

BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 30
Abril 2019

CONTROL EMPRESARIAL DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS VS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR. TEST BARBULESCU II. EFECTOS EN EL ÁMBITO PENAL: STS SALA II 23 DE OCTUBRE DE 2018.

Jesús Gómez Esteban
Magistrado
Juzgado Social 20 de Barcelona

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA: SENTENCIAS DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TSJ DEL PAÍS VASCO DE 12 DE MARZO DE 2019 (RECURSOS 270/2019 Y 206/2019). PONENTES SRS. IRURETA-GOYENA Y LAJO.

DESEMPLEO. RESOLUCIÓN DEL SPPE QUE REVOCA LA PRESTACIÓN EN LA MODALIDAD DE PAGO ÚNICO. MANTENIMIENTO DE LA PRESTACIÓN PESE A LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN EMPRESARIAL ENTRE LA EMPRESA EN LA QUE CAUSA BAJA LA PERSONA TRABAJADORA, Y AQUÉLLA A LA QUE ACCEDE COMO SOCIA Y ADMINISTRADORA Y A LA QUE DESTINA LA CAPITALIZACIÓN. ART. 10.1 LEY 5/2011, DE 29 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOCIAL, REDACCIÓN PROPORCIONADA POR LA LEY 31/2015.



www.ajfv.es

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Ramón Gimeno Lahoz



NUEVAMUTUA
SANITARIA

Tu seguro
de Ley



www.nuevmutuasantitaria.es/mugeju

ISSN: 2605-275X

RESUMEN VOCES

SENTENCIAS DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TSJ DEL PAÍS VASCO DE 12 DE MARZO DE 2019 (RECURSOS 270/2019 Y 206/2019). PONENTES SRS. IRURETAGOYENA Y LAJO.

DESEMPLEO. RESOLUCIÓN DEL SPPE QUE REVOCA LA PRESTACIÓN EN LA MODALIDAD DE PAGO ÚNICO. MANTENIMIENTO DE LA PRESTACIÓN PESE A LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN EMPRESARIAL ENTRE LA EMPRESA EN LA QUE CAUSA BAJA LA PERSONA TRABAJADORA, Y AQUÉLLA A LA QUE ACCEDE COMO SOCIA Y ADMINISTRADORA Y A LA QUE DESTINA LA CAPITALIZACIÓN. ART. 10.1 LEY 5/2011, DE 29 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOCIAL, REDACCIÓN PROPORCIONADA POR LA LEY 31/2015.

RESUMEN: (limitado a la sentencia dictada en el rec.270/2019).

La demandante ha prestado servicios en una empresa (Fundación Nodular Flesic SA, en adelante FNF) desde 1998, viendo extinguido su contrato de trabajo por ERE extintivo que

concluyó con acuerdo, extinción operada con efectos de 24-3-17.

Por resolución del SEPE se le reconoció la prestación de desempleo con efectos de 1-4-17, durante 660 días, constando que el mismo día solicitó la prestación de desempleo

bajo la modalidad de pago único, la cual fue inicialmente rechazada por falta de viabilidad de la empresa que se pretendía promover (Fundiciones Padureta SLL, en adelante FP), si bien más tarde el SPPE estimó la reclamación previa, reconociéndole la prestación en la modalidad de pago único. El 16-5-18 el SPPE inicia procedimiento para revocar la prestación reconocida, dictando resolución en ese sentido el 28-6-18, que declaró la percepción indebida en la suma de 26.744, resolución que se confirmó en la ulterior resolutoria de la reclamación previa de 4-9-18.

FP se constituyó el 21-3-17, con un capital de 3006 euros. Desde el 4-4-17 la actora se encuentra de alta en FP, constando que esta empresa tuvo una ampliación de capital en julio de 2017, pasando la actora a ser socia, formando parte del Consejo de Administración de la empresa junto con otros cuatro socios. En la empresa ingresaron en julio de 2017 otros nueve socios, y un mes después se amplió nuevamente el capital con ingreso de nuevo socio.

La Inspección de Trabajo emitió informe en abril de 2018 **concluyendo que existía sucesión de empresa entre FNF y FP, determinación que también alcanzaron las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social 1 y 10 de Bilbao, ambas confirmadas por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco.**

La trabajadora impugnó la resolución del SEPE denegatoria de la prestación **dictando sentencia el Juzgado de lo Social 6 de Bilbao desestimando la demanda,** decisión basada en la existencia de un comportamiento fraudulento que impedía el devengo de la prestación de desempleo en pago único, al resultar la petición actuada contraria a lo dispuesto en el art. Único RD 1413/2005 por el que se modifica la DT4ª de la Ley 45/2002 de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

La parte actora plantea recurso de suplicación, con un primer motivo de revisión de

hechos probados, y un segundo de crítica jurídica en el que sostiene que no toda sucesión empresarial es necesariamente fraudulenta, que en este caso la sucesión operada no lo es, denunciando la vulneración del art.262 LGSS en relación con el RD 1413/2005.

La Sala de lo Social estima el recurso, revocando la sentencia y reconociendo a la actora el derecho a mantener la prestación por desempleo que resultó capitalizada.

En primer término, rechaza la reforma fáctica planteada, tendente a eliminar del relato el informe de Inspección de Trabajo que la sentencia tiene por reproducido, recordando que, al margen de la valoración que se haga del mismo, es un hecho irrefutable que Inspección de Trabajo emitió dicho informe, por lo que su supresión con el único objeto de que no sea tomado en consideración, no puede ser acogida, pero además recuerda el art. 53 de la LISOS y la doctrina jurisprudencial

sobre la presunción de certeza de las actas de Inspección de Trabajo, para concluir sosteniendo que los extremos recogidos en el informe de Inspección de Trabajo responden a hechos concretos y objetivos (obtención de créditos bancarios, continuación de entregas por parte de los proveedores, continuidad de la actividad, envíos de correos electrónicos, ...), que no han sido desvirtuados por la recurrente. Es decir, la Sala acepta los extremos fácticos de los que se desprende la sucesión entre FNF y FP -por otro lado admitida por la propia Sala (sentencias de 30 de octubre y 27 de noviembre de 2018, rec.1922/2018 y 2235/2018, confirmatorias de las dictadas por los Juzgados de lo Social 1 y 10 de Bilbao)-.

Respecto de la crítica jurídica, el Tribunal razona que la demandante, tras la extinción de su contrato de trabajo se encuentra en situación legal de desempleo conforme se extrae del art.267.1 TRLGSS y, en dicha situación, está legitimada para solicitar el pago único de la prestación de desempleo

para incorporarse a una sociedad laboral, teniendo derecho a la prestación que demanda puesto que el RD 1413/2005 (en el que la sentencia recurrida sustenta su decisión), en su art. único, modificó la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 45/2002, pero esta Disposición Transitoria Cuarta fue derogada por la Disposición Derogatoria única 3 de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social.

Y la Ley 31/2015, modificó también (art.3) la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, introduciendo un nuevo art. 10 en dicha norma legal sobre capitalización de la prestación por desempleo de los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, de forma que dicho precepto permite percibir la prestación por desempleo capitalizada cuan-

do lo que se pretenda es la incorporación como socio trabajador o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, incluso aunque el trabajador haya estado vinculado con la propia sociedad laboral a la que se incorpora.

Con este sustrato jurídico, y toda vez que FNF fue declarada en concurso y pende de liquidación tras haber mediado ERE extintivo que concluyó con acuerdo, que no fue impugnado por ninguna de las partes provocando que la demandante pasara a situación de desempleo de pleno derecho, la Sala considera que la constitución de una nueva sociedad laboral (FP) que sustituye a la anterior en el proyecto empresarial que tenía, no supone que el acceso de la actora a dicha sociedad laboral como socia y con aportación de las prestaciones por desempleo capitalizadas, entrañe fraude de ley de conformidad con la regulación contenida en el art.10 de la Ley 5/2011.

Entiende que los hechos constatados a través de la actuación inspectora no

evidencian el fraude de ley, ni tampoco cabe apreciar el mismo porque se haya declarado la existencia de una sucesión empresarial entre las dos mercantiles cuya existencia expresamente admite.

COMENTARIO

El soporte de la decisión de la Sala en las dos sentencias señaladas, lo constituye de un lado, el rechazo del fraude de ley en la colocación de los trabajadores en la situación de desempleo legal, y de otro -y fundamental- el art. 3º.3 de la Ley 31/2015 de 9 de septiembre que modifica la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, añadiéndole el art.10, destinado a la regulación de la capitalización de la prestación por desempleo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales.

El precepto en cuestión dispone textualmente que:

“1. En aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 228 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se mantendrá lo previsto en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se establece el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, incluidas las modificaciones incorporadas por normas posteriores, en lo que no se opongan a las reglas siguientes:

1.ª La entidad gestora podría abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo, a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, aunque hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades,

independientemente de su duración o constituir las.

En estos supuestos, el abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a las aportaciones al capital, incluyendo la cuota de ingreso, en el caso de las cooperativas, o al de la adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral en lo necesario para acceder a la condición de socio.

Quienes capitalicen la prestación por desempleo, también podrán destinar la misma a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender. Se abonará como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que deducirá el importe relativo al interés legal del dinero.

No obstante, si no se obtiene la prestación por su importe total, el importe restante se podrá obtener conforme a lo establecido en la regla 2.^a siguiente.

2.^a

3.^a La solicitud del abono de la prestación por desempleo de nivel contributivo, según lo establecido en las reglas 1.^a y 2.^a, en todo caso deberá ser de fecha anterior a la fecha de incorporación a la cooperativa o sociedad laboral....”.

La Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 45/2002, que es la norma considerada por el juzgador de instancia, en su redacción inicial establecía la posibilidad de percepción de la prestación en pago único por desempleo de nivel contributivo “*para aquellos beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse, de forma estable y a tiempo completo, como socios trabajadores o de trabajo, en cooperativas o en sociedades laborales en las que previamente no hubieran cesado, o constituir las, o cuando dichos*

beneficiarios pretendan constituirse como trabajadores autónomos y se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33%”. Esta redacción fue ulteriormente modificada, permitiendo la citada Disposición Transitoria desde la redacción dada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado (BOE de 23-12-2010, entrada en vigor 12-1-2011), el percibo de la prestación de desempleo en pago único por los beneficiarios de prestaciones cuando “pretendieran la incorporación de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales aunque hubieran mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades, independientemente de su duración o constituir las, o cuando dichos beneficiarios pretendan constituirse como trabajadores autónomos y se trate de personas con discapacidad igual o superior al 33%..”.

La Sala Cuarta en sentencia de 5 de abril de 2017 (Rec. 694/2016, Roj. 1620/2017), sin mencionar la Disposición Transito-

ria Cuarta de la Ley 45/2002, otorgó la prestación de desempleo en pago único a una trabajadora desempleada titular del derecho a la prestación por desempleo que venía percibiendo en pago periódico que, estando afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, vio extinguido su contrato por causas objetivas y acreditó el inicio de una actividad profesional como trabajadora autónoma, considerando el Alto Tribunal que se daba así cumplimiento a la finalidad que cumplía la norma reguladora aplicada (RD 1044/1985, de 19 de junio), esto es, incentivar en mayor medida la obtención del propio empleo por los beneficiarios de las prestaciones por desempleo.

Y la STSJ de Asturias de 26 de diciembre de 2018 (Rec. 2369/2018, Roj. 3797/2018), aplicando este criterio jurisprudencial -expuesto también en la STS de 25 de mayo de 2000 (Rec. 2947/1999, Roj. 4239/2000)-, reconoce la prestación de desempleo en pago único a una beneficiaria desempleada que tenía reconocida

la prestación en pago periódico, y trataba de continuar, como trabajadora autónoma, la misma actividad y en el mismo local de la empresa que la despidió, resolviendo en sentido contrario la STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2017 (Rec.1093/2016, Roj. 2631/2017), y la STSJ de Galicia de 15 de enero de 2019 (Rec. 3435/2018, Roj. 348/2019) pero en ambos casos por apreciarse fraude de ley al colocarse la parte trabajadora en situación de desempleo.

Las sentencias referidas no toman en consideración la normativa en la que el TSJ del País Vasco basa su decisión en las dos sentencias que hemos señalado, norma cuya finalidad es incentivar el autoempleo también en su vertiente colectiva en palabras de la STJ del País Vasco dictada en el recurso 206/2019 *“incluso para el caso de que el anterior proyecto empresarial no fuera económicamente viable y la sociedad laboral viniera a dar continuidad a dicho proyecto, pero bajo la forma de una nueva sociedad laboral impulsada por el esfuerzo de los propios*

trabajadores de la extinta empresa, como acaece en nuestro caso”.

Y este objetivo queda patente en la exposición de motivos de la Ley 31/2015, que afirma la viabilidad de la capitalización del desempleo en casos de autoempleo tras una situación de falta de viabilidad en la empresa, al señalar que *“también se incorporan nuevas actuaciones como la creación de un nuevo incentivo para facilitar el tránsito de los trabajadores desde el empleo protegido a la empresa ordinaria así como otras medidas destinadas a fomentar el impulso y mantenimiento del autoempleo en su vertiente colectiva, como la ampliación de las posibilidades de capitalización de la prestación por desempleo para la participación en sociedades cooperativas o las ayudas a la contratación para la sustitución de socios de dicho tipo de sociedades. Además, se procede a una modificación de las medidas de fomento del autoempleo a través de la prestación por desempleo, con el objeto no solamente de facilitar al traba-*

jador por cuenta propia el inicio de la actividad, sino también garantizarle que, en caso de la no viabilidad de su empresa profesional, dispondrá de la protección por desempleo que dejó de percibir al causar alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social. Así, en primer lugar se amplía el colectivo de beneficiarios de trabajadores por cuenta propia de la prestación por desempleo que podrá capitalizar el 100 por cien de su prestación para destinarla a la inversión necesaria para el ejercicio de la actividad, al eliminar la barrera de edad existente hasta la fecha.”

En suma, las sentencias comentadas se acomodan plenamente a dicho propósito, con la singularidad de que en los supuestos que contemplan se había declarado ya judicialmente por el mismo Tribunal la existencia de sucesión entre la empresa en la que cesan las personas demandantes (sin asomo de fraude en la extinción de sus relaciones laborales) y aquella entidad a la que acceden como socios y trabajadores tras capitalizar el paro.

RESUMEN VOCES

CONTROL EMPRESARIAL DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS VS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.
TEST BARBULESCU II. EFECTOS EN EL ÁMBITO PENAL:
STS SALA II 23 DE OCTUBRE DE 2018

Jesús Gómez Esteban
Magistrado
Juzgado Social 20 de Barcelona

1.- LÍMITES AL CONTROL EMPRESARIAL DE LOS INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS PUESTOS A DISPOSICIÓN DEL TRABAJADOR. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES INTERNOS.

La proliferación de medios electrónicos precisos para el desarrollo por parte del trabajador del contenido

propio de su prestación laboral ha dado lugar a numerosos pronunciamientos en el orden social ponderando las facultades y límites empresariales, derivados de su poder de dirección ex art. 20 ET en materia de vigilancia y control de las obligaciones de los trabajadores, respecto del ejercicio y necesario respeto de los derechos fundamentales del trabajador,

en especial los regulados en el art. 18 CE (intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos).

La respuesta judicial interna tiene como antecedente claro las SSTEDH de 25 de junio de 1997, asunto Halford y especialmente de 3 de abril de 2007, asunto Copland; partiendo del art. 8 del Convenio de Roma (“toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”), el TEDH resolvió un supuesto en el que una trabajadora, secretaria personal del rector de un centro educativo, fue objeto de revisión en de su teléfono, correo electrónico y ordenador en una investigación que afectó a dicho rector. Apreciando vulneración del art. 8 del Convenio, el TEDH recordó que las comunicaciones realizadas en el centro de trabajo se incluían dentro del concepto de “vida privada y correspondencia” del art. 8 del Convenio, no habiendo sido la trabajadora informada del posible control empresarial de los mismos, generando una

“*expectativa razonable de privacidad*” a valorar por los órganos judiciales con la finalidad de apreciar el posible carácter ilegítimo de la intromisión empresarial en los derechos fundamentales de la trabajadora.

En fecha inmediatamente posterior, 26 de septiembre de 2007 (Rec. 966/2006 Roj. 6128/2007), por la Sala IV del TS se fijaron unos criterios interpretativos básicos a la hora de valorar el carácter legítimo del control empresarial de los medios electrónicos del trabajador, en el supuesto examinado el acceso a unos archivos temporales descargados desde el ordenador y almacenados en un USB, sin presencia del trabajador. Frente al criterio del Juzgado de lo Social y TSJ que habían declarado la improcedencia del despido aplicando las previsiones de control del art. 18 ET, la Sala IV respecto del control empresarial del uso del ordenador incardina el mismo en la previsión del art. 20.3 ET, fijando una doctrina que parte del hábito social generalizado de tolerancia con

ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores: *“esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio. Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptar-*

se en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones”.

En consecuencia, desde un momento tan inicial dos han sido las exigencias para que, en términos del TEDH, no se entendiera vulnerada la “expectativa razonable de privacidad” del trabajador frente al control empresarial de los medios electrónicos: 1) La información precisa y previa de las reglas de uso de dichos medios, con posibles prohibiciones totales o parciales para usos no profesionales 2) El conocimiento del posible control de tales medios, y por tanto el contenido de su comunicación, por parte del empresario junto con las medidas susceptibles de ser tomadas y la posible adopción de medidas preventivas.

Posteriormente en diversas ocasiones la propia doctrina de la Sala IV, aten-

diendo al caso concreto, ha resultado vacilante. Así en STS de 8 de marzo de 2011 (Rec. 1826/2010, Roj. 1323/2011), en un supuesto de auditoría interna para el control del acceso a páginas de internet por un trabajador desde el ordenador profesional, con cita de la STS de 26 de septiembre de 2007, entendió vulnerado el derecho fundamental a la intimidad del trabajador al no constar la fijación por la empresa de reglas sobre el uso profesional exclusivo de los medios informáticos ni sobre el posible control, y su alcance, para comprobar su correcto uso. Sin embargo en STS de 6 de octubre de 2011 (Rec. 4053/2010, Roj. 8876/2011), en un supuesto de monitorización con captura de las pantallas a las que una trabajadora accedía desde su ordenador profesional, existiendo una prohibición empresarial de uso de medios de la empresa para fines propios, pero sin expresa advertencia del posible control empresarial y sus medios para llevarlo a cabo, la Sala IV concluye que *“si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá*

tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo”, concluyendo que, siendo válida la prohibición empresarial total de uso personal de los medios electrónicos, la misma *“lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador”*. Dicha sentencia contó con el voto particular de 5 Magistrados de la Sala.

El Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse en la materia, en ocasiones reconociendo unas facultades empresariales de control más amplias de las que derivarían de la doctrina del TEDH. Así en STC 241/12 de 17 de diciembre se denegó el amparo en un supuesto de trabajadoras que, en un orde-

nador en puesto de trabajo de uso indistinto y sin claves de acceso, instalaron contra la prohibición empresarial expresa un sistema de mensajería instantánea, intercambiándose una serie de mensajes que fueron de forma casual interceptados por un compañero de trabajo y puestos en conocimiento de los superiores. Entiende la STC que no existe vulneración del derecho fundamental a la intimidad ni al secreto de comunicaciones, al haber sido las trabajadoras con su conducta las que eliminaron su expectativa de privacidad, siendo el acceso a los mensajes casual por un compañero, y al haber fijado el empresario una prohibición expresa de instalación de sistema de mensajería en un ordenador de uso común, por tanto sin protección constitucional de sus comunicaciones. En STC 170/13 de 7 de octubre se examina un supuesto de acceso a los correos electrónicos de un trabajador en los que ponía en conocimiento de terceros determinados datos de producción de su empresa. Partiendo de la mera previsión en Convenio Colectivo de una falta

disciplinaria leve en el supuesto de uso de medios informáticos ajenos a la prestación laboral, el TC deduce sin más de la misma la existencia de una prohibición empresarial al respecto y un control legítimo del contenido de la comunicación, no existiendo vulneración de nuevo ni del derecho al secreto de las comunicaciones ni de la intimidad del trabajador, por no apreciarse una legítima expectativa razonable de privacidad entendiendo la medida empresarial de control necesaria, idónea al fin pretendido y proporcionada en sentido estricto, no incidiendo en correos personales del trabajador y con un justificación en las sospechas de su comportamiento irregular.

2.- STEDH 5 DE SEPTIEMBRE DE 2017. TEST BARBULESCU II.

Ante dicho panorama judicial interno, el TEDH en el asunto Barbulescu ha sistematizado una serie de criterios a tener en consideración a la hora de valorar el carácter legítimo de las medidas de

control empresarial sobre medios tecnológicos necesarios para la actividad laboral. El supuesto fáctico parte de un trabajador, ingeniero, que utiliza un sistema de mensajería instantánea personal y otro para la atención de sus clientes de la empresa. En ésta existía una prohibición expresa de uso particular de los medios técnicos profesionales, si bien no queda probada información empresarial sobre el posible control de las comunicaciones ni sobre su alcance. Igualmente entre los trabajadores se puso en conocimiento el despido de una trabajadora por usar internet para fines privados. La empresa procedió a revisar en tiempo real los mensajes del Sr Barbulescu durante 8 días, convocando al trabajador a una reunión, en la que éste negó el uso personal del sistema, siendo convocado a una segunda reunión donde se le entregó un documento de 45 páginas con la transcripción de comunicaciones personales, incluyendo las mantenidas con su novia y hermano, algunas íntimas y establecidas desde su cuenta personal. La empresa procedió a su despido.

En sentencia de 12 de enero de 2016, siendo por los Tribunales internos desestimada la pretensión del trabajador, el TEDH entendió aplicable al caso el art. 8 del Convenio, pero concluyó sin embargo no haber existido violación de dicho precepto.

La Gran Sala en la sentencia de 5 de septiembre de 2017 por 11 votos frente a 6 declaró sin embargo vulnerado dicho art. 8 del Convenio. Partiendo de la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados, al tratarse de una empresa privada, reitera el TEDH encontrarse en el ámbito del art. 8 del Convenio, por tanto en los conceptos de tutela de la “vida privada” y “correspondencia” el uso profesional de medios informáticos, valorando desde el respeto de la expectativa razonable de privacidad del trabajador el hecho de que la empresa accediera no solo a su comunicación sino a su contenido. Correspondiendo a cada Estado fijar las medidas para proteger la “vida privada” de sus ciudadanos, debiendo en cualquier caso ponderarse los inte-

reses diversos objeto de protección existiendo un margen amplio legal a escoger por cada Estado sin que en cualquier caso las facultades empresariales de control puedan ser absolutas, enumera en el punto 120 de la sentencia una serie de criterios a tener en cuenta por las autoridades nacionales, el denominado “test Barbulescu II”:

1.- Si el trabajador ha sido informado sobre la posible revisión de sus comunicaciones electrónicas: claridad en la naturaleza de la supervisión y previa.

2.- Fijación del ámbito de la revisión e incidencia: distinción acceso al flujo de la comunicación-contenido; todas las comunicaciones-parte de ellas; ámbito temporal y espacial; número de personas que acceden a la información.

3.- Objetivo y causas de la vigilancia. En especial si se accede al contenido de la comunicación.

4.- Posibilidad de medios menos intrusivos respecto del acceso al contenido de la comunicación. (Principio de necesidad).

5.- Consecuencias para el empleado de la supervisión/uso por el empresario del resultado relacionado con objetivo vigilancia.

6.- Garantías para el empleado. Notificación previa al trabajador de posible acceso al contenido de las comunicaciones por el empresario.

Todo ello en el marco del principio de confianza mutua en las relaciones laborales y garantizando las autoridades el acceso del empleado a un órgano judicial para valorar los criterios y legalidad de la medida.

En STS de 8 de febrero de 2018 (Rec. 1121/2015, Roj. 594/2018) la Sala IV ha tenido ya ocasión de hacer referencia a dicha doctrina. El supuesto de hecho parte de una empresa que contaba con una política de seguridad que limitaba el

uso de sus ordenadores con fines estrictamente laborales, con prohibición expresa de usos personales (estableciendo incluso una necesaria aceptación de dicha política en cada acceso al ordenador), informando igualmente de las posibles medidas de vigilancia y control necesarias para su correcta utilización; tras el hallazgo casual por un trabajador en la fotocopiadora de uso común de dos resguardos que hacían suponer el percibo por un superior de sumas dinerarias procedentes de proveedores en su beneficio personal, la empresa procedió al examen del contenido de correos electrónicos empleando un programa de cribado, utilizando palabras claves y en momentos próximos a las transferencias, sin acceso a ningún correo personal. La Sala IV entiende que la conducta empresarial supera el test Barbulescu II, concluyendo que *“nada sustancial añaden a la doctrina tradicional de esta propia Sala (las ya citadas SSTS 26/09/07 -rcud 966/06; 08/03/11 -rcud 1826/10 y SG 06/10/11 -rco 4053/10 y a la expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia*

de contraste [STC 170/2013], así como a las varias suyas que el Alto Tribunal cita [así, SSTC 96/2012, de 7/Mayo, FJ 10 ; 14/2003, de 28/Enero, FJ 9 y 89/2006, de 27/Marzo, FJ 3], pues sin lugar a dudas los factores que acabamos de relatar y que para el TEDH deben tenerse en cuenta en la obligada ponderación de intereses, creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad» requeridos por el TC y a los que nos hemos referido en el FD Quinto [5.b)]. Juicios que a nuestro entender han sido escrupulosamente respetados en el caso de autos, por las razones más arriba expuestas [FJ Sexto. 2]”.

3.- APLICACIÓN DEL TEST BARBULESCU II EN EL PROCESO PENAL. STS SALA II DE 23 DE OCTUBRE DE 2018.

Siendo notorias las diferencias existentes entre las facultades sancionadoras propias del empresario, derivadas de su

ámbito de organización y dirección en la relación laboral y sometido al control del orden jurisdiccional social, respecto de los supuestos en los que puedan derivarse consecuencias penales de conductas realizadas por el trabajador en su actividad laboral, con respuesta jurisdiccional en el orden penal en aplicación del ius puniendi estatal, por la Sala II del TS en la sentencia de 23 de octubre de 2018 (Rec. 1674, Roj. 3754/2018) se han asumido los criterios propios de valoración citados aplicados en el orden social tendentes a ponderar y medir las posibilidades de control empresarial de los medios electrónicos empleados por el trabajador, en concreto el acceso legítimo y respetuoso con sus derechos fundamentales a su correo electrónico y al contenido de su comunicación.

El supuesto de hecho es el siguiente: un trabajador de una empresa comercializadora de pescados y mariscos, con funciones desde su constitución en el año 2004 de apoderado y secretario del consejo de

administración y desde 2007 de gerente, con relación laboral de alta dirección, es despedido en fecha 16 de junio de 2011, despido declarado procedente en el orden social. La empresa, el día posterior al despido, procedió a través de un perito con presencia notarial a obtener una “copia espejo” del ordenador usado por el trabajador sin su presencia (estaba en Estados Unidos por indicación de su empleadora). Para ello utilizó una herramienta informática de cribado empleando palabras claves, accediendo a 113 correos electrónicos de un total de 20.722 documentos y correos volcados. La empresa no había comunicado de forma explícita al trabajador la prohibición de uso personal de los medios informáticos profesionales ni el posible control de los mismos y su contenido. Por la AP de Vizcaya en fecha 1 de junio de 2017 se dictó sentencia condenando al trabajador a una pena de 5 años de prisión como autor de un delito continuado de apropiación indebida, con pago en concepto de responsable civil de la suma de 5.035.907'60 euros. En los

hechos probados se recogen una serie de operaciones del trabajador en perjuicio de su empleadora y a favor de otras mercantiles, todas ellas en liquidación concursal, vinculadas con el trabajador consistentes en compras en perjuicio de su empleadora, ventas desde su empleadora a precio inferior al debido o sin abonar las mercantiles a él vinculadas compras realizadas a la empleadora.

Examinando la Sala la alegación de nulidad del examen del ordenador personal del acusado y el carácter ilícito de la prueba obtenida a través de él, distingue los posibles derechos fundamentales susceptibles de afectación: el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), diferenciando la interceptación del proceso de comunicación y su necesaria autorización judicial de la comunicación ya finalizada, afectante al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), que no exigiría siempre autorización judicial y el “derecho a la protección del propio entorno digital”; con cita de la STS Sala II 17 de abril de 2013 (Rec. 1461/2012, Roj.

2222/2013), STC 173/11 de 7 de noviembre y STS Sala II de 9 de junio de 2014 (Rec. 2176/2013, Roj. 2492/2014), se valora la doctrina emanada de la Sala IV y del TC antedicha en materia de acceso al ordenador profesional y su contenido por el empleador a partir de la STS de 26 de septiembre de 2007 (Rec. 966/2006, Roj. 6128/2007), concluyendo con la cita de la STEDH de 5 de septiembre de 2017 y su test *Barbulescu II*.

Con tales antecedentes, la Sala II, pese a las posibles sospechas existentes en el caso enjuiciado y la posible proporcionalidad en el examen del ordenador del trabajador y su contenido, entiende que “falta un *prius inexcusable*” para dotar de licitud a la prueba: la empresa no había limitado el uso del ordenador a tareas exclusivamente profesional ni había un conocimiento, al menos tácito, de las posibles facultades empresariales de control. Tampoco existía el consentimiento del trabajador ni la autorización judicial (el art. 588 sexies a) y b) de la LECRIM,

introducidos en reforma por LO 13/15 de 5 de octubre no estaban vigentes en cualquier caso a fecha de acceso al ordenador en el caso enjuiciado), concluyendo que *“la jurisprudencia ha situado la clave de la legitimidad de la injerencia empresarial en la ausencia de toda expectativa de confidencialidad por parte del trabajador que sufre la intromisión, que puede basarse en una cláusula contractual o en una advertencia del empresario o en la legítima instrucción expresa de limitar el uso del dispositivo a fines laborales. La existencia de un precepto incorporado al convenio del sector donde se prohíbe el uso personal de los instrumentos informáticos, la suscripción de una cláusula que reserva al empresario esa facultad o, en fin, la comunicación, por uno u otro medio, del uso de mecanismos tecnológicos de fiscalización, difuminan el espacio de exclusión del trabajador. Ninguno de esos presupuestos legitimadores aparece aquí”*.

Consecuencia de lo anterior, la Sala considera la prueba obtenida por la empresa

a través del acceso al contenido de los correos electrónicos como ilícita en aplicación del art. 11.1 LOPJ, por lo que *“en el caso presente, a la vista de la jurisprudencia existente y predominante en el momento de la actuación empresarial cuya licitud fiscalizamos ahora, se podía y debía haber extremado la cautela: no existiendo advertencia de que el ordenador había de ser usado exclusivamente para los fines de la empresa y no constando al empleado que la empresa se reservaba la potestad de su examen, por mucho que se utilizaran métodos informáticos especialmente poco invasivos y selectivos, constituía un cierto atrevimiento (una indiligencia), no recabar antes el consentimiento del titular o, en su defecto, la autoridad judicial. Regía ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial que alertaba sobradamente sobre la dudosa legalidad de esa actuación. Algo de osadía se aprecia en la iniciativa adoptada por la empresa. La prueba no es rescatable; no puede utilizarse”*.

La Sala, entendiendo que la ineficacia de la prueba obtenida a través del acceso al correo electrónico del trabajador no impide la posibilidad de condena en base a otras pruebas practicadas (documental contable, pericial...) ajenas y no vinculadas con la prueba ilícita declarada, lo que modularía la doctrina de los frutos del árbol envenenado, anula la sentencia de la AP de Vizcaya retrotrayendo las actuaciones para que examine qué pruebas no están afectadas por la declarada ilícita y se valore, de nuevo con dicho exclusivo sustento probatorio, un pronunciamiento de culpabilidad o absolución.

4.- CONCLUSIÓN

El imprescindible entorno digital en el que se desarrollan actualmente las relaciones laborales posibilita, desde un punto de vista procesal, el acceso a medios de prueba electrónicos susceptibles de aportación posterior a un proceso. La ponderación entre el interés empresarial, derivado de sus facultades organizativas, de direc-

ción y control y el del trabajador, siendo la relación laboral un ámbito en el que el ejercicio de los derechos fundamentales (en concreto los regulados en el art. 18 CE) no resulta ajeno, ha llevado tanto a los Tribunales nacionales como al TEDH a fijar un corpus interpretativo que sirve como criterios mínimos que permitan entender la conducta empresarial legítima y respetuosa con los derechos fundamentales del trabajador en los supuestos de control de tales medios electrónicos, con posible eficacia probatoria en el respectivo orden jurisdiccional del material obtenido, o bien vulneradora de tales derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, convirtiendo en ilícita la prueba que pueda recabar el empresario del ilegítimo acceso a dichos medios electrónicos.

El denominado “test Barbulescu II” fijado por el TEDH en su sentencia de 5 de septiembre de 2017 no supone una real novedad respecto de los criterios que, tanto la Sala IV del TS como el Tribunal

Constitucional vía recurso de amparo, han venido ponderando en la materia, si bien aporta una precisa sistematización, concreción y aclaración de los mismos. Tras la STS Sala II de 23 de octubre de 2018 los referidos criterios y su aplicación incidirán tanto en la valoración de la eficacia probatoria en el orden social como en el penal, conllevando un replanteamiento de las políticas empresariales en materia de cumplimiento normativo que permita fijar reglas previas y precisas para garantizar un control legítimo de los medios informáticos precisados por

los trabajadores para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Finalmente, excediendo del presente análisis, cabe al menos mencionar la incidencia en la materia de la LO 3/18 de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, regulando en su art. 87 el derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.