páginas web dedicadas a chat, como WWW.Latinchat.Com.

En general, las páginas web que aparecen en su histórico no guardan ningún tipo de relación con la orientación de nuestro negocio, siendo páginas tales como: Giadelocio.com, shopping.msn.es, latincards.com, cinerama.es.msn.com, msn.es, eresmas.com, hawkee.com, fastclick.net, advertising.com, etc.

Asimismo, hemos podido comprobar que en su ordenador quedan restos medio borrados del programa Messenger de Microsoft en el registro de Windows, con una cuenta de correo instalada: alianlindiahotmail.com, en la contraseña de acceso coincide con la fecha de nacimiento de su hija. Por otro, también existen restos del programa MIRC en el registro Windows, el cual es un programa que sirve principalmente para xatear directamente en salas de discusión.

Junto con tales hechos cabe remarcar la circunstancia de que en el momento que por esta empresa se le comentó que se iba a contratar un técnico informático para tratar de solventar los problemas que teníamos con el ordenador, a Ud. no pareció agradarle mucho la idea y procedió a solicitar la baja médica por enfermedad común, en fecha 11.2.2004.

Todo ello, se ve agravado con la realidad de su falta de interés y dedicación al trabajo, toda vez que debía controlar toda la facturación de la empresa, y vigilar de si había descuentos reclamarlos al proveedor, lo cual no llevó a cabo, dejándolo pasar por alto repetidas ocasiones, como en las facturas 30.30.351, 303.508 y 400.012 de la empresa "HNOS. RUIZ S.L." provocando un grave perjuicio económico para esta empresa".

Los hechos contenidos en la citada carta de despido se han acreditado en el presente juicio.

3.- Que no se ha acreditado en el presente juicio que la trabajadora hubiera sufrido en la empresa hostigamiento psicológico alguno ni que D. Ismael, titular de la explotación de las empresas demandadas le propusiera a la actora mantener relaciones sexuales.

4.- La demandante no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical.

5.- Con fecha 10.3.04 se presentó papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación -SMAC-, celebrándose el acto conciliatorio el día 24.3.04, terminando con el resultado de "sin avenencia". El día 8.4.04 se presentó demanda ante los Juzgados de lo Social."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Recurre en suplicación D<sup>a</sup> María Antonieta la sentencia que desestimó su demanda sobre despido contra las empresas De Casa Park SCCL y Decasa Reus Parquets i Cuines S.L., solicitando en primer lugar, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión del hecho probado segundo en el sentido de suprimir el redactado final de que "los hechos contenidos en la carta de despido se han acreditado en el presente juicio", por no indicar el juzgador de instancia la prueba que le permite dejar como probado los referidos hechos y en virtud de la valoración que la recurrente realiza de la prueba pericial, testifical y de interrogatorio.

Dicha pretensión debe ser desestimada, primero porque en atención al carácter extraordinario del recurso de suplicación, que no es una segunda instancia como la apelación civil, no es posible revisar toda la prueba practicada en el acto del juicio sino solo los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, y segundo porque en la propia fundamentación jurídica de la sentencia se detallan los distintos elementos probatorios tenidos en cuenta para dar por probados los hechos, así el interrogatorio de la propia trabajadora, la pericial de D. Braulio y la testifical de D. Carlos Miguel.

SEGUNDO.- Solicita en segundo lugar la adición de un nuevo hecho probado, que sería el tercero, para que se diga que "los ordenadores de la empresa demandada carecían de claves de acceso", petición que ha de rechazarse ya que del informe pericial obrante a los folios 70 y 71 no se desprende tal extremo y la prueba de interrogatorio no es idónea para revisar los hechos a tenor del artículo 191.b) de la L.P.L.

TERCERO.- En tercer lugar pretende la recurrente incorporar un nuevo hecho probado cuarto, que sustituiría al tercero, del siguiente tenor: "la trabajadora María Antonieta inició en fecha 11.02.2004 proceso de Incapacidad Temporal en el que aún se mantiene, con diagnóstico de "quadre de depressió i angoixa secundari clarament a mobbing laboral", siendo examinada por el Dr. Oscar de la Unitat de Salut Laboral del Institut Català de la Salut en fecha 17.2.2004, quien dio parte a las dependencias de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Tarragona", citando al efecto diversos informes médicos aportados a los autos, petición que tampoco puede prosperar ya que, por una parte, la expresión "mobbing laboral" es de carácter valorativo, que no puede aceptarse sin una previa descripción de los hechos, actitudes o comportamientos de los que inferir tal acoso en el trabajo y, por otro lado, los facultativos que han atendido a la actora por sus conocimientos científicos o técnicos solo están en condiciones de certificar las concretas dolencias que puede presentar, pero no el origen laboral de las mismas sino es por las manifestaciones de la propia interesada.

CUARTO.- En el primer motivo encaminado al examen del derecho aplicado, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la recurrente la infracción de los

artículos 55.1, 55.2 y 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, por considerar que los hechos que se le imputan en la carta de despido no se explicitan con la debida suficiencia, son imprecisos, indeterminados, genéricos y su deficiente contenido le han ocasionado indefensión al no haberse podido defender adecuadamente de las imputaciones que en la misma se contienen.

Dicho motivo de censura jurídica debe ser desestimado toda vez que en la demanda nada se alegó sobre la falta de concreción de la carta de despido, limitándose la recurrente a manifestar que los hechos relatados en la misma eran falsos y tampoco se planteó esta cuestión en el acto del juicio, por lo que no puede ahora alegar por primera vez que la carta de despido le ha ocasionado indefensión por la forma genérica en que la misma está redactada, ya que en atención al carácter extraordinario del recurso de suplicación no pueden plantearse cuestiones nuevas no invocadas en la instancia, por la indefensión que con ello se ocasiona a la parte contraria, tal como han puesto de manifiesto las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1993, 4 de febrero de 1997 y 6 de febrero de 1998, en relación al recurso de casación, salvo que se trate de cuestiones que afectan al orden público procesal, lo que no es el caso. Todo ello sin perjuicio de la calificación que de los hechos imputados y que se declaran probados se efectuará en el apartado correspondiente. Por la misma razón no es correcto alegarse por primera vez que la prueba pericial practicada por la empresa no puede desplegar efecto alguno, de conformidad con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse obtenido con conculcación de derechos fundamentales de la trabajadora por haberse realizado aprovechando que se encontraba de baja, sin que la misma pudiera estar presente y sin que hubiera motivo para ello, pues tal alegación debió efectuarse en el acto del juicio para, de este modo, haber dado oportunidad a la parte demandada de contestar y poder justificar la legalidad de la prueba aportada. En cualquier caso debió hacerse constar en el acta la oportuna protesta contra la admisión de la prueba que ahora pretende tacharse de ilegal.

QUINTO.- En los dos siguientes motivos de censura jurídica se denuncia la infracción por aplicación errónea del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores al no haber quedado probado el incumplimiento alegado por el empresario en la carta de despido, así como del artículo 54.2.d) del mismo Estatuto y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita referida a la teoría gradualista y proporcional sobre la ponderación de la gravedad y trascendencia de la conducta enjuiciada.

La primera denuncia no puede prosperar ya que si la sentencia declara expresamente que los hechos contenidos en la carta de despido se han acreditado en el presente juicio y no se ha accedido a la revisión del hecho probado segundo en el que tal afirmación se contiene, no puede ahora la recurrente afirmar lo contrario en virtud de su personal y subjetiva valoración de la prueba.

En la segunda denuncia se niega que los hechos que se declaran probados tengan gravedad suficiente como para merecer el despido disciplinario. La doctrina tradicional elaborada por el Tribunal Supremo viene entendiendo que las infracciones que tipifica el artículo 54.2 del E.T. para erigirse en causa que justifiquen la sanción del despido han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose por el contrario un análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues solo desde esta perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción (STS de 2 de abril de 1992). En relación a la trasgresión de la buena fe contractual el mismo Tribunal Supremo ha tenido ocasión de precisar que no cualquier trasgresión de dicha buena fe justifica el despido, sino solo aquella que por ser grave y culpable suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador (STS de 4 de marzo de 1991).

En el presente caso las imputaciones que se hacen a la trabajadora y que la sentencia da por probadas son de dos tipos: por una parte la utilización indebida del ordenador para fines ajenos al trabajo, habiendo borrado algunos de sus archivos y, por otra parte, una falta de interés en el trabajo por no haber solicitado descuentos al proveedor en tres concretas facturas.

