

MÁSTER EN ABOGACÍA POR LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE LEÓN

CURSO 2016/2017

*EL DESPIDO DISCIPLINARIO
DEBIDO AL
USO INDEBIDO DE MEDIOS
TECNOLÓGICOS.*

*(The Disciplinary Dismissal because of
the unfair use of technological
gadgets).*

Realizado por el Alumno: D. Álvaro Fernández González.

Tutorizado por la Profesora: Dña. Henar Álvarez Cuesta.

ÍNDICE

1) <u>Resumen del trabajo o Abstract</u>	3
2) <u>Objeto del trabajo</u>	5
3) <u>Metodología utilizada</u>	7
4) <u>El despido disciplinario</u>	10
5) <u>Transgresión de la buena fe contractual</u>	
a) <u>Concepto</u>	14
b) <u>El uso de internet en el trabajo</u>	15
c) <u>El uso del correo electrónico</u>	20
d) <u>El uso del teléfono móvil</u>	24
e) <u>Los derechos de los trabajadores y su importancia en el despido disciplinario por uso indebido de medios tecnológicos</u>	29
6) <u>Conclusiones</u>	35
7) <u>Bibliografía</u>	37
8) <u>Anexo Jurisprudencial</u>	38

1. Resumen del trabajo y *Abstract*

Resumen

El trabajo de Fin de Máster que a continuación se les presenta versa sobre el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual como consecuencia del uso indebido de los medios tecnológicos en el trabajo. En el mismo se realiza en un primer momento una visión genérica sobre el despido disciplinario basado en la transgresión de la buena fe contractual.

No obstante, el trabajo se centra principalmente en el despido disciplinario como consecuencia del uso con fines no laborales por parte del trabajador de los medios tecnológicos puestos a su disposición por el empresario.

Esta conducta encaja dentro de la figura de la transgresión de la buena fe contractual. Sin embargo, la normativa es muy concisa y no es muy extensa al respecto, motivo por el cual ha sido la jurisprudencia quien ha asentado las bases y requisitos.

Por ello, y tras analizar la normativa y la jurisprudencia, se ha llevado a cabo un repaso de las distintas situaciones que pueden darse, los requisitos para sancionar dichas conductas, las maneras de proceder, etc. con el fin de elaborar, en cada uno de los apartados, una guía útil que permita asesorar jurídicamente a quien pretenda, bien sancionar estas conductas, bien regular su uso por parte de los trabajadores.

Abstract

This research analyzes disciplinary dismissal for transgression of contractual good faith as a result of the wrong use of technologies at work.

First of all, I make a global view about the disciplinary dismissal based on the transgression of contractual good faith. However, I focused mainly the work on disciplinary dismissal as a result of a wrong use of technologies that the employer gives them to the worker. This behavior fits within the figure of transgression of contractual good faith.

However, the law is very concise, that's why the jurisprudence has laid the foundations and requirements.

Finally, after this study about rules and jurisprudence, I have made a review of the different situations that can happen, there quirements to sanction such behavior, ways of proceeding, etc.

2. Objeto del trabajo

El trabajo realizado responde a múltiples objetivos, sin embargo, uno de los principales y más importantes puntos del mismo es desgranar de una manera clara, sencilla y concisa las consecuencias que conlleva un uso indebido de las herramientas de trabajo, y más concretamente la utilización con fines particulares de los medios tecnológicos proporcionados por la empresa como pueden ser el ordenador o el móvil.

No obstante, este no es el único fin del trabajo, sino que son varios los conceptos que se tratan en el mismo, y son los siguientes:

- Analizar el despido disciplinario y a sus aspectos fundamentales mediante una breve descripción general de los tipos de despido disciplinario, los requisitos necesarios para llevarlo a cabo, etc.
- Definir simplificadaamente qué es la transgresión de la buena fe contractual y porqué este es el tipo concreto de despido disciplinario en el cual se encuadra la conducta del trabajador consistente en el uso inapropiado de las herramientas de trabajo.
- Detallar los principales supuestos en los cuales se puede hablar de un uso indebido de medios tecnológicos haciendo referencia a la normativa aplicable.
- Llevar a cabo un profundo análisis de la jurisprudencia al respecto con el fin de exponer las condiciones que han de darse para que se pueda encajar dicha conducta dentro de la transgresión de la buena fe contractual y, en consecuencia, que la misma conlleve un despido disciplinario.
- Estudiar igualmente a la problemática derivada de esta situación y a la importancia que ha tenido la jurisprudencia a la hora de desarrollar la escasa legislación que hay al respecto de este tipo de situaciones.
- Establecer en cada supuesto cuáles son las conductas que pueden ser sancionadas analizando uno por uno los distintos supuestos y estableciendo en cada uno, las condiciones particulares que se han ido estableciendo por la normativa y la jurisprudencia en cada caso.

En definitiva, el trabajo responde a multitud de finalidades, no centrándose únicamente en el despido disciplinario como consecuencia del uso indebido de los medios tecnológicos, sino que muestra aspectos esenciales sobre el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual.

3. Metodología

En la confección del presente Trabajo Fin de Máster he seguido una serie de pautas a fin de dar fluidez a la lectura y facilitar al lector la comprensión de lo expuesto en el trabajo.

La principal fuente de información que he ido analizando y estudiando ha sido la doctrina jurisprudencial respecto este supuesto específico de despido disciplinario. No obstante, este estudio de la jurisprudencia lo he realizado teniendo muy presente toda la normativa laboral vigente al respecto.

En cuanto a la jurisprudencia, se puede observar a lo largo del trabajo que son varias las notas características de la doctrina judicial que trata el uso indebido de los medios tecnológicos en el trabajo.

La primera de las notas características es que la gran mayoría de sentencias son bastante recientes pues el uso de herramientas de trabajo como internet, correo electrónico, teléfono móvil es algo que se ha ido introduciendo gradualmente en gran parte de los puestos de trabajo de hoy en día.

Otra nota característica de las diversas sentencias analizadas es que no es común encontrar resoluciones judiciales de ámbito superior a los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) de las distintas Comunidades Autónomas.

Esta peculiaridad se debe a que el acceso a la última instancia en la vía social (Tribunal Supremo a través del Recurso de Casación para Unificación de Doctrina) está limitada en supuestos en los que haya una clara contradicción entre sentencias dictadas por los TSJ sobre unos hechos y supuestos idénticos o muy similares.

En este supuesto particular de despido disciplinario por uso indebido de medios tecnológicos, el Tribunal Supremo entiende que los hechos en los cuales se basa el mismo son muy específicos y particulares, por lo que sostienen que es realmente difícil que haya una identidad de hechos entre las distintas sentencias que permitan acudir al Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Por lo tanto, aunque sí es cierto que hay una cierta uniformidad entre los distintos TSJ, no suele haber jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo, por lo que podrán observar en el presente trabajo que en la gran mayoría de supuestos analizados hay

sentencias que declaran tanto la procedencia como improcedencia del despido en supuestos muy similares, pues son los pequeños detalles o particularidades los que marcan la diferencia.

Asimismo, aunque es cierto que gran parte del trabajo se basa en un análisis en profundidad de la diversa jurisprudencia que hay al respecto del uso indebido de medios tecnológicos por parte del trabajador, también he utilizado otras fuentes de información.

Dichas fuentes de información son en gran parte revistas jurídicas que tratan temas de actualidad y que están a la orden del día. Es de resaltar que el despido disciplinario por el uso con fines particulares de herramientas de trabajo tecnológicas es un asunto de actualidad y que está mereciendo gran atención por parte de la doctrina.

Igualmente, y sobre todo a la hora de tratar genéricamente el despido disciplinario, he acudido a la bibliografía acuñada por estudiosos de la materia que tratan desde un punto de vista más teórico la temática del despido disciplinario.

Respecto a la estructura del Trabajo, este cuenta con una primera parte que hace las veces de introducción y breve explicación sobre el despido disciplinario. Tras la escueta introducción, ya nos vamos centrando más en lo que va a ser el trabajo propiamente dicho que es el uso indebido de medios tecnológicos, cuya conducta supone una transgresión de la buena fe contractual.

Tras exponer brevemente que es el despido disciplinario y más concretamente la transgresión de la buena fe contractual, nos centramos en la parte central del trabajo, analizando punto por punto cada una de las principales situaciones que se pueden derivar del uso indebido de los medios informáticos y de comunicación proporcionados por la empresa.

Dentro de dichos apartados, todos cuentan con la misma estructura que es la siguiente:

- **Primero:** una breve introducción sobre el supuesto concreto, analizando el caso detenidamente y las distintas situaciones que pueden darse.
- **Segundo:** estudiar cada situación por separado para poder entender de una manera clara y sencilla que tipo de conductas son inapropiadas.

- **Tercero:** tras analizar cada uno de los supuestos, extraía los requisitos establecidos por la normativa y la jurisprudencia para que la conducta sea considerada como una falta laboral que conlleva el despido disciplinario, así como las condiciones que ha de respetar el empresario en el supuesto concreto a la hora de hacer uso de la potestad de dirección empresarial.
- **Cuarto:** realizar un breve resumen con los principales rasgos a destacar del hecho en concreto.

En definitiva, para la elaboración del trabajo hice uso de multitud de fuentes, analizando y estudiando diversos libros, revistas, jurisprudencia así como la normativa al respecto, intentando seguir una estructura similar a lo largo de todo el Trabajo a fin de facilitar la lectura y comprensión del mismo.

4. El despido disciplinario.

a. Concepto

El concepto de despido disciplinario, en palabras de Alonso Olea, puede entenderse como la resolución unilateral del contrato de trabajo por parte del empresario fundándose en un incumplimiento previo del trabajador¹.

El artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores considera el despido disciplinario como la causa por la cual podrá extinguirse el contrato de trabajo por decisión del empresario, basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

Dentro del despido disciplinario, el artículo 54.2 del ET establece las diversas causas que son:

- Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.
- La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
- La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
- La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.
- El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa

Sin embargo, las causas son muy genéricas y en ocasiones ni siquiera el complemento del convenio colectivo logra ofrecer a empresarios y trabajadores el deseable nivel de seguridad jurídica. De ahí que sea imprescindible recurrir a un

¹ Repitiendo las palabras del maestro, RUBIO DE MEDINA, Maria Dolores. *El despido disciplinario*. Barcelona, Bosch, 2000. ISBN: 84-7676-626-2. Pág. 10.

tercer referente, que es el que conforma la jurisprudencia o la doctrina judicial de los Tribunales, en la medida en que a ellos se confiere en nuestro ordenamiento la importante competencia de resolver los litigios sobre la concurrencia o no de causa justa de despido disciplinario².

No obstante, determinar cuándo el trabajador ha incurrido en un incumplimiento grave de sus deberes laborales es francamente difícil, ya que hay que estar al incumplimiento mismo, las circunstancias en que este se produzca, el lugar de trabajo, el puesto de trabajo y la calificación del trabajador, entre otras, para determinar la gravedad de la conducta cometida por aquél³.

Por lo tanto, para que el despido efectuado pueda considerarse realizado dentro del respeto de los principios ordenadores del Derecho sancionados en el ámbito laboral. Será necesario que:

- Quede perfectamente acreditado los hechos que se imputan al trabajador.
- Los mismos sean constitutivos de faltas laborales tipificadas como tales.
- Dichas faltas sean imputables al trabajador despedido y que guarden la necesaria proporcionalidad, habida cuenta de su gravedad, con la sanción de despido impuesta.
- Las faltas cometidas no hayan prescrito⁴.

Una vez expuestas una serie de premisas básicas, vamos a centrarnos en el tema del presente Trabajo Fin de Máster, que es concretamente el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual por uso indebido de medios tecnológicos.

²GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. *La causalidad del Despido Disciplinario*. Navarra, Aranzadi, 2009. ISBN: 987-84-470-3325-6. Pág. 71 y 72.

³RUBIO DE MEDINA, Maria Dolores. *El despido disciplinario*. cit. Pág. 10.

⁴MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana. *El Despido: Forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*. Madrid, Aranzadi, 2009. ISBN: 978-84-9903-342-6. Pág. 75.

5. Transgresión de la buena fe contractual.

a. Concepto

El artículo 54.2 apartado d) del Estatuto de los Trabajadores recoge la modalidad de despido disciplinario cuando el incumplimiento contractual se deba a la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Se trata de una causa de despido que aparece, si bien no en los mismos términos sí en el mismo sentido, desde las primeras regulaciones unitarias del contrato de trabajo: en el artículo 21 del Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926 (por el que se aprueba el Código de Trabajo) se hablaba de «la falta de confianza debida en las gestiones o en la clase de trabajo a que se dedique el obrero»; en la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, artículo 89.6ª, de "el fraude o abuso de confianza en las gestiones confiadas"; por su parte, la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 describía esta causa de despido en su artículo 77.e en los términos de "el fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en las gestiones confiadas" (es la primera vez que aparece la expresión «deslealtad» en este ámbito del despido disciplinario), descripción que se repite en el artículo 77.d del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo⁵.

Es por ello, y ante la ausencia de una definición legal, clara y expresa del concepto de buena fe, cabe considerar que esta se traduce como un comportamiento del trabajador en el que concurre la "lealtad, honorabilidad, probidad y confianza"⁶.

En consecuencia, cualquier comportamiento por parte del trabajador que suponga un quebrantamiento de dichos presupuestos, supondrá la pérdida por parte del empresario de la confianza en el trabajador, habilitándole para la extinción del contrato de trabajo acudiendo a la transgresión de la buena fe contractual⁷.

⁵DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel. *El concepto de buena fe en la causa de despido del artículo 52.2.d) "Transgresión de la buena fe contractual"*. Revista Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de Laguna. Nº17, 2000. Pág. 124.

⁶GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás. *El despido disciplinario*. Madrid, Difusión Jurídica, 2008. ISBN: 987-84-967005-59-3. Pág. 112.

⁷GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás. *El despido disciplinario*. cit. Pág. 112.

Al respecto, diversa jurisprudencia ha señalado que por transgresión de la buena fe contractual hemos de entender la actuación contraria a los esenciales deberes de conducta que debe presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes conforme a los artículos 5.a)⁸ y 20 párrafo 2º⁹ del Estatuto de los trabajadores¹⁰, deberes de conducta que imponen un comportamiento arreglado a valoraciones éticas que se traducen en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza¹¹.

No obstante, y aun con la interpretación de la jurisprudencia, la génesis del problema se encuentra en la indeterminación de los términos «transgresión de la buena fe contractual», llevando esto a pensar que cuando se utiliza una expresión como esa se corre el riesgo de que el artículo 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores se convierta en un «cajón de sastre» por el cual se ventilen todos los supuestos poco claros, facilitando así el despido disciplinario¹².

Sin embargo, y con independencia de otras posibles definiciones que se le puedan dar a esta causa de despido, es indispensable la gravedad del comportamiento del trabajador (acumulada a cuanto menos a la culpa, si es que no concurriese dolo) en la transgresión de la buena fe contractual para que la misma pueda estimarse como causa de la procedencia de un despido. Por tanto, no es correcta la afirmación - y así se aprecia con nitidez en la jurisprudencia globalmente considerada, aunque alguna resolución judicial particular afirme lo contrario - que niega grados a la transgresión de aquella buena fe. Cuestión diferente es que ciertos incumplimientos, como la apropiación dineraria, se consideren siempre graves, mientras que otras tipificaciones al amparo del artículo 54.2.d) ET admitan matizaciones, siempre dependiendo de la transgresión concreta de que se trate. Por otra parte, y también con carácter general, sí podemos afirmar que la gravedad de la conducta no se halla

⁸Artículo 5.a) del Estatuto de los trabajadores: "Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia."

⁹Artículo 20 párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores: "En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe."

¹⁰STS 26-02-1991. RJ 1991/875.

¹¹STSJ Valencia. 31-10-2016, AS 2007/889.

¹²DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel. *El concepto de buena fe en la causa de despido del artículo 52.2.d) "Transgresión de la buena fe contractual"*. Cit.

necesariamente relacionada con el resultado de la misma, bastando con la mera omisión - si bien siempre grave - de la conducta debida conforme a la buena fe para que el despido disciplinario pueda estimarse procedente¹³.

En definitiva, la transgresión de la buena fe contractual es una modalidad de despido disciplinario a la cual puede recurrir el empresario por distintas causas, como puede ser la apropiación indebida, abuso de confianza, abandono del trabajo, abuso del teléfono, correo electrónico o del acceso a internet, deslealtad, etc. Sin embargo, y como hemos mencionado anteriormente, la conducta tendente a esta transgresión debe conllevar una actuación contraria a los esenciales deberes de conducta que debe presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes, y no solo eso, sino que además dicha conducta ha de ser grave.

En el presente Trabajo Fin de Máster, vamos a centrarnos en unos motivos concretos de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual. Dicho motivo es el uso indebido o abusivo de las nuevas tecnologías en el trabajo.

En la actualidad, la implementación de la digitalización del trabajo no se ha limitado a unas concretas actividades, sino que se ha extendido a prácticamente todos los sectores, aunque con características diferenciadas, afectando a los tradicionales modos de empleo y al modelo de relaciones laborales en su integridad, conllevando una autentica revolución.

Hoy en día, en la mayoría de empleos es común el uso de ordenadores, el acceso a internet y al correo electrónico, el uso del teléfono móvil, etc. La introducción de estos nuevos medios conlleva multitud de ventajas en nuestro trabajo, sin embargo, también supone la aparición de nuevas controversias debido al uso indebido que en algunos casos hacen los trabajadores de estas nuevas tecnológicas.

Estos cambios han supuesto un gran problema debido a que este cambio tectónico de la orografía de las relaciones laborales apenas ha merecido ninguna

¹³GIL Y GIL, José Luis y DEL VALLE, José Manuel. *El despido disciplinario*. Madrid, Ediciones Cinca, 2009. ISBN 978-84-96889-41-5. Pág. 166-167.

adaptación de nuestro marco normativo heterónomo en los últimos años. Es por ello que la conclusión resulta evidente: con la única salvedad de una puntual mención en materia de salud laboral, la norma legal (Estatuto de los Trabajadores) que por mandato constitucional deviene el eje central en la regulación del contrato de trabajo contempla el cambio tecnológico únicamente desde la perspectiva de lo que se conoce como flexibilidad interna o externa, situándolo en el marco de las medidas legales de reestructuración, esto es: su impacto en las necesidades de gestión de mano de obra de la empresa.

La anomia que se acaba de describir ha comportado dos fenómenos concurrentes. En primer lugar, que la conflictividad que las nuevas tecnologías conllevan en las relaciones laborales haya tenido que sustanciarse, esencialmente, en sede judicial; en segundo lugar, que ante la inexistencia de una regulación heterónoma en los supuestos conflictos jurídicos emerjan múltiples dudas en la interpretación de los tribunales¹⁴.

A tenor de toda esta problemática, a lo largo de los siguientes apartados vamos a analizar una por una las controversias derivadas del uso indebido de los nuevos medios tecnológicos así como las respuestas dadas a las mismas por la jurisprudencia.

b. El uso de internet en el trabajo.

El uso de internet en el trabajo ha pasado a convertirse en algo casi esencial a la hora de realizar gran cantidad de profesiones. No obstante, la introducción del internet ha conllevado que determinados trabajadores hagan un uso fraudulento de este recurso puesto a disposición por la empresa, es decir, ciertos trabajadores lo utilizan para fines distintos de la relación laboral, como puede ser navegar por internet de forma lúdica, leer la prensa digital, visitar redes sociales, etc.

Todo esto conlleva que durante la jornada laboral se esté destinando tiempo efectivo de trabajo a otras actividades distintas de la laboral, suponiendo esto como ya

¹⁴FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel. *Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual*. *Revista Trabajo y Derecho*. WoltersKluwer, nº19 y 20, julio-agosto 2016.

se ha mencionado, un uso indebido de los medios de trabajo que dependiendo de la influencia en el rendimiento, la reiteración, etc... - tal y como veremos más adelante- podrían suponer un despido disciplinario.

No obstante, conviene destacar que incumbe a la empresa decidir si autoriza a su personal a navegar en Internet con fines privados y, en caso afirmativo, en qué medida se tolera esta utilización privada.

Al respecto, se ha pronunciado el grupo de trabajo del artículo 29¹⁵, el cual considera que una prohibición absoluta de la utilización de Internet con fines privados por los trabajadores podría considerarse inaplicable y un tanto irrealista, ya que no se tendría en cuenta el apoyo que Internet puede brindar a los trabajadores en su vida diaria¹⁶.

Sobre esta problemática se ha pronunciado diversa jurisprudencia, señalando en distintas sentencias que la relación laboral, genéricamente, pero también en unos casos más que en otros, exige una confianza entre las partes que se quiebra por la realización de conductas que denotan engaño u ocultación, o malicia, en la medida en que hacen tambalear los cimientos de esa confianza y que la relación laboral, exige una confianza entre las partes que se quiebra por la realización de determinadas conductas. La conducta del uso privado del acceso a Internet por el trabajador, ha supuesto una gravedad constatable, habiendo quedado acreditadas las advertencias realizadas desde la empresa a través del tablón de anuncios de la no utilización de los instrumentos de trabajo para causas ajenas a su actividad laboral, dado que ello suponía una lentitud en el acceso a las aplicaciones corporativas sobre todo por el uso indebido de determinadas páginas de internet¹⁷.

Siguiendo la misma línea, la jurisprudencia establece que no resulta exigible para la eficacia de la prohibición del uso de internet para fines privados, que la empresa verifique periódicamente o recuerde cada cierto tiempo la vigencia de tal

¹⁵La denominación "EL GRUPO" hace referencia al prestigioso grupo de trabajo del artículo 29, es un grupo consultivo independiente compuesto por representantes de las autoridades de los Estados miembros encargadas de la protección de datos, cuya misión es, en particular, examinar todas las cuestiones relativas a la aplicación de las medidas nacionales adoptadas en virtud de la Directiva sobre protección de datos con el fin de contribuir a su aplicación uniforme.

¹⁶DOMBLAS, M^a Asunción y FERNÁNDEZ BARAIBAR, Maite. *Causas del despido disciplinario, Volumen 2. Recopilación doctrinal*. Navarra, Aranzadi, 2007. ISBN 978-84-8355-149-3. Pág. 271-272.

¹⁷STSJ Andalucía, Granada. 6-10-2011. AS 2011/2894.

normativa interna. Aun así, en todo caso se ha acreditado que en dos ocasiones la empresa reiteró la vigencia del mencionado código. La inexistencia de acreditación de otros despidos o sanciones no es argumento a favor de la permisividad, pues puede deberse a que no haya habido conductas sancionables o no hayan sido de la misma entidad que la que ha motivado el despido del trabajador, o a que no se hayan acreditado otros despidos en este proceso concreto.

En definitiva, con carácter general no se puede exigir que, además de una prohibición expresa, hayan existido reiteraciones o recordatorios, verificaciones periódicas o actuaciones sancionadoras, como sostiene la sentencia de instancia, para reconocer eficacia a la prohibición. Por ello no se puede aceptar que la demandada mantuviera una conducta equívoca ni de tolerancia. Como ha declarado el Tribunal Supremo, "la prohibición determina que ya no exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador",¹⁸ por lo que no parece exigible que, además de publicar el código de conducta que contiene una prohibición expresa, la empresa tenga que instalar controles de uso o tenga que advertir al trabajador antes de imponer una sanción laboral¹⁹.

De este análisis realizado por la jurisprudencia se desprende que para que el uso de internet en el trabajo sea considerado un incumplimiento grave y culpable del trabajador, suponiendo tal hecho una falta muy grave que derive en causa de despido disciplinario prevista en el art. 54.2.d) ET, es necesario que haya un uso continuado e indebido del internet, avisos o prohibiciones expresas por parte de la empresa y que dicha conducta tenga repercusiones negativas en el rendimiento del trabajador o sobre la empresa²⁰.

Sin embargo, hay pluralidad de sentencias que declaran la improcedencia del despido aun cuando se da ese uso indebido pero no se dan todas las circunstancias necesarias para invocar el despido por transgresión de la buena fe contractual.

En este sentido, determinada jurisprudencia reconoce la improcedencia del despido por alusión a un uso indebido del internet ajeno a los profesional cuando no

¹⁸STS. 6-10-2011. AS 2016/4053.

¹⁹STSJ Madrid. 29-10-2012. AS 2013/490.

²⁰Véase también otras sentencias en las cuales consideran el despido procedente por uso indebido del internet como: STSJ Asturias. 15-11-2013. JUR 2014/5069; STSJ Castilla y León, Valladolid. 30-05-2013. JUR 2013/217974; STSJ Andalucía, Granada. 26-09-2012. AS 2013/376.

conlleva elementos de gravedad y si una razonabilidad de uso aun intempestivo²¹, ya que en este caso la empresa conocía desde hacía varios meses que el empleado accedía durante el tiempo de trabajo y utilizando medios de la empresa a páginas web no relacionadas con el desempeño de sus funciones pese a ello, guardo total mutismo al respecto, sin advertir en ningún momento que tal actuación fuese desaprobada, y ello, probamente fue debido a la relación de confianza existente entre ambas partes, dado el puesto de responsabilidad del trabajador, su antigüedad en la empresa y, obviamente su buen rendimiento. No se puede admitir que la constatación de mera apertura de páginas ajenas a una actividad profesional (tolerada por la empresa) integre *per se* una transgresión de la buena fe contractual en una medición de tiempos amplia y no detallada.

Asimismo resalta el Tribunal que se debe concluir que la conducta del uso privado del acceso a internet no ha supuesto una gravedad constatable, donde particularmente existe una tolerancia por parte de la empresa, [...]. No ha habido advertencias o procesos previos individuales o generalizados en la empresarial, y finalmente no existe la incidencia ni la causalidad de la disminución del rendimiento.²²

De la misma manera otra sentencia sostiene la ilicitud de la prueba consistente en la instalación y revelación del programa espía, al no existir de forma expresa, tajante y previo una prohibición absoluta respecto del uso para fines personales u otros de los medios de trabajo (ordenador, internet, correo electrónico...), con lo que tampoco estamos en la base judicial que llevo al dictado mayoritario de la conocida Sentencia del Tribunal Supremo del año 2011²³. Y es que debemos recordar que el art. 90 Ley de Procedimiento Laboral, actualmente Ley Reguladora de la Jurisdicción social, en consonancia con la Ley Orgánica 15/1999 y la Ley Orgánica 1/1982, exigen buscar los límites constitucionales en el control de las infracciones laborales mediante métodos que supongan una menor o mínima injerencia en la privacidad. De ahí que si se afirma en el relato fáctico, y no ha podido variarse, de que existe una situación de tolerancia con una expectativa razonable de confidencialidad y un

²¹STSJ País Vasco. 26-01-2010. AS 2010/560.

²²STSJ Comunidad Valenciana. 28-09-2010. AS 2011/190.

²³STS. 6-10-2011. RJ 2011/7699. En esta sentencia se sostiene por parte del Tribunal Supremo que la instalación de equipos espías o de grabación en los centros o puestos de trabajo, no afecta al derecho a la intimidad de los trabajadores siempre y cuando su uso haya sido pre avisado a los trabajadores o se encuentren en lugares que puedan ser vistos con facilidad.

desconocimiento de la prohibición absoluta, podremos llegar a afirmar que reconociéndose el derecho a la utilización del ordenador tampoco podrán admitirse unas condiciones que impongan un control o una limitación que afecte a los derechos de intimidad o secreto de las comunicaciones, puesto que la expectativa razonable de intimidad y de uso personal es lícita por mucho que se admita un control ex post facto, proporcional y adecuado. En el mismo sentido se puede deducir que las contrapartes pueden establecer previamente las reglas de uso de los medios proporcionados por la empresarial con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales, pero debiendo siempre informar a los trabajadores de la existencia del control y de dicha comprobación de corrección de usos así como de las medidas de adopción, pudiendo también aplicar otras medidas de carácter preventivo como es la exclusión o limitación de determinadas conexiones²⁴.

De estas interpretaciones, se puede extraer la vital importancia que cobra el cumplir una serie de condiciones o requisitos a la hora de despedir basándose en el artículo 52.2.d) ET debido al uso indebido del internet en las horas del trabajo. De lo contrario, el empresario asume el riesgo de que el despido sea declarado improcedente en vía judicial²⁵.

En consecuencia, se podría decir que la jurisprudencia ha establecido una serie de condiciones para que el uso de internet en el trabajo con fines privados pueda considerarse como una modalidad de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, y estos requisitos son los siguientes:

- Conducta grave y culpable del trabajador
- Advertencias o prohibiciones individuales o generalizadas por parte de la empresa sobre el uso de internet.
- Ausencia de consentimiento tácito o expreso de la empresa sobre este tipo de conductas.
- Disminución del rendimiento del trabajador o incidencia negativa de la conducta del mismo en la marcha de la empresa.

²⁴STSJ País Vasco. 17-4-2012. AS 2012/1676.

²⁵Véase también otras sentencias en las cuales consideran el despido improcedente por uso indebido del internet como: STSJ Madrid. 11-02-2003. JUR 2004/135935; STSJ País Vasco. 26-01-2010. JUR 2010/149058.

En conclusión, el uso de internet para fines privados durante la jornada laboral no supone un incumplimiento contractual por parte del trabajador si no se dan todos y cada uno de los requisitos mencionados anteriormente. Es por este motivo, y debido a las circunstancias particulares y específicas de cada caso, que haya tal disparidad de jurisprudencia dictada por los tribunales.

c. El uso del correo electrónico.

El correo electrónico es un medio esencial y fundamental en nuestro trabajo. Al igual que el ordenador sustituyó a las máquinas de escribir, el correo electrónico ha sustituido en gran parte al correo postal, no de manera total pero sí es cierto que el email es el medio más utilizado en la actualidad para comunicarse internamente en el centro de trabajo o con distintas empresas, organismos, etc.

El desarrollo de las nuevas tecnologías como el correo electrónico está provocando nuevos e interesantes problemas jurídicos. Noticias de prensa y estudios doctrinales recientes se refieren a distintos conflictos con la intimidad que el uso de estas herramientas tecnológicas suscita en los más diversos ámbitos de la vida de los ciudadanos, destacando entre ellos el de la relación de trabajo o empleo. Tales conflictos vienen planteándose en los últimos tiempos, cada vez con mayor frecuencia, ante los Tribunales, que se enfrentan a cuestiones en que el ordenamiento es menos preciso de lo que demanda la realidad social²⁶.

En este apartado vamos a centrarnos en las consecuencias que puede conllevar un uso indebido del correo electrónico en el trabajo. Al igual que en el supuesto anterior, usar el correo electrónico con fines particulares durante la jornada laboral no supone en todos los casos una causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, sino que es necesario analizar varios factores y circunstancias para considerar dicho recurso.

²⁶STSJ Andalucía. 9-05-2003.AS 2003/2840.

Por este motivo y debido a la gran problemática derivada de este supuesto, ha sido la jurisprudencia quien ha establecido las distintas situaciones en las cuales un uso indebido del correo electrónico puede conllevar un despido disciplinario contemplado en el artículo 54.2 d) del ET.

La doctrina jurisprudencial señala que cuando se conocen las advertencias expresas de no utilizar el equipo informático para fines distintos a los indicados por la empresa, y el trabajador hace caso omiso a las mismas, se entiende que es justificado y adecuado el despido del trabajador que actúa conscientemente contra las normas de trabajo de la empresa, con doble advertencia prohibitiva, sin perjuicio de reconocer los hechos cuando es descubierto el envío de un email con contenidos extra empresariales a todos los trabajadores de la misma. Es decir, conociendo su trabajo y advertido expresamente en dos ocasiones, remitió 284 correos, aunque los mismos se puedan mandar en una sola operación. Concluye la Sala, que su actuación fue desacertada y lo convierte en desobediente y desleal, procediendo la declaración de la procedencia del despido²⁷.

En definitiva, los magistrados entienden que si la culpa es grave e inexcusable como en el caso mencionado anteriormente, cabe considerar cometida la infracción de la norma y en consecuencia, estimar la procedencia del despido disciplinario.

No obstante, para llevar a cabo el despido es necesario que conste la prohibición o al menos no se permita dicha conducta. Es decir, forma parte de la potestad empresarial el prohibir expresamente el uso del correo electrónico para fines particulares. No obstante, dicha prohibición no puede ser absoluta ya que los Tribunales permiten un uso ocasional y moderado del correo electrónico con fines particulares, pues consideran que dicha conducta forma parte de los usos sociales.

Asimismo, sería recomendable la inclusión de algún tipo de cláusula o anexo en el contrato o en el convenio advirtiendo de tal prohibición. Otra opción es la comunicación por escrito a todos los trabajadores de la normativa que prohíbe el uso para fines particulares del correo electrónico, a fin de acreditar de manera fehaciente

²⁷STSJ Valencia. 15-05-2003. JUR 2004/115407.

que todos los empleados eran conocedores de la restricción de uso del correo electrónico.

Reitera la jurisprudencia la importancia de la gravedad de la conducta, pues cualquier uso indebido del correo electrónico no conlleva el despido disciplinario. Al respecto, las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia señalan, por ejemplo, que el uso del correo electrónico para el envío de diversos correos ajenos al trabajo y de contenido ofensivo suponen una conducta reprochable que está expresamente tipificada como falta muy grave, pues la conducta del trabajador consistente en el envío de los correos electrónicos particulares y de contenido pornográfico desde un elemento de trabajo proporcionado por la empresa con fines laborales debe ser sancionada como una falta grave y en consecuencia, con el despido disciplinario²⁸.

Por lo tanto, es necesario partir de una conducta negligente y grave del trabajador para poder considerar ese uso indebido del correo electrónico como causa de despido disciplinario.

Igualmente, se requiere una habitualidad en la conducta, pues un uso esporádico para fines particulares del correo electrónico no puede suponer una falta muy grave. En este sentido, la doctrina jurisprudencial considera una clara infracción del deber de lealtad laboral el uso por parte del trabajador de los medios informáticos con que cuenta la empresa, en gran número de ocasiones, para el envío a través del correo electrónico de múltiples mensajes a distintos destinatarios con contenido ajeno a la prestación de servicios y de naturaleza obscena, sexista y humorística en horario laboral. Entiende la jurisprudencia que queda acreditado el incumplimiento laboral del trabajador pues tanto el contenido de los mensajes como la reiteración en el tiempo de la conducta, suponen razón suficiente para declarar la procedencia del despido²⁹.

Asimismo, múltiples sentencias se pronuncian respecto al control empresarial del correo electrónico, puesto que el sistema informático es un instrumento de trabajo que la empresa proporciona al trabajador para desarrollar sus cometidos laborales y

²⁸STSJ Madrid. 12-06-2001. AS 2001/2953.

²⁹STSJ Cataluña. 11-03-2004. AS 2004/1231.

el art. 20.3 del ET permite al empresario adoptar las medidas que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. Razonan las distintas Salas, que se considera acorde a la normativa el establecimiento por parte del empresario de algún tipo de control por el empleador, como por ejemplo, el uso de programas para supervisar de manera periódica los listados de las páginas web visitadas por cada empleado y correos enviados y recibidos con indicación de la dirección, fecha, hora, y tiempo de utilización³⁰.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en caso de aplicar dicho control, este debe de ser acorde y proporcionado con los fines perseguidos y respetar ante todo los derechos fundamentales de los que goza todo trabajador.

No obstante, también es necesario que ese uso indebido del correo electrónico tenga una repercusión en el rendimiento laboral. En esta línea se ha manifestado diversa doctrina judicial, señalando que la asignación al trabajador de una dirección de correo electrónico "personal" y pleno acceso a Internet se hace para el desarrollo de su actividad dentro de la Empresa y no para su utilización en asuntos privados o particulares. El hecho de que sea una dirección "personal" no desquita que es un instrumento empresarial para que el trabajador desarrolle sus funciones dentro de la misma. En consecuencia, el empresario puede utilizar su derecho a vigilar y controlar los instrumentos de trabajo y de controlar como el trabajador da cumplimiento a sus obligaciones laborales³¹.

También es necesario que realice tal conducta en horario de trabajo con el acceso a internet de la empresa y con el ordenador de la misma. No hay que olvidar que en definitiva el trabajador está utilizando el horario de trabajo en asuntos personales, con lo cual también supone un coste económico para la empresa dado el número de horas de trabajo perdidas. Es decir, el empleado ha utilizado los medios informáticos en gran número de ocasiones para fines ajenos a los laborales dando lugar a un gran coste económico y de tiempo a la empresa³².

³⁰ STSJ Cataluña.11-03-2004. AS 2004/1231.

³¹ STSJ Galicia. 4-10-2001. AS 2001/3366.

³² STSJ Galicia. 4-10-2001. AS 2001/3366.

Por lo tanto, es necesario para poder llevar a cabo un despido disciplinario basado en este motivo³³, que el trabajador lleve a cabo dicha conducta durante la jornada laboral y que además, la realice durante un periodo de tiempo que ocasione una bajada del rendimiento del empleado, y en consecuencia, un coste económico para la empresa.

En definitiva, cualquier uso particular por parte del trabajador del correo electrónico proporcionado por la empresa no supone motivo de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual. Como ha establecido la doctrina jurisprudencial, es necesario una serie de circunstancias como las siguientes:

- Se haga un uso del correo electrónico con fines particulares y que el mismo sea grave e inexcusable.
- Dicho uso sea excesivo, siendo tolerado por la jurisprudencia un uso mínimo del correo electrónico con fines particulares.
- La empresa haya establecido una cláusula contractual o haya hecho una prohibición expresa de dicho comportamiento o que al menos no haya una permisividad por parte del empleador.
- Derivado de dicha conducta se produzca una bajada del rendimiento del trabajador y correlativamente, un coste económico para la empresa.

d. El uso del teléfono móvil

El uso del teléfono tiene muchos más antecedentes en la relación laboral que a diferencia de lo que puede ocurrir con el internet o el correo electrónico. Desde hace muchos años, la figura del teléfono fijo como instrumento del trabajo es algo habitual en la mayoría de empleos, así como más recientemente el uso del teléfono móvil.

En este apartado, vamos a centrarnos en la conducta del trabajador consistente en un uso abusivo del teléfono proporcionado por la empresa con fines laborales, así como el uso indebido del teléfono durante la jornada laboral.

³³Véase igualmente la STSJ Cataluña 6-06-2003. AS 2003/2212.

Es de resaltar que la doctrina judicial laboral muestra claramente que los comportamientos del trabajador, en los más variados ámbitos, en los que está presente la nota de engaño u ocultamiento al empresario conforman la más típica materia para el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual. El nivel mínimo de confianza que pide la relación laboral se ve rápidamente consumido, en tales situaciones, por la propia característica del incumplimiento: venir cualificado por la nota del engaño³⁴.

Dicha doctrina se puede trasladar a este caso, pues la conducta del trabajador consistente en realizar un uso indebido o excesivo del teléfono proporcionado por la empresa supone un engaño claro del trabajador al empresario y que dinamita la relación de confianza existente entre ambos.

Estos supuestos pueden conllevar un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual siempre y cuando, concurren una serie de circunstancias que han sido analizadas y valoradas por la jurisprudencia y las cuales no están exentas de cierta problemática. Dicha problemática se debe en gran parte a que cada órgano judicial tiene que decidir, no ya si una determinada conducta es grave y culpable, sino cuándo existe transgresión de la buena fe contractual. Por este motivo, la génesis del problema se encuentra en la indeterminación de los términos «transgresión de la buena fe contractual», llevando esto a pensar que cuando se utiliza una expresión como esa se corre el riesgo de que el artículo 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores se convierta en un «cajón de sastre» por el cual se ventilen todos los supuestos poco claros, facilitando así el despido disciplinario³⁵.

Para evitar esto, y con el fin de solventar y delimitar en la medida de lo posible las situaciones en las cuales nos encontraríamos en un despido disciplinario por el uso indebido o excesivo del teléfono, son numerosas las sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia que se han pronunciado sobre esta causa de transgresión de la buena fe contractual. En este sentido, conviene destacar, entre otras aquel pronunciamiento que considera que cuando la empresa proporciona un teléfono móvil al trabajador para su trabajo y sin el oportuno permiso, realiza

³⁴GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. *La causalidad del despido disciplinario*. Cit. Pág. 256.

³⁵DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel. *El concepto de buena fe en la causa de despido del artículo 52.2.d) "Transgresión de la buena fe contractual"*. Cit. Pág. 124.

trabajos particulares en el centro de trabajo mediante el mismo, ello supone la utilización para usos propios de herramientas de la empresa, y por tanto, la comisión de una falta convencionalmente prevista como grave³⁶.

Considera la Sala que el despido ha de ser considerado procedente cuando el trabajador no se ha limitado a utilizar una herramienta de la empresa para usos propios, como puede suceder con cualquier instrumento para el trabajo, sino que ha ido más allá, destinando el teléfono móvil que la empresa puso a su disposición para una utilización personal, incluso usando para ellos instrumentos no autorizados como puede ser el acceso a internet desde el móvil, suponiendo todo ello un grave incremento de costes para la empresa. Dicho comportamiento constituye una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza por parte del trabajador, pues a juicio del Tribunal, goza de un particular reconocimiento de su empleadora dotándole de un teléfono móvil para favorecer el desarrollo de su trabajo³⁷.

No obstante, entiende la jurisprudencia que esta deslealtad del trabajador hacia su empleador se da cuando hay un obrar malicioso y a su vez, suponga el incumplimiento grave y culpable de los deberes de fidelidad exigibles en el cumplimiento de los deberes confiados; señalándose como requisitos de esa figura:

- a) La existencia de una relación laboral.
- b) Violación de los deberes de fidelidad.
- c) Actuación del trabajador con una conciencia clara de que su conducta vulnera aquellos deberes. Sin embargo no se exige que la conducta sancionable con despido sea calificada de dolosa, pues es reiterada la doctrina de la Sala según la cual el artículo 54, núm. 1 del Estatuto de los Trabajadores sólo exige un incumplimiento grave y culpable sin que sea necesario la presencia de un elemento intencional de carácter doloso para apreciar la infracción de la trasgresión de la buena fe contractual en cuanto omisión de la diligencia debida en la prestación del trabajo³⁸.

³⁶STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife. 20-12-2013. AS 2014/848.

³⁷STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife. 20-12-2013. AS 2014/848.

³⁸STS. 21-7-1988.RJ 1988/6219.

En consecuencia, en toda conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, que inciden sobre ella, pues un elemental principio de justicia demanda una perfecta adecuación y proporcionalidad entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas, la exigencia de que el trabajador cumpla sus obligaciones de conformidad con las reglas de la buena fe, si ha de ser cumplida por cualquier trabajador, se hace más acuciante y estricta cuando, en razón de la categoría profesional que aquel ocupa en la empresa, se ejercen cargos de estricta confianza o de suma responsabilidad³⁹.

Es decir, los Tribunales sostienen que la conducta del trabajador consistente en un uso indebido, abusivo, irresponsable y para fines distintos o particulares del teléfono proporcionado por la empresa deben de suponer una conducta maliciosa, grave y que dinamite la buena fe y la lealtad que regula la relación trabajador-empleador.

Asimismo, la jurisprudencia se ha pronunciado respecto al uso del teléfono, en este caso fijo, durante la jornada laboral y las consecuencias que esto acarrea sobre las funciones que realiza el trabajador. Sirva de muestra que efectuar durante el horario laboral un total de 99 llamadas con una duración de 14 horas y 29 minutos desde el teléfono fijo y siendo siempre el teléfono fijo del cliente el que asume el gasto, este hecho, aun no habiendo prohibición expresa de la empresa, no es suficiente para llegar a la conclusión de que era una práctica tolerada. Asimismo, en el supuesto concreto la trabajadora era bien conocedora de cuáles eran sus obligaciones, y desde luego el realizar llamadas de teléfono durante 14 horas de duración implica ausentarse del puesto y no prestar la atención debida a las cámaras y monitores que debía vigilar. Asimismo, es evidente el perjuicio económico que se causa al cliente titular de la línea telefónica⁴⁰.

Por todo ello, entiende la Sala que el proceder de la trabajadora constituye una transgresión de la buena fe contractual y su conducta supone un abuso de confianza, abandono del puesto de trabajo y entregarse a distracciones graves durante

³⁹STSJ Cantabria. 14-11-2007.JUR 2008/56663

⁴⁰STSJ País Vasco. 29-11-2011.AS 2012/1697.

y dentro de la jornada de trabajo lo que implica la corrección de la sanción de despido impuesta por la empresa⁴¹.

De igual manera, se pronuncian otros Tribunales, que entienden que realizar múltiples llamadas a lo largo del día supone una cierta intencionalidad (culpabilidad) así como la exigible trascendencia (gravedad), puesto que las referidas llamadas si bien de escasa cuantía eran realizadas a diario, lo que al cabo del mes sumaban una cantidad no irrelevante de dinero. Igualmente las llamadas, según indica el propio actor en su recurso, se realizaban para contactar con su familia, pero no se aprecia la necesidad de esas llamadas cuando tras su seguimiento por detectives se comprueba que los días en que fue observado acudía a su domicilio al mediodía para permanecer en el mismo, o en sus alrededores, durante el resto de la jornada. Y no hace falta establecer reglas previas que indiquen un uso racional y leal de los medios puestos a su disposición por la empresa, pues ello es consustancial con las reglas generales que deben regir las relaciones de trabajo⁴².

En definitiva, el uso del teléfono, ya sea fijo o móvil, puede conllevar la calificación del despido como procedente. No obstante y al igual que en los apartados anteriores, esto no puede conllevar a un uso indiscriminado por parte de los empresarios de esta modalidad de despido cuando un trabajador haga uso del teléfono en el trabajo, sino que es necesario que concurra una serie de circunstancias.

Es decir, la jurisprudencia reconoce ajustado a derecho el despido disciplinario por uso del teléfono durante la jornada laboral siempre y cuando dicha conducta suponga una clara vulneración de la buena fe que rige toda relación contractual. Para que dicha conducta conlleve el despido, la misma tiene que ser una reiterada, abusiva y que ocasione un perjuicio a la empresa (bajada de rendimiento, costes excesivos, ausencias del puesto de trabajo, etc.).

Asimismo, los Tribunales entienden que no es necesaria una prohibición expresa del uso del teléfono en el trabajo para fines particulares por parte del empleador pues entienden que debe haber cierta flexibilidad, dado que los usos sociales conllevan que en momentos puntuales de la jornada laboral sea necesario contactar con personas ajenas a nuestras labores profesionales. Sin embargo, esto no

⁴¹STSJ País Vasco. 29-11-2011.AS 2012/1697.

⁴²STSJ Galicia. 23-01-2015. JUR 2015/93907.

supone que la empresa tolere dichos actos en todos los casos, dado que si el trabajador hace un uso excesivo e inapropiado de ese cierto margen que otorga el empresario, está incurriendo en una transgresión de la ya tan mencionada buena fe que debe regir toda relación laboral, y en consecuencia, su conducta está suponiendo un incumpliendo contractual grave⁴³.

e. Los derechos de los trabajadores y su importancia en el despido disciplinario por uso indebido de medios tecnológicos.

La potestad de control del empresario se reconoce expresamente en el art. 20.3 del ET, pues establece que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

Hoy en día y tal y como hemos podido comprobar a lo largo de este Trabajo Fin de Máster, la utilización de medios tecnológicos está generalizada en el mundo laboral, correspondiendo a cada empresario, en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, dirección y control, fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador. En el marco de dichas facultades de dirección y control empresariales no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales⁴⁴.

No obstante, el empresario ha de respetar los derechos de los trabajadores y seguir las normas básicas a la hora de controlar y prohibir el uso de medios tecnológicos en el trabajo así como a la hora de probar la correspondiente sanción por el uso indebido de dichos medios.

⁴³Véase también otras sentencias relativas a la procedencia del despido por uso abusivo del teléfono como: STSJ Madrid. 18-04-2016. JUR 2016/149682. STSJ Castilla y León. 10-06-2002. JUR 2002/201733.

⁴⁴STC 17-12-2012.RTC 2012/241.

Al respecto, ha recaído en la jurisprudencia la labor de establecer los límites a dicho control empresarial. Señala la doctrina constitucional que los equilibrios y limitaciones recíprocas derivadas para ambas partes del contrato de trabajo suponen que las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquellos⁴⁵.

Asimismo, el Tribunal Constitucional mantiene que desde la prevalencia de tales derechos, los mismos solo pueden ser limitados por las facultades empresariales por el hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho⁴⁶, bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador. 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 pueden servir, en ningún caso, a la producción de resultados inconstitucionales lesivos de derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquel⁴⁷.

Igualmente, el Tribunal Constitucional⁴⁸ señala que las medidas de control o supervisión del trabajo establecidas por el empresario son acordes a derecho, siempre y cuando dichas medidas o controles cumplan tres requisitos o condiciones: si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si es necesario en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia (juicio de indispensabilidad o estricta necesidad); y finalmente, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés empresarial que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio riguroso de adecuación)⁴⁹.

⁴⁵STC. 18-10-1993. RTC 1993/296.

⁴⁶STC. 11-04-1994. RTC 1994/99.

⁴⁷STC. 10-04-2000. RTC 2000/98.

⁴⁸STC. 7-10-2016. RTC 2013/170.

⁴⁹RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana. *El control empresarial de la mensajería electrónica como prueba de transgresión de la buena fe contractual*. Diario la Ley. Nº 8195. 2013. Pág. 1161-1162.

Entiende por tanto la doctrina constitucional, que aunque es cierto que el empleador tiene potestad para supervisar y dirigir a sus trabajadores, las medidas de control adoptadas en virtud de dicha potestad han de ser efectivas, ponderadas, equilibradas y que además no haya otra opción menos intrusiva o gravosa para conseguir el fin que se persigue, que no es más que los trabajadores hagan un uso correcto de los medios puestos a su disposición por la empresa y que durante su jornada laboral tengan un rendimiento adecuado y acorde a los parámetros racionalmente exigidos y esperados.

Asimismo, el control del empresario sobre el uso de los medios tecnológicos puestos a disposición de los trabajadores ha supuesto que la jurisprudencia se haya tenido que pronunciar sobre la necesaria delimitación de bienes e intereses de relevancia constitucional en el marco de las relaciones laborales, pues dicho control puede vulnerar derechos fundamentales tales como el secreto a las telecomunicaciones⁵⁰ o el derecho a la intimidad del trabajador⁵¹.

Respecto a la vulneración del secreto a las telecomunicaciones derivado del control del correo electrónico del trabajo o las visitas a las páginas de internet se han pronunciado distintas Salas de los Tribunales de Justicia de nuestro país, entendiendo las mismas que si bien es cierto que la Constitución Española (CE) garantiza el secreto de las comunicaciones, y que la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)⁵² señala que no surtirán efecto las pruebas obtenidas ilegalmente, la Sala entiende que no se vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones cuando no nos encontramos en presencia de una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado, sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales⁵³.

Sostiene asimismo la Sala que la empleadora puede ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios, que son de su propiedad, así como sobre la propia

⁵⁰El artículo 18.3 de la Constitución Española establece: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

⁵¹El artículo 18.1 de la Constitución Española establece: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

⁵²El artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece: "En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

⁵³STSJ Cataluña. 5-07-2000. AS 2000/3452.

actividad laboral del trabajador. Sobre esta misma cuestión se señala en la sentencia que todos los trabajadores de la empresa conocen que los correos electrónicos se graban. Igualmente, se afirma que los trabajadores de la empresa tienen conciencia de que los medios informáticos son exclusivos de la empresa y que todos los correos son grabados, siendo habitual por otro lado el acceso por otros trabajadores a terminales de otros compañeros. Por consiguiente, no sólo no se garantizaba a los trabajadores el secreto en el uso del correo electrónico o en los medios informáticos que utilizaban, ni era exigible tal secreto, sino que afirmar lo contrario sería tanto como decir que el empresario no puede ejercer ninguna vigilancia ni control sobre el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales⁵⁴.

Es decir, los magistrados sostienen que no puede entenderse como una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que el empresario ejerza un control sobre los trabajadores y sobre el uso que hacen los mismos sobre los medios proporcionados por la empresa. Además, la comunicación previa por parte de la empresa de que todos los correos son grabados supone un aviso a los empleados sobre el uso que deben de hacer con el correo electrónico. Entiende la Sala, por tanto, que este control es acorde a la normativa siempre y cuando su fin este destinado a asegurar un uso correcto del correo electrónico proporcionado por la empresa y siempre que ese control sea proporcional y no afecte a la dignidad humana.

Igualmente otro derecho que podría verse afectado por el control del empresario es el derecho a la intimidad y dignidad humana. Señala el Tribunal Constitucional que en el ámbito de las relaciones laborales, el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, pues no se pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada⁵⁵. Partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización laboral modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva.

⁵⁴STSJ Cataluña. 5-07-2000. AS 2000/3452.

⁵⁵STC. 19-07-1985. RTC 1978/88.

Sostiene la jurisprudencia que la CE reconoce 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. Sin embargo, este derecho no es absoluto y debe ser ponderado en cada momento, no pudiendo entenderse vulnerado el mismo de manera automática por el hecho de que el empresario obtenga datos de su esfera íntima, pues entiende el Tribunal que la esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena y que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno⁵⁶.

Por lo tanto, no cabe apreciar afectación del derecho a la intimidad cuando es el propio trabajador con sus propios actos quien permite el acceso a datos privados a terceras personas como el empleador u otros empleados, pues hacer un uso particular de los medios informáticos proporcionados por la empresa conlleva el riesgo de que dichos datos no gocen del mismo rango de privacidad que un medio particular.

En definitiva, tanto la normativa como la doctrina jurisprudencial reconoce tanto al empleador como al empleado una serie de derechos y obligaciones. Como hemos analizado anteriormente, el empresario puede adoptar medidas de vigilancia y control del uso de los medios tecnológicos puestos a disposición de los trabajadores. Asimismo, puede establecer limitaciones y prohibiciones respecto al uso de los mismos.

No obstante, esta potestad de dirección del empresario no es absoluta pues tiene unos límites como por ejemplo, el respeto de los derechos de los trabajadores, tales como el derecho a la dignidad, intimidad o secreto a las telecomunicaciones. Por lo tanto, el empleador no puede ampararse en su derecho de dirección y control para limitar tales derechos, pues el hecho de estar bajo las ordenes del empleador no puede suponer una renuncia a los derechos fundamentales de cualquier trabajador.

⁵⁶STC. 17-12-2012. RTC 2012/241.

En conclusión, el empresario ha de tener sumo cuidado a la hora de adoptar medidas de control o vigilancia pues las mismas han de ser efectivas, ponderadas, equilibradas y es necesario acreditar que no haya otra opción menos intrusiva o gravosa para conseguir el fin que se persigue.

Igualmente, las pruebas en las cuales se basa el empresario para llevar a cabo el despido disciplinario han de ser obtenidas legalmente, es decir, no vulnerando ningún derecho del trabajador.

Todo ello es de suma importancia, pues la vulneración de los derechos de los trabajadores, ya sea mediante un poder de control abusivo o mediante la obtención de pruebas ilegalmente, conllevaría la calificación del despido como nulo.

6. Conclusiones.

Una vez expuesto y analizado uno por uno los distintos supuestos más relevantes derivados del uso indebido de las nuevas tecnologías en el trabajo pueden extraerse las siguientes conclusiones.

I.- La primera de ellas y más genérica es que el uso de medios tecnológicos por parte del trabajador de manera indebida puede conllevar un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual. Dicha conducta encaja dentro de este apartado del despido disciplinario porque tanto la normativa como la jurisprudencia entienden que esta conducta llevada a cabo por el trabajador supone una vulneración a los esenciales deberes de conducta que debe presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes, y no solo eso, sino que además dicha conducta es muy grave.

Por lo tanto, cuando el empleado utiliza con fines distintos a los laborales los medios informáticos puestos a su disposición por la empresa como el internet, correo electrónico o móvil, el empresario puede adoptar las medidas oportunas, siendo una de ellas por ejemplo el despido disciplinario.

II.-Esta conducta no supone que automáticamente el empresario pueda adoptar como sanción el despido disciplinario, sino que se requiere una serie de circunstancias y condiciones como para que la conducta sea tan grave como para conllevar un despido.

Por norma general y como hemos podido observar en el Trabajo, dichas circunstancias o condiciones son, por ejemplo, que sea una conducta reiterada, que haya preavisos o prohibiciones por parte del empresario de dichas conductas o que el uso con fines particulares tenga repercusiones negativas en la empresa o el rendimiento del trabajador.

III.- El empresario ha de respetar por encima de todo la dignidad y los derechos de los trabajadores, pues si bien es cierto que el empleador goza de una potestad de dirección y control esta no es absoluta y debe ajustarse a unos parámetros de

racionalidad que respeten en todo momento los derechos y la dignidad de los trabajadores.

IV.- Otra conclusión que puede extraerse del presente trabajo es la falta de desarrollo normativo respecto de este tipo de situaciones conllevando tal situación que haya tenido que ser los Tribunales de Justicia quienes hayan establecido los márgenes y límites a los trabajadores como a los empresarios.

V.- En definitiva, el despido disciplinario por uso indebido de medios tecnológicos por el trabajador durante su jornada laboral es un tema de actualidad que ha ocasionado una gran problemática, teniendo que ser resuelta la misma en gran parte por la jurisprudencia debido a la falta de previsión normativa al respecto.

7. Bibliografía

- DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel. *El concepto de buena fe en la causa de despido del artículo 52.2.d) "Transgresión de la buena fe contractual"*. Revista Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de Laguna. Nº17, 2000. Pág. 124.
- DOMBLAS, M^a Asunción y FERNÁNDEZ BARAIBAR, Maite. *Causas del despido disciplinario, Volumen 2. Recopilación doctrinal*. Navarra, Aranzadi, 2007. ISBN 978-84-8355-149-3. Pág. 271-272.
- FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel. *Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual*. Revista Trabajo y Derecho. WoltersKluwer, nº19 y 20, julio-agosto 2016
- GIL Y GIL, José Luis y DEL VALLE, José Manuel. *El despido disciplinario*. Madrid, Ediciones Cinca, 2009. ISBN 978-84-96889-41-5. Pág. 166-167.
- GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. *La causalidad del Despido Disciplinario*. Navarra, Aranzadi, 2009. ISBN: 987-84-470-3325-6. Pág. 71 y 72.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás. *El despido disciplinario*. Madrid, Difusión Jurídica, 2008. ISBN: 987-84-967005-59-3. Pág. 112.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana. *El Despido: Forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*. Madrid, Aranzadi, 2009. ISBN: 978-84-9903-342-6. Pág. 75.
- RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana. *El control empresarial de la mensajería electrónica como prueba de transgresión de la buena fe contractual*. Diario la Ley. Nº 8195. 2013. Pág. 1161-1162.
- RUBIO DE MEDINA, Maria Dolores. *El despido disciplinario*. Barcelona, Bosch, 2000. ISBN: 84-7676-626-2.

8. Anexo jurisprudencial.

- STC. 19-07-1985. RTC 1978/88.
- STC. 18-10-1993. RTC 1993/296.
- STC. 11-04-1994. RTC 1994/99.
- STC. 10-04-2000. RTC 2000/98.
- STC. 17-12-2012. RTC 2012/241.
- STC. 7-10-2016. RTC 2013/170.
- STS. 21-7-1988.RJ 1988/6219
- STS 26-02-1991. RJ 1991/875.
- STS. 6-10-2011. AS 2016/4053.
- STSJ Andalucía, Granada. 9-05-2003.AS 2003/2840.
- STSJ Andalucía, Granada. 6-10-2011. AS 2011/2894.
- STSJ Andalucía, Granada. 26-09-2012. AS 2013/376.
- STSJ Asturias. 15-11-2013. JUR 2014/5069
- STSJ Cantabria. 14-11-2007.JUR 2008/56663
- STSJ Castilla y León, Valladolid. 10-06-2002. JUR 2002/201733.
- STSJ Castilla y León, Valladolid. 30-05-2013. JUR 2013/217974
- STSJ Cataluña. 5-07-2000. AS 2000/3452.
- STSJ Cataluña 6-06-2003. AS 2003/2212.
- STSJ Cataluña.11-03-2004. AS 2004/1231.
- STSJ Comunidad Valenciana. 28-09-2010. AS 2011/190.
- STSJ Galicia. 4-10-2001. AS 2001/3366.
- STSJ Galicia. 23-01-2015. JUR 2015/93907.
- STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife. 20-12-2013. AS 2014/848.
- STSJ Madrid. 12-06-2001. AS 2001/2953.
- STSJ Madrid. 11-02-2003. JUR 2004/135935.
- STSJ Madrid. 29-10-2012. AS 2013/490.
- STSJ Madrid. 18-04-2016. JUR 2016/149682.
- STSJ País Vasco. 26-01-2010. JUR 2010/149058.
- STSJ País Vasco. 29-11-2011.AS 2012/1697.
- STSJ País Vasco. 17-4-2012. AS/2012/1676.

- STSJ Valencia. 15-05-2003. JUR 2004/115407.
- STSJ Valencia. 31-10-2016, AS 2007/889.