



Roj: **STSJ CANT 784/2023 - ECLI:ES:Tsjcant:2023:784**

Id Cendoj: **39075340012023100560**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2023**

Nº de Recurso: **485/2023**

Nº de Resolución: **578/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000578/2023

En Santander, a **26** de **julio** del 2023.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias (ponente)

Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los/las Ilmos. /as. Sres./Sras. citados/as al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Melchor contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Cuatro de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Según consta en autos se presentó demanda por D. Melchor, representado y asistido por el letrado D. Alejandro Movellán Vázquez, siendo demandada AMÓS DE ESCALANTE & ASESORES, S.L., representado y asistido por el letrado D. Marcelo Rodríguez Altónaga Martínez, sobre Despido, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 9 de diciembre del 2022 (Proc. 741/2021), en los términos que se recogen en su parte dispositiva. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO. - Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- D. Melchor viene prestando servicios para la empresa AMÓS DE ESCALANTE & ASESORES como economista (licenciado-grupo 1) con una antigüedad de 25 de septiembre de 2008 y salario mensual bruto de 1.844,31 euros incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

(No controvertido).

2º.- 1. Con fecha 3 de agosto de 2021 la demandada se puso en contacto con la empresa informática INGESIST porque tenían problemas de acceso a Internet y los ordenadores funcionan a una velocidad muy reducida.

Ese mismo día se presentó en las instalaciones un miembro del equipo, D. Roque, quien, tras un análisis de la red y del parque informático (hardware, escritorio y cables, sin entrar a los archivos personales) no logró solucionar el problema. INGESIST aconsejó al cliente una revisión más exhaustiva de todos los terminales.

(Informe de INGESIST -documento nº 3 del ramo de prueba de la parte demandada- y testifical de D. Roque).



2. La compañera de trabajo del actor, D. ^a Azucena , remitió un mensaje de texto al actor ese mismo día con el siguiente contenido: "Ten cuidado si te conectas al ordenador de la oficina porque hoy ha venido un tío que ha estado hablando en el despacho con Vicente , que no son los de informática y ha estado enredando solamente en tu ordenador y cuando ha terminado le ha dicho a Carlota que ya estaba y ha entrado corriendo al despacho (el jefe ya no estaba)".

(Documento nº 3 de la demanda -epígrafe 5 del índice electrónico-).

3º.- El 17 de agosto de 2.021 el demandante volvió al trabajo después de haber disfrutado un periodo de descanso comprendido entre el 2 y el 15 de agosto. Al llegar a la oficina le dieron a firmar el siguiente documento (epígrafe 3 del índice electrónico):

La Empresa INGESIST, encargada del mantenimiento informático, ha detectado un fallo de seguridad en la red que puede estar relacionado con un intruso en alguno de los ordenadores de la asesoría por lo que es necesario analizar uno por uno en busca de software malicioso o corrupto que pueda estar causando esto.

A través del presente le informo de que en el ejercicio de las funciones organizativas la Empresa se ha encargado la revisión de todos los dispositivos pertenecientes a la referida red, de lo que se les informa a los efectos que de que pueda estar presente.

El actor firmó el referido documento.

(No controvertido).

2. En el momento en que se entregó el documento anterior se indicó a los trabajadores que necesitaban su consentimiento para acceder a los ordenadores por si hubiera carpetas personales (testifical de D. ^a Azucena), pese a que el uso de las mismas no estaba autorizado por la empresa (interrogatorio de D. Vicente).

3. Cuando llegó el turno del registro del ordenador del actor, el informático D. Roque uso un programa que detectaba rápidamente (dos o tres minutos) las carpetas con más peso. Al encontrar una carpeta con mucho volumen, el informático lo comunicó al empleador, D. Vicente , quien indicó que abrieran carpeta, dentro de la cual aquél se detuvo en las carpetas donde había películas y juegos, así como en una de nombre "varios", reprendiendo al trabajador que fuera por las tardes a la oficina a pasar el tiempo con películas y juegos. En el interior de la carpeta "varios" el empresario captó especial atención con la subcarpeta "varios x", dentro de la cual había una con el nombre de su mujer Milagros , razón por la cual D. Vicente decidió que se abrieran igualmente los archivos de la misma. La carpeta " Milagros xxx" contenía 10 archivos con fotografías pornográficas de D. ^a Milagros , esposa del empleador. Asimismo, dentro de la carpeta " Azucena ON THE TOP", había 67 archivos de fotografías de los glúteos de su compañera de trabajo D. ^a Azucena cuando se encuentra agachada en la fotocopidora de la oficina, así como en el mostrador de su puesto de trabajo, el cual se encuentra delante- contiguo al del trabajador.

(Testifical de D. Roque , reproducción de audio, reproducción del disco duro del ordenador e informe de INGESIST).

4º.- Tras el registro, la empresa concedió al actor un permiso retribuido en los siguientes términos:

Una vez revisado su ordenador de trabajo con su autorización y habiendo aparecido archivos ajenos al trabajo y de carácter personal, se le comunica que deje momentáneamente por el día de hoy, 16 de agosto de 2021, su trabajo considerándose día laboral.

Se le comunicará en breve la decisión que tome la empresa sobre los hechos acaecidos.

(Documento nº 5 de la demanda -epígrafe 7 del índice electrónico-).

5º.- 1. En fecha 17 de agosto de 2021 la empresa despidió al actor motivos disciplinarios mediante la entrega de una carta de despido del siguiente tenor:

El motivo de la presente no es otro que comunicarle la decisión adoptada por la dirección de esta empresa de proceder a sancionarle por la comisión de varias faltas muy graves conforme a los vigentes artículos 54 del Estatuto de Trabajadores, y los artículos 36.6 36.8 36.9 y 36.14 del Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales en base a los hechos que a continuación se detallan.

En la mañana de ayer, sobre las 9:00 horas, por la Empresa de Informática INGESIST se ha efectuado un control y examen rutinario de todos los ordenadores del Centro de trabajo por existir un riesgo de virus que podía afectar la red.



Para ello, se le ha informado previamente, ha mostrado expreso consentimiento, y ha estado presente en el examen de los terminales al igual que el resto de sus compañeros, estando como testigos la totalidad de la plantilla, todo ello de conformidad con el artículo 18 del Estatuto de Trabajadores.

En el transcurso del examen concreto de su terminal, se ha localizado una carpeta con el nombre "WINGIN", que contenía otras subcarpetas con información de índole personal y ajena a su trabajo.

Los nombres de las mismas son:

Deporte

Economía personal

Electrónica

Empleo ofertas

Empleo+administración

FAMILIA Y AMIGOS

Favoritos exploradores

Formación

Informática

Juegos

Música

Noticia+artículos

Oposiciones-pruebas selección Películas+series

Postgrado universidad

Temporales Universidad

Varios

accesos directos varios

Z_accesosX directo X

DENTRO DE LA CARPETA "VARIOS" se han abierto otras subcarpetas:

Buses+trenes

Cajas de caudales

Comics

Cosucas de internet lbooks

Felicitaciones

Fer antiguo

Fotos personales

Fotos y videos artesanales

Fútbol

Gastronomía

Humor

Libros

Lotería

Fotos Otros

Ropa

Salud+estética

VarioX



Viajes ocio

Vivienda alquiler

DENTRO DE LA CARPETA VARIOX se han abierto otras subcarpetas:

·O_ARTÍCULO X

O_TEORIAS

AS_50 FOTO X

BUM BUM BRASILEÑOS 2013

CHICA DEL ANUNCIO DEL CHIC

CINCO_GUAPI

CULAZO DE FITNESS

Azucena ON THE TOP

FOTOX

HALLE BERRY

JOYAX

KATIE

LA MALA RODRIGUEZ_FOTO X

LENCERIA AMANTIS

LUIGIX

MARTA GOTERA_CHEE.RLEADER

MOVIES SELECCIÓN·

NOVIA RONALDO

OLVIDO HORMIGOS

Milagros

POSIBILIDAD DE INFARTO

SILICONAS XXX+ LIMPIEZA

VIVA EL MUNDIAL 2010

Varios pdfs llamados:

OCHO MITOS DEL PORNO IRREALES

FUTURO DE LA ROBOTICA ES EL PORNO¿

IT GIRL_LAURA CORRALES PERFECTA

MASTUBACION COMPULSIVA ES UN PROBLEMA

MADRE PERFECTA

PICADERO HOTEL ADELMA_HOZNAYO

SABRINA_BOY BOYS_A LOS 50

Y los siguientes fotos y videos con los siguientes nombres:

BARBIE EN EL AEROPUERTO

BIQUINI HALLEY BERY 007

BODY PAINT FAGOR AZAFATA

BRASILEÑAS GEMELÁS_NATACION SINCRONIZADA

CARTEL BORGIA FINAL CHAMPIONS 2017

CULITO PERFECTO 2



CULITO PERFECTO

Azucena ON THE TOP _2021

JUEZA DE LINEA BRASILEÑA

LEGUINS

MADRE PERFECTA 2

MARTA HAZAS_1977 NACIO

NAOMI CAMPBELL_25 AÑOS DE DIFERENCIA

NEGRITA PERFECTA

NOVIA DI CAPRIO

PELIRROJA ING

PRESENTADORES.DESNUDAS VENEZUELA

REINA LETICIAMICELANEA FOTAL

REINA. LEITICIA PEZONCILLO

SOFIA, PROXIMA PRINCESA SUECIA

TRAGALUZ DE LIBRO

TRAGALUZ DE LIBRO 2

TRAGALUZ_CULAZO PERFECTO

VENEZOLANA CRIMEN

Dentro de la carpeta " Milagros xxx" existen 10 archivos fotografías de índole personal y desnuda de Dña. Milagros, esposa de su empleador, las cuales ha tenido que obtener del portátil personal de su superior Vicente

Dentro de la carpeta " Azucena ON THE .TOP", existen 67 archivos de fotografías DE LOS GLUTEOS DE SU COMPAÑERA DE TRABAJO Azucena CUANDO SE ENCUENTRA AGACHADA EN LA FOTOCOPIADORA DE LA OFICINA, Y EN EL MOSTRADOR DE SU PUESTO.DE TRABAJO, el cual se encuentra delante-contiguo.

En el resto de carpetas, se han encontrado multitud de fotografías y vídeos de índole sexual.

Conforme autoriza el Artículo 54 del Estatuto de Trabajadores, el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

Se considerarán incumplimientos contractuales: "b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo,

d) ¡La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo"

Asimismo, conforme recoge el artículo 36. del Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales, las conductas descritas, suponen una infracción de leyes, reglamentos o convenios y, en concreto, deben calificarse como:

1.- FALTA MUY GRAVE -art. 36.6 Convenio: El acoso sexual. Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Y el acoso por razón de género, entendido como cualquier comportamiento realizado, en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2.- FALTA MUY GRAVE -art. 36.8 Convenio. El uso de las instalaciones con fines particulares, sin autorización expresa del empresario

3. FALTA MUY GRAVE -art.36.9 Convenio. El fraude, deslealtad, o abuso de confianza en las funciones encomendadas.

4. FALTA MUY GRAVE -art 36.14 Convenio. La utilización fraudulenta de los medios electrónicos o herramientas tecnológicas establecidos en la empresa.

Conforme autoriza el artículo 37 del Convenio de aplicación, la empresa ha decidido sancionar los hechos acontecidos con su máximo rigor con el presente DESPIDO DISCIPLINARIO, y ello SIN PERJUCIO DE LAS



ACCIONES PENALES Y CIVILES QUE LOS OFENDIDOS Y PERJUDICADOS POR LOS HECHOS NARRADOS PUEDAN EJERCITAR.

Indicar también que se ha encontrado en su ordenador una carpeta con documentación laboral y fiscal de distintos clientes, la cual que se encuentra en el servidor, 'por lo que sólo tiene sentido si lo ha hecho para transferirlo a otro terminal externo.' A través de la presente se le advierte de las responsabilidades penales y civiles en las que pudiera incurrir por esta conducta en caso de verificarse.

Indicarle que la extinción del contrato que le notificamos le da derecho a percibir directamente la prestación por desempleo con la simple presentación de esta comunicación a la Oficina de Empleo y la cumplimentación de los formularios de rigor. La liquidación, saldo y finiquito que en derecho le corresponden se le realizará por transferencia inmediatamente.

Se le hacen entrega en este acto la totalidad de sus enseres personales que se encontraban en la oficina.

Sin otro particular, y agradeciéndole los servicios prestados, rogamos firme la presente y su duplicado en cada una de las hojas que lo componen para maestra, constancia y archivo.

(Carta de despido -epígrafe 4 del índice electrónico-).

2. En la vida laboral figura de baja el actor con fecha 16 de agosto de 2021.

(Vida laboral -epígrafe 8 del índice electrónico-).

6º.- Se da por reproducido el informe de la Brigada de la Policía Científica de 25 de abril de 2022, cuyas conclusiones son del siguiente tenor:

4- CONCLUSIONES

De los estudios realizados, así como de los resultados obtenidos se puede determinar lo siguiente:

Vestigio 22-747-1: Torre de PC del fabricante CoolBox, con número de serie NUM000, reseñada como pieza de convicción nº 241/21, este dispositivo no dispone de ningún sistema de almacenamiento estático, salvo el Vestigio 22-747-1-1 extraído del mismo.

Vestigio 22-747-1-1: Disco duro de la marca SEAGATE, con una capacidad según fabricante de 1 Terabyte, con número de serie NUM001, extraído del Vestigio 22-747-1.

Dentro de este en la ruta \WINGIN\V ARIOS\VarioX\, se localiza la carpeta Milagros XXX, siendo creada en este disco el día 22/11/2016 a las 08:31, en la misma se localizan DIEZ (10) fotografías de carácter comprometido realizadas con dispositivo BlackBerry modelo 8520, la carpeta contenedora de las fotografías se creó el 22/11/2016 a las 08:31.

Se analiza la actividad que hubo entre las fechas 02/08/2021 y 15/08/2021 viendo actividad en el equipo según configuración horaria del equipo los días 2, 3,5 y 6 de agosto, entre esas fechas se registra más de VEINTE MIL (20.000) registros, se vuelcan estos registros en el archivo "ACTIVIDAD.html", el cual puede ser abierto con cualquier navegador web, este archivo es incluido en un soporte físico DVD rotulado como "74722".

Para acreditar si los datos o metadatos han podido ser manipulados o alterados, se tiene que tener los datos o archivos de origen (indubitados), a los cuales se les aplica la técnica de aseo, que consiste en dar un valor alfanumérico sobre el contenido del archivo, ese valor es un HASH, generado por un algoritmo es único e individualizador, si se cambia cualquier dato, al generar el hash, daría un valor totalmente diferente, los hashes son una pieza clave para certificar la autenticidad de datos, por tanto y en conclusión NO es posible determinar la manipulación efectiva de los citados metadatos.

Dentro de la carpeta Archivos de Programas, se encuentra instalado el Antivirus McAfee, el cual detecta y neutraliza la mayoría de las amenazas de seguridad al equipo de forma automática, sin necesidad de administración por parte del usuario. Por tanto, no es necesaria la apertura de las carpetas con los archivos para realizar una búsqueda efectiva de virus, sino que es el propio programa el que puede realizarlo de forma automática.

El procedimiento que utiliza McAfee Antivirus, para los elementos en cuarentena, los cifra y aísla en una carpeta para evitar que los archivos, programas o cookies dañen el equipo. Si pone en cuarentena un elemento por error o si se da cuenta de que un elemento de la lista no supone una amenaza de seguridad, el mismo antivirus puede sacarlo de la cuarentena.

7º.- Por auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander de 06 de mayo de 2022 se acordó el sobreseimiento provisional de la denuncia interpuesta por el demandante contra el empleador por revelación de secretos



(epígrafe 33 del índice electrónico) Dicha resolución fue confirmada por el auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de noviembre de 2022 (epígrafe 78 del índice electrónico).

Ambas resoluciones se dan por reproducidas.

8º.- Cada cierto tiempo se cambiaba el ordenador de D. Vicente . Al objeto de conservar esta la información, pedía al demandante que se la pasara del viejo al nuevo ordenador.

(Interrogatorio de D. Vicente).

9º.- Se da por reproducido el registro horario del trabajador (documento nº 4 del ramo de prueba de la parte demandada).

10º. Previa a la interposición de la demanda tuvo lugar acto de conciliación con el resultado de celebrado sin avenencia.

(Acta de conciliación -epígrafe 4 del índice electrónico-).

TERCERO. - En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"En atención a lo expuesto, se desestima la demanda interpuesta por D. Melchor contra AMÓS DE ESCALANTE & ASESORES y, en consecuencia, se declara la procedencia del despido disciplinario efectuado el 17 de agosto de 2021 y se absuelve a la demandada de todas las pretensiones de la demanda".

CUARTO. - Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria e interesando su desestimación el Ministerio Fiscal, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Revisión de los hechos probados.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 b) de la LRJS, se interesa la modificación del hecho probado tercero apartado 2, cuya redacción actual es la siguiente:

"En el momento en que se entregó el documento anterior se indicó a los trabajadores que necesitaban su consentimiento para acceder a los ordenadores por si hubiera carpetas personales (testifical de Dª Azucena), pese a que el uso de las mismas no está autorizado por la empresa (interrogatorio de D. Vicente)".

La redacción que se propone es:

"En el momento en que se entregó el documento anterior se indicó a los trabajadores que necesitaban su consentimiento para acceder a los ordenadores por si hubiera carpetas personales (testifical de Dª Azucena), dado que el uso de las mismas sí estaba autorizado y era conocido por la empresa (interrogatorio de D.

Vicente).

La inclusión del hecho probado se basa, sin embargo, en la declaración de Doña Azucena ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Santander. Es decir, prueba estrictamente testifical que agota su trascendencia en la instancia y que no pierde tal carácter por el hecho de que se haya incorporado por escrito; es contradictoria, además con el interrogatorio de D. Vicente .

SEGUNDO. - Al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 b), se interesa la modificación del hecho probado tercero apartado 2, cuya redacción actual es la siguiente:

La redacción actual del hecho probado es la siguiente:

"... cuando llegó el turno del registro del ordenador del actor, el informático D. Roque usó un programa que detectaba rápidamente (2 o 3 minutos) las carpetas con más peso. al encontrar una carpeta con mucho volumen, el informático lo comunicó al empleador, D Vicente , quien indicó que abriera la carpeta, dentro de la cual se detuvo en las carpetas donde había películas y juegos, así como en una de nombre "varios", reprendiendo al trabajador que fuera por las tardes a la oficina a pasar el tiempo con películas y juegos. en el interior de la carpeta varios el empresario captó especial atención con la subcarpeta "varios x", dentro de la cual había una con el nombre de su mujer Milagros , razón por la cual don Vicente decidió que abriera igualmente los archivos de la misma. la carpeta " Milagros XXX" contenía 10 archivos con fotografías pornográficas de doña Milagros , esposa del empleador, asimismo dentro de la carpeta Azucena donde top había 67 archivos de fotografías de los glúteos de su compañera de trabajo doña Azucena cuando se encuentra agachada la fotocopidora de la oficina, así como en el mostrador de su puesto de trabajo el cual se encuentra delante contiguo al del trabajador"



La redacción que se propone es la siguiente:

"... cuando llegó el turno del registro del ordenador del actor, el informático D. Roque usó un programa que detectaba rápidamente (2 o 3 minutos) las carpetas con más peso. al encontrar una carpeta con mucho volumen que contenía más de 6500 carpetas en su interior, el informático lo comunicó al empleador, D Vicente , quien indicó que abriera la carpeta, dentro de la cual se detuvo en las carpetas donde había películas y juegos así como en una de nombre "varios", reprendiendo al trabajador que fuera por las tardes a la oficina a pasar el tiempo con películas y juegos. en el interior de la carpeta varios el empresario captó especial atención con la subcarpeta "varios x", dentro de la cual había una con el nombre de su mujer Milagros , razón por la cual don Vicente decidió que abriera igualmente los archivos de la misma. la carpeta " Milagros XXX" contenía 10 archivos con fotografías pornográficas de doña Milagros , esposa del empleador, asimismo dentro de la carpeta Azucena donde top había 67 archivos de fotografías de los glúteos de su compañera de trabajo doña Azucena cuando se encuentra agachada la fotocopiadora de la oficina, así como en el mostrador de su puesto de trabajo el cual se encuentra delante contiguo al del trabajador"

En realidad, el dato adicional de que existían más de 6500 carpetas en el interior no resulta trascendente para el signo del fallo porque exigiría la valoración judicial contraria a la efectuada y a partir de un hecho pretendidamente indiciario. Es decir, la inclusión de esta precisión en el hecho probado exigiría la ponderación judicial de "que es imposible, dado el enorme volumen de información que había en la carpeta personal del trabajador, que pudiere acceder al contenido de dicha carpeta en tan escasos minutos, si no es porque tenía conocimiento previo de su contenido". El Magistrado, sin embargo, descarta tal conocimiento previo.

Pero no demuestra directamente tal circunstancia, el conocimiento previo, y con ello la equivocación del Magistrado de instancia sin otras hipótesis o conjeturas. Especialmente cuando existen también otros datos que llegan a la conclusión contraria y que van desde la naturaleza especializada, técnica, de quien realizaba el registro, la discriminación a partir de archivos que "pesaban más" o la organización en carpetas o subcarpetas, identificadas con un nombre expresivo de su contenido, lo que permitió acceder con prontitud a los archivos más comprometidos. E incluso sería contradictorio con lo expresado en los hechos probados, y, en concreto, que, con fecha 3 de agosto de 2021, la demandada se puso en contacto con la empresa informática INGESIST porque tenían problemas de acceso a Internet y los ordenadores funcionaban a una velocidad muy reducida y que ese mismo día se presentó en las instalaciones un miembro del equipo, D. Roque , quien, tras un análisis de la red y del parque informático (hardware, escritorio y cables), *pero sin entrar a los archivos personales*, no logró solucionar el problema.

TERCERO . - Conocimiento y tipicidad de las conductas imputadas.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 c), se alega la vulneración del principio de tipicidad, dada falta de concreción en la sanción generadora de indefensión.

Sin embargo, como se reconoce, cuatro son los motivos del despido:

- 1.- Acoso sexual.
- 2.- Uso de las instalaciones con fines particulares sin autorización del empresario.
- 3.- Fraude deslealtad o abuso de confianza en las funciones encomendadas
- 4.- Utilización fraudulenta de los medios electrónicos o herramientas tecnológicas.

Y los hechos no solo se relatan de forma profusa, a partir de la revisión del ordenador de trabajo con la autorización del actor, al haber aparecido archivos ajenos al trabajo y de carácter personal, sino que además se tipifican, lo que ni siquiera se exige en una carta de despido, que ha de concretar tan solo los hechos y la fecha.

1.- FALTA MUY GRAVE -art. 36.6 Convenio: El acoso sexual. Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando. se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Y el acoso: por razón de género, entendido como cualquier comportamiento realizado, en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2.-. FALTA MUY GRAVE -art. 36.8 Convenio. El uso de las instalaciones con fines particulares, sin autorización expresa del empresario

3. FALTA MUY GRAVE -art.36.9 Convenio. El fraude, deslealtad, o abuso de confianza en las funciones encomendadas.



4. FALTA MUY GRAVE -art 36.14 Convenio. La utilización fraudulenta de los medios electrónicos o herramientas tecnológicas establecidos en fa empresa.

Es decir, la comunicación escrita ha proporcionado al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputaban para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pudiera impugnar, como ha hecho, la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgara convenientes para su defensa.

Otra cuestión es la falta de éxito de tal impugnación, salvo la referida al "acoso sexual", definido por unos perfiles muy concretos, que no concurren en este supuesto pese al contenido sexual e invasivo de la actuación del actor.

CUARTO . - Aplicación adecuada de la doctrina Barbulescu II

Se alega también la infracción del artículo 139 c) LRJS (de la Doctrina y Jurisprudencia aplicable) y en concreto de la doctrina contenida en la Sentencia Barbulescu II.

Nada más lejos de la realidad.

Según los hechos probados de esta resolución del TEDH, el demandante, en su calidad de responsable de ventas de una empresa, creó una cuenta de Yahoo Messenger para atender las solicitudes de los clientes. El empleador, tras comprobar que la cuenta de correo se había usado para fines particulares, despidió al trabajador, basándose en que la regulación interna de la empresa prohibía expresamente la utilización de ordenadores, teléfonos, fax y demás medios para fines personales, lo que el trabajador conocía.

El demandante, además de negar los hechos de que se le acusaba, señaló que se había vulnerado su derecho al secreto de la correspondencia al haber sido registrado su correo electrónico.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el trabajador alegó una vulneración del artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), que establece que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

Los tribunales de Rumanía declararon que el despido era procedente al haberse realizado conforme a la legislación aplicable, y que no se había violado el derecho a la intimidad del trabajador, pues éste había sido informado de la normativa interna de la empresa y el registro de su correo era el único modo de comprobar si había cumplido las normas.

El Tribunal señaló que el empleador puede comprobar que sus empleados cumplen con sus obligaciones durante el horario de trabajo, y que en este caso había accedido a la cuenta de correo del trabajador suponiendo que solo contenía comunicaciones con los clientes de la empresa. Además, indica el Tribunal que los órganos judiciales internos no desvelaron el contenido de las comunicaciones, sino que éstas se utilizaron únicamente para probar que el trabajador utilizó el ordenador de la empresa con fines distintos a los estrictamente laborales durante la jornada de trabajo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que no se ha producido una vulneración del artículo 8 del Convenio, puesto que los tribunales rumanos mantuvieron un equilibrio adecuado entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y su correspondencia y los intereses del empleador.

Sin embargo, la STEDH de fecha 5 de septiembre de 2017 (Barbulescu II), partiendo de los hechos probados, la Gran Sala llega a una solución distinta de la de la sentencia de 2016 y concluye que los tribunales nacionales no realizaron una adecuada valoración entre los intereses del trabajador a la protección de su vida privada y correspondencia y el interés del empresario por controlar la actividad de su empleado.

Según ésta última, el "test Barbulescu" ha de cumplir los siguientes parámetros:

1.- En primer lugar, se habrá de comprobar si la vigilancia se ha hecho con conocimiento del trabajador, lo cual exige indagar acerca de si éste ha sido informado de la posibilidad de que el empresario fuese a adoptar medidas para controlar la correspondencia u otras comunicaciones, así como de la puesta en práctica de las medidas, debiendo ser la información previa, precisa, transparente y específica. Con ello deja claro que no es suficiente con que la empresa tenga protocolos o reglas internas que prohíban el uso de los medios técnicos para fines personales, sino que será necesario, además, que la empresa previamente avise sobre los controles que pudiera llevar a cabo, así como de los medios que piensa utilizar al efecto

En este caso, no solo ha existido conocimiento sino también consentimiento previo. El 17 de agosto de 2021 el demandante volvió al trabajo después de haber disfrutado un periodo de descanso comprendido entre el 2 y el 15 de agosto. Al llegar a la oficina le dieron a firmar el siguiente documento:

La Empresa INGESIST, encargada del mantenimiento informático, ha detectado un fallo de seguridad en la red que puede estar relacionado con un intruso en alguno de los ordenadores de la asesoría por lo que es necesario analizar uno por uno en busca de software malicioso o corrupto que pueda estar causando esto.

A través del presente le informo de que en el ejercicio de las funciones organizativas la Empresa se ha encargado la revisión de todos los dispositivos pertenecientes a la referida red, de lo que se les informa a los efectos que de que pueda estar presente.

El actor firmó el referido documento.

En el momento en que se entregó el documento anterior se le indicó, además, a los trabajadores que necesitaban su consentimiento para acceder a los ordenadores por si hubiera carpetas personales, pese a que el uso de las mismas no estaba autorizado por la empresa (interrogatorio de D. Vicente).

Así mismo, según el test, habrá que determinar cuál ha sido el alcance de la vigilancia y su grado de intromisión en la vida privada del trabajador. En este sentido, el Tribunal identifica otros elementos de juicio que permiten valorar si hubo o no extralimitación en la vigilancia, como son: distinguir entre el control de las comunicaciones o frecuencia y su contenido; también si han estado sujetas a vigilancia todas las comunicaciones o solo parte de ellas; otro aspecto relevante es también si la fiscalización de las mismas fue o no por tiempo limitado y, por último, el número de personas que tuvieron conocimiento del resultado de la vigilancia.

En nuestro caso, dado que se trata de una actuación concreta y rápida, ninguna de tales circunstancias se ha visto afectada.

En segundo lugar, se impone la obligación de someter el control al test de proporcionalidad. En este sentido, señala la sentencia que hay que examinar si el empleador ha proporcionado previamente un motivo legítimo que justificara la vigilancia de las comunicaciones y el control de su contenido, teniendo en cuenta que el control del contenido de las comunicaciones requiere de una justificación más fuerte y más fundamentada, debiendo valorarse, asimismo, si hubiera sido posible utilizar un sistema de control menos invasivo que el hecho de acceder directamente al contenido de las comunicaciones.

O, dicho, en otros términos, si el objetivo perseguido por el empresario hubiera podido alcanzarse sin necesidad de acceder al contenido de las comunicaciones. De igual modo, hay que analizar las consecuencias que ha tenido para el trabajador la medida de vigilancia y si la misma ha resultado útil para alcanzar el objetivo perseguido con el control, así como también habrá de valorarse si el trabajador ha dispuesto de las debidas garantías al respecto.

En nuestro supuesto, tras un análisis de la red y del parque informático (hardware, escritorio y cables, sin entrar a los archivos personales), no se había logrado solucionar el problema identificado, por lo que INGESIST aconsejó al cliente una revisión más exhaustiva de todos los terminales.

De forma que, al haberse detectado un fallo de seguridad en la red que pudiera estar relacionado con un intruso en alguno de los ordenadores de la asesoría, era necesario analizar uno por uno en busca de software malicioso o corrupto que pudiera estar causándolo.

El acceso a los archivos personales, que no debían estar en el ordenador del actor, incluso sin valorar el contenido de algunos de ellos, según lo justificado, era entonces consecuencia de la intervención.

Tampoco puede olvidarse que siempre debemos partir de la modulación de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, tal como se recoge en STC 170/2013, de forma que el trabajador no pierde su condición y sus derechos constitucionales "por insertarse en el ámbito de una organización privada" como es la empresa (STC 88/1985). Pero "la inserción en la organización laboral modula [el ejercicio de] aquellos derechos" constitucionales "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva" (STC 99/1994), ya que el desenvolvimiento adecuado de la actividad productiva es "reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 33 y 38 CE)", como lo son el derecho a la propiedad privada y el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

Por último, a modo de recordatorio, la doctrina Barbuлесcu II, expresa que las autoridades nacionales, de acuerdo con las obligaciones positivas de tutela del art. 8 del Convenio, deberían asegurar al trabajador, cuando sus comunicaciones han sido vigiladas, el derecho a un recurso ante un órgano jurisdiccional para que dictamine, al menos en esencia, según los criterios descritos anteriormente, acerca de la licitud de las medidas objeto de controversia.

Tal control ha sido realizado exhaustivamente en la modélica sentencia de instancia y ahora confirmado en sede de recurso.



FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Melchor contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4, de fecha 9 de diciembre de 2022 (741/2021) dictada en virtud de demanda seguida por D. Melchor contra Amós de Escalante & Asesores S. L. confirmando íntegramente dicha resolución.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaria de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

- a) Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 0485 23.
- b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0485 23.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

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

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA.- La pongo yo la Letrada de la Admón. de Justicia, para hacer constar que en la misma fecha se envía copia de la anterior sentencia, a efectos de notificación a la Fiscalía del Tribunal Superior. Doy fe.

OTRA.- Para hacer constar que en el mismo día de su fecha se incluye el original de la precedente resolución, una vez publicado, en el libro de sentencias de esta Sala de lo Social, poniendo en la pieza del recurso y en los autos certificación literal de la misma. Seguidamente se notifica en la oficina judicial a las partes que comparecen, y TELEMÁTICAMENTE al LDO. ALEJANDRO MOVELLÁN VÁZQUEZ, LDO. MARCELO RODRÍGUEZ



ALTÓNAGA MARTÍNEZ y MINISTERIO FISCAL copia de la sentencia dictada, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, las partes e intervinientes en el presente procedimiento judicial quedan informadas de la incorporación de sus datos personales a los ficheros jurisdiccionales de este órgano judicial, responsable de su tratamiento, con la exclusiva finalidad de llevar a cabo la tramitación del mismo y su posterior ejecución. El Consejo General del Poder Judicial es la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ