



Roj: **STSJ AND 1355/2019 - ECLI: ES:TSJAND:2019:1355**

Id Cendoj: **41091340012019100716**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2019**

Nº de Recurso: **744/2018**

Nº de Resolución: **905/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANA MARIA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº **744/2018**-D Sent. Núm. 905/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMOS. SRES.

DOÑA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ

DON EMILIO PALOMO BALDA

DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO

En Sevilla, a 28 de marzo de 2019.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 905/2019

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Benedicto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de los de Córdoba, autos nº 71/2017; ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARÍA ORELLANA CANO, Magistrada Especialista del Orden Jurisdiccional Social.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Según consta en autos, se presentó demanda por D. Benedicto contra RAYTO ELECTRODOMESTICOS, S.L. y TELECROMA, S.L., sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 08/03/2017 por el Juzgado de referencia, en la que se estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO : En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO.- Benedicto ha prestado servicios por cuenta y orden de TELECROMA S.L., con la categoría profesional de especialista, antigüedad de 19/4/90 y salario regulador de 1.490,70 € (1.615,64 € con plus de transporte), sin ostentar ni haber ostentado cargo de representación legal o sindical de los trabajadores en el último año.

SEGUNDO.- En fecha 4/10/16 la empresa procedió a extinguir la relación laboral por causas objetivas (f. 8). Presentada papeleta de conciliación, en acto de 9/11/16 se reconoció la improcedencia del despido y se procedió a readmitir al trabajador en su mismo puesto de trabajo con efectos de 10/11/16. La parte trabajadora no manifestó su oposición.

El trabajador se reincorporó a su puesto de trabajo el 10/11/16, procediendo la empresa a comunicarle el despido disciplinario.

La parte trabajadora promovió demanda ejecutiva ante lo que consideraba una falta de readmisión del trabajador, que correspondió al Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba en autos de ejecución 308/16. Se convocó a incidente y ante la incomparecencia de la parte ejecutantes se le tuvo por desistida en resolución de 10/2/17 (f. 108).

TERCERO.- En la carta de despido entregada al trabajador el 10/11/16.

En la indicada carta (que obra en autos, f. 12 y ss, y la doy por reproducida en lo no expuesto al ser conocida por las partes), se indicaba que tras un desfase en la actividad de reparación de electrodomésticos de más de tres meses dio lugar a una investigación que concluyó con un informe técnico-informático, del que se concluye que el trabajador ha transgredido la buena fe contractual, abusado de la confianza en el desempeño de su trabajo y ha desobedecido las órdenes del empresario, pues aprovechando el somero control que realizaba la empresa en su actividad, ha aprovechado tal circunstancia para perjudicar a la empresa, dedicándose en tiempo y con equipos de la empresa a cuestiones personales e incluso ilícitas, que nada tenían que ver con su función y verdadera obligación en la empresa.

En concreto se le imputaban 3 bloques de conductas analizadas entre 3/10/15 a 4/10/15:

- Tras analizar el historial del navegador del ordenador que utilizaba el trabajador se ha constatado las visitas a páginas webs que no tienen relación con su actividad profesional en la empresa, entre otras: webs dedicadas a la decodificación de canales de pago (361 visitas); webs y consultas de contenido sexual (8); webs y consultas de viajes (14 + 15 + 288); web de compra de productos de origen chino "aliexpress", destacando búsquedas de moda, relojes o parkas (787); Web Amazon (40); web de apuestas (110 visitas).

- Archivos encontrados en los ficheros del disco duro del trabajador y que pudieran corresponder a una actividad ilegal. Entre otros: taller de cata de vinos: cómo hackear una página web; software para descargar juegos "piratas" de consolas de videojuegos; ficheros para hackear o piratear consolas de videojuegos y documentos escaneados de facturas, tickets y otros documentos de distintas empresas.

- Disminución de forma continuada y voluntaria su rendimiento de trabajo, alcanzando sólo un 10% de su producción. Se refieren 30.118 accesos a internet, 130 accesos diarios, que resultan desproporcionados para una labor de reparación de electrodomésticos, aunque pudiera ser cierto que en alguna ocasión necesitara internet para resolver alguna duda concreta.

CUARTO.- El trabajador era quien de manera habitual utilizaba el ordenador que ha sido objeto de la pericia, estando situado en la zona de taller de reparaciones de la empresa. En esta zona de trabajo tan sólo trabajaba el hoy demandante, si bien entre octubre de 2015 a enero de 2016 y entre marzo y septiembre de ese año ha colaborado con él para poder hacer en tiempo las reparaciones, el técnico Sr. Dimas . Éste manifestó en juicio que en este tiempo él se conectaba a la web de apuestas.

El trabajo del demandante era básicamente el de reparación de aparatos electrodomésticos. Cuando era necesario se conectaba a internet para buscar soluciones a las averías y para buscar repuestos, aunque este trabajo también lo realizaban trabajadores de oficina de la empresa.

Al cierre de la oficina todos los trabajadores abandonaban el centro de trabajo.

El ordenador del trabajador situado en el taller disponía de una contraseña conocida por los demás trabajadores de la empresa.

QUINTO.- Las retribuciones mensuales del trabajador ascendían mensualmente a 1.615,64 €. Desde julio de 2016 la empresa no ha abonado al trabajador cantidad alguna de sus retribuciones.

La empleadora ha abonado al SPEE 899,13 € por prestaciones satisfechas por este organismo con motivo de la readmisión (f. 56 y ss).

SEXTO.- En las dependencias de TELECROMA S.L. se prestaba servicio técnico de reparación de electrodomésticos y venta de repuestos (f. 122).

TELECROMA S.L. ha dejado de tener trabajadores contratados por cuenta ajena en noviembre de 2016 (f. 59). Sigue manteniendo actividad económica (modelo 303 de la AEAT, f. 64 y ss). RAYTO ELECTRODOMÉSTICOS S.L. inicia sus operaciones el 28/12/16 (f. 126).

Tiene por objeto social "la reparación y venta de electrodomésticos, artículos del hogar...asesoramiento técnico en mecánica, actividad y electrónica...". El administrador es el mismo que el de TELECROMA S.L. y tiene el mismo domicilio social que esta empresa.



RAYTO ELECTRODOMÉSTICOS S.L. también se publicita como servicio técnico de reparación (f. 121).

La trabajadora de TELECROMA S.L. Sra Milagros , ha pasado a desempeñar su actividad para RAYTO ELECTRODOMÉSTICOS S.L.

SÉPTIMO.- En fecha 20/11/16 se presentaron papeletas de conciliación ante el CEMAC, habiéndose celebrado los preceptivos actos el 20/12/16 con el resultado de "intentado sin avenencia".

TERCERO : Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que ha sido impugnado por la parte demandada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO : El actor prestó servicios para la empresa demandada hasta el 10 de noviembre de 2016, fecha en la que fue despedido disciplinariamente. La sentencia recurrida desestima la demanda y declara el despido procedente. La parte recurrente solicita, como primer motivo de recurso, con debido sustento adjetivo, la supresión de los hechos probados tercero y cuarto de la sentencia recurrida, al haber sido obtenidos de prueba ilícita, con vulneración del artículo 18.4 de la Constitución . Debe destacarse que el cauce adecuado para hacer valer esta pretensión no es el artículo 193 b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , sino el apartado a) del precepto, pues su estimación supone la declaración de la nulidad de las actuaciones. Con independencia de lo anterior y, atendiendo a que se invoca la vulneración de un derecho fundamental, se analizará la cuestión de fondo. El actor ha sido despedido por abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual. Los hechos imputados se obtuvieron, según la propia carta d despido disciplinario, "tras analizar el historial del navegador del ordenador que utilizaba el trabajador". De este modo, invoca la empresa que constataron visitas a páginas webs que no tenían relación con su actividad profesional en la empresa, entre otras: "webs dedicadas a la decodificación de canales de pago (361 visitas); webs y consultas de contenido sexual (8); webs y consultas de viajes (14 + 15 + 288); web de compra de productos de origen chino "aliexpress", destacando búsquedas de moda, relojes o parkas (787); Web Amazon (40); web de apuestas (110 visitas)". Además, en se encontraron en los ficheros del disco duro del trabajador, archivos sobre "taller de cata de vinos: cómo hackear una página web; software para descargar juegos "piratas" de consolas de videojuegos; ficheros para hackear o piratear consolas de videojuegos y documentos escaneados de facturas, tickets y otros documentos de distintas empresas". Y, ello, considera la empresa que le produjo una disminución de su rendimiento de trabajo, que alcanzó sólo un diez por ciento de su producción. La controversia suscitada en el presente recurso se centra en determinar si la empresa, al acceder al ordenador que como herramienta de trabajo tenía el trabajador, vulneró su derecho a la protección de datos personales. En la presente materia, constituyó un gran avance la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 (Rcud 966/2006), que declaró la nulidad de la prueba obtenida, por haberse vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador, en relación con el control de archivos personales del trabajador en el ordenador facilitado por la empresa. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 (Rcud 4053/2010), resolvió un supuesto de control por el empresario del correo electrónico del trabajador, mediante los denominados programas espías. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre , completó la doctrina que se había sentado en las resoluciones anteriores. Versó también esta Sentencia sobre la expectativa razonable de confidencialidad del trabajador en el uso para fines privados del ordenador de la empresa. En este supuesto, no se había producido prohibición expresa de la empresa, ni información, que pudieran neutralizar la expectativa de confidencialidad del trabajador. Pero la prohibición del uso de estas herramientas para fines privados, venía contemplada en el convenio colectivo. Y, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la Gran Sala de 5 de septiembre de 2017, caso Barbullescu II , consideró vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , por no haber informado el empresario, con carácter previo, que era posible la vigilancia del correo electrónico, ni las medidas que podía adoptar y, que tenía acceso a las cuentas de correo electrónico del trabajador. El artículo 87 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales contiene el régimen de este derecho de los trabajadores en conexión con el poder de control empresarial. Pero entró en vigor el 7 de diciembre de 2018 y, por ende, no es de aplicación al caso que se enjuicia. Pues bien, del análisis de la doctrina constitucional, de la jurisprudencia y de la doctrina judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se extraen las siguientes premisas: 1. El trabajador tiene una expectativa razonable de confidencialidad, según la cual puede realizar un uso moderado, con fines privados, de los dispositivos digitales facilitados por la empresa, como herramientas de trabajo. 2. Esta expectativa razonable de confidencialidad puede neutralizarse por el empresario mediante la prohibición expresa del uso para fines privados de los dispositivos digitales, facilitados por la empresa. 3. Los trabajadores deben ser debidamente informados de la prohibición y, se entiende cumplida esta obligación, si la prohibición se contempla en el convenio colectivo, en el contrato de trabajo o, en la normativa sobre las técnicas de información y comunicación de la empresa. En el caso de autos,



la expectativa razonable de confidencialidad del trabajador no ha quedado neutralizada por la prohibición del uso para fines privados del ordenador de la empresa, ni ha existido información al demandante. Por lo tanto, se entiende vulnerado el artículo 18.4 de la Constitución, que consagra el derecho a la protección de datos personales, con la consiguiente declaración de nulidad de la prueba así obtenida. Huelga, por tanto, el análisis de los restantes motivos de recurso esgrimidos por la parte recurrente. Procede, en consecuencia, con estimación del recurso de suplicación, decretar la nulidad de la actuaciones, retro trayéndolas al momento anterior al dictado de la sentencia, para que por el órgano judicial de instancia, se dicte otra, con entera libertad de criterio, partiendo de la nulidad de la prueba obtenida por el empresario a raíz del acceso al ordenador facilitado por la empresa al actor. No hay condena en costas.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación formulado por D. Benedicto debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, que dejamos sin efecto. En consecuencia y, en sustitución de la misma, debemos decretar la nulidad de la actuaciones, retro trayéndolas al momento anterior al dictado de la sentencia, para que por el órgano judicial de instancia, se dicte otra, con entera libertad de criterio, partiendo de la nulidad de la prueba obtenida por el empresario a raíz del acceso al ordenador facilitado por la empresa al actor. No hay condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, frente a esta sentencia, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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