



Roj: **STSJ M 5732/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:5732**

Id Cendoj: **28079340012016100404**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/05/2016**

Nº de Recurso: **282/2016**

Nº de Resolución: **407/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JUAN MIGUEL TORRES ANDRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

NIG : 28.079.00.4-2015/0017029

Procedimiento Recurso de Suplicación 282/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 282/2016

Sentencia número: 407/2016

J

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. JAVIER JOSÉ PARIS MARÍN

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a 13 de Mayo de dos mil dieciséis, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 282/2016 formalizado por el Sr. Letrado D. JESÚS PASCUAL LÓPEZ en nombre y representación de DON Modesto , contra la sentencia dictada en 23 de noviembre de 2.015 por el Juzgado de lo Social núm. 27 de los de MADRID , en los autos acumulados números 411/15 y 500/15 (éstos del Juzgado de igual clase y lugar núm. 1), seguidos a instancia del citado recurrente, contra la empresa KIA MOTORS IBERIA, S.L., en materia de resolución de contrato por voluntad del trabajador y, acumuladamente,



reclamación de indemnización adicional, a las que se acumuló otra de **despido**, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO .- El demandante, Modesto , con D.N.I. NUM000 , ha prestado servicios laborales por cuenta y órdenes de la empresa demandada KIA MOTORS IBERIA SL, con antigüedad reconocida de 20-3-2000, con un salario bruto mensual ascendente a 5.399,12.-euros incluido el prorrateo de pagas extras y el bonus, excluyendo seguro de vida médicos y tickets restaurante y categoría de Gerente Comercial.

SEGUNDO .- El día 29 de enero el Segundo , socio director de la empresa SADE, remitió a KIA, en concreto a la Sra. Amelia correo electrónico con copia al actor en el que informaba acompañando la demanda que la empresa IMAWEB había promovido demanda y medidas cautelares frente a SADE y KIA en relación con infracción de derechos de propiedad intelectual por el programa informático CRM-KARS.

TERCERO .- El día 5 de febrero de 2015 sobre las 11 horas de la mañana se personaron en la empresa, a requerimiento de esta, el Notario Sr Martín Alcalde y dos empleados de la empresa informática Forest Digital. Los dos anteriores junto con el actor, y cuatro miembros del Comité de empresa, se reúnen en el despacho del representante de la empresa Sr. Montes Destar a la sazón Director de Recursos Humanos.

En dicha reunión se entregó al actor carta de igual fecha cuyo contenido por obrar en autos al folio 542 y 543 se da por reproducido y que se leyó íntegramente, en la que tras informarle que se iba a llevar a cabo una investigación de sus soportes informáticos-ordenador y teléfono móvil-, se le exoneraba de acudir al puesto de trabajo hasta el día 15 de dicho mes para facilitar la investigación y garantizar su objetividad.

A continuación todos los anteriores se dirigieron al puesto de trabajo del actor entregando el propio actor su ordenador, su móvil y otros soportes informáticos haciendo inventario de los mismos en dos formularios uno identificando el ordenador y la tarjeta SD del mismo y otro identificando el móvil, la tarjeta SD del mismo, otra tarjeta micro SD y un pendrive quedando todo ello sellado y depositado en la Notaría.

El Sr. Notario levantó Acta de Presencia a la que incorporó la carta entregada al actor, los formularios de recogida de soportes informáticos cuyo contenido por obrar en autos se da por reproducida. -Doc. 27.

Ese mismo día la empresa notificó al Comité de Empresa que abrían una investigación para esclarecer posibles irregularidades cometidas por empleados con responsabilidades en la administración del programa CRM KARS y en concreto respecto del actor por lo que les convocaba al despacho del Sr. Augusto para estar presentes en las actuaciones. -Doc. 2.

TERCERO (sic).- El día 9 de febrero, el Sr. Constancio , uno de los empleados de la empresa Forest Digital que estuvo en la diligencia del día 5, se personó en la Notaría del Sr. Martín procediendo en presencia de dicho Notaria a abrir el sobre que contenía el ordenador procediendo a copiar el disco duro y la tarjeta SD, rellenando sendos formularios con los datos identificativos del disco duro de origen, del clonador, del disco de destino, y del proceso y resultado de copia, de todo lo cual se levantó Acta de presencia por el Notario. -Doc. 27- que se da por reproducida, procediendo al sellado nuevamente del ordenador.

CUARTO .- El día 10 de febrero el actor remite carta a la empresa haciendo manifestaciones entre otras su intención de hacer una pericia del disco duro del ordenador y tarjeta del ordenador. -Doc. 7 del actor.

El día 13 de febrero la empresa remite al actor carta prorrogando hasta el día 1-3-2015 la exoneración de prestar servicios a fin de concluir las investigaciones.

-Doc. 6 actor.

El día 16 la empresa le contesta indicándole que de momento no es posible que realice la pericia y que una vez concluya la realizada le notificarán las conclusiones. -Doc. 5 actor.

El día 26 de febrero la empresa remite al actor nueva carta prorrogando hasta el día 9-3-2015 la exoneración de prestar servicios a fin de concluir las investigaciones. -Doc. 6 demandada.



El 9 de marzo la empresa notifica al actor carta en la que le comunican la finalización de las investigaciones de su ordenador dándole así traslado de las conclusiones para que antes del día 12 formule alegaciones, cuyo contenido se da por reproducido al obrar al -Doc. 7 de la demandada.

El día 11 de marzo el actor contestó reiterando su deseo de realizar una pericia sobre el disco duro de su ordenador y teléfono. -Doc. 8 demandada.

QUINTO .- El 13 de marzo la empresa notifica al actor carta de **despido** disciplinario por la comisión de falta muy grave prevista en el art 28.3 del CCO y 54. 2 d) del ET cuyo contenido dada su extensión y en aras a la brevedad se da aquí íntegramente por reproducido a efectos de integrar este hecho probado. -Doc. 10 demandada.

SEXTO .- El 20 de marzo la empresa autoriza al actor para poder realizar una copia del disco duro del ordenador que deberá en todo caso hacer en la Notaría donde está depositado y en presencia de expertos de la empresa Forest Digital.

-Doc. 13 demandada.

Finalmente la parte actora optó porque la copia del disco duro fuera realizada y entregada por los expertos de Forest Digital lo que se llevó a cabo el 5-5-2015 en la forma que se detalla en el folio 434. -Doc. 13 a 17 demandada y -Doc. 1 actor folio 434.

La empresa Lazarus Technology fue la encargada por el actor para realizar la pericia.

SÉPTIMO .- Los informes periciales de ambas empresas obran a los folios 120 a 162 de los autos y al -doc. 1 de la parte actora y ratificados ambos.

OCTAVO .- La empresa IMAWEB 2000 SL y KIA MOTORS IBERIA SL suscribieron el 20-5-2010 concertaron contrato por el que la primera otorgaba a la segunda una licencia del programa CRM_imaweb auto (en adelante programa CRM) no exclusiva e intransferible para su utilización una vez personalizada por KIA y su red de concesionarios a cambio de un precio por plazo de 3 años, así como el mantenimiento y desarrollo, en su caso, de modificaciones, utilidades y versiones. -Doc. 20.

El actor en su calidad de Gerente Comercial fue designado Gerente del programa CRM y como tal tenía un acceso ilimitado al mismo incluso como administrador pudiendo proporcionar claves de usuario y realizar modificaciones en el programa.

Dicho contrato concluyó con efectos de 30-4-2014 a instancia de KIA.

NOVENO .- La mercantil demandada decidió desarrollar ella misma su propio programa y para ello contrató en abril de 2013 con la empresa SADE Consultoría Técnica SL cuyo socio director es Segundo . El contrato tenía por objeto el desarrollo de una Aplicación que sustituya al producto CRM de Imaweb y sea a medida para KIA manteniendo las funcionalidades actuales del CRM. -Doc. 23.

Dicha empresa desarrolló la Aplicación KARS para KIA adquiriendo ésta en exclusividad los derechos de propiedad intelectual sobre aplicación, concediendo la Oficina de Patentes y marcas el 4-2-2014 a KIA la marca sobre aquella.

DÉCIMO .- El actor en su calidad de Gerente Comercial era Gerente del programa KARS y como tal tenía usuario y contraseña de administrador de la aplicación con un acceso ilimitado al mismo que le permitía gestionar la biblioteca de aplicación, crear usuarios, exposiciones, concesionarios, campañas comerciales o productos.

UNDECIMO.- El actor junto con el Sr. Segundo y otra persona llamada Mario de la empresa Miller Ingram dedicada a la Comercialización estratégica de automóviles se cruzaron correos electrónicos desde el día 2 a 10 de octubre con el contenido que obra en la carta de **despido** que se dan por reproducidos para integrar este hecho probado.

Estos correos electrónicos se enviaban y recibían en la cuenta de correo personal que el actor se creó en el ordenador que la empresa KIA había puesto al actor a su disposición para el trabajo con la siguiente dirección DIRECCION000

DUODECIMO .- Desde el 2-3-2015 al actor se le ha prescrito tratamiento farmacológico para diagnóstico de ansiedad. -Folios 17 y 18.

DECIMO TERCERO .- En una reunión de la empresa el 6-2-2015 en la que había un número indeterminado de empleados el Director General expuso que al actor se le estaba investigando por presuntas irregularidades.

DECIMO CUARTO .- No ostenta ni ha ostentado el actor cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.



DECIMO QUINTO .- Con fecha 19-2-2015 el actor formuló papeleta de conciliación por Resolución de contrato e indemnización de daños por vulneración del derecho al honor y la dignidad, celebrándose Sin Avenencia el Acto de Conciliación con fecha 11-3-2015.

Con fecha 30-3-2015 el actor formuló papeleta de conciliación por **Despido**, celebrándose: Sin Avenencia el Acto de Conciliación con fecha 21- 4-2015.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

*"Que **desestimando** las demandas acumuladas interpuestas por Modesto contra KIA MOTORS IBERIA SL, en reclamación por Resolución de Contrato y **Despido**, debo absolver y absuelvo a la demandada de las peticiones formuladas en su contra declarando la procedencia del **despido** con efectos de 13-3-2015".*

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 18/4/2016 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 25/4/2016 señalándose el día 11/5/2016 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada sobre resolución de contrato por voluntad del trabajador y, acumuladamente, reclamación de indemnización adicional por tutela de derechos fundamentales, acciones a las que también se acumuló otra en materia de **despido**, en este caso disciplinario, tras rechazar en su integridad las demandas acumuladas que rigen estas actuaciones, dirigidas contra la empresa Kia Motors Iberia, S.L., absolvió a ésta *"de las peticiones formuladas en su contra declarando la procedencia del **despido** con efectos de 13-3-2015"*.

SEGUNDO.- Recurre en suplicación el demandante instrumentando dos motivos, ambos con adecuado encaje procesal, de los que el primero, que, a su vez, divide en dos apartados, se ordena a revisar la versión judicial de los hechos, mientras que el otro, que también se compone de dos epígrafes, si bien el segundo lo subdivide en otros tantos, lo hace al examen del derecho aplicado en la resolución combatida. El recurso ha sido impugnado por la contraparte.

TERCERO.- El primer apartado del motivo inicial, dirigido, como dijimos, a evidenciar errores *in facto*, postula la supresión, sin más, del hecho probado undécimo de la sentencia recurrida, a cuyo tenor: "El actor junto con el Sr. Segundo y otra persona llamada Mario de la empresa Miller Ingram dedicada a la Comercialización estratégica de automóviles se cruzaron correos electrónicos desde el día 2 a 10 de octubre con el contenido que obra en la carta de **despido** que se dan por reproducidos para integrar este hecho probado. Estos correos electrónicos se enviaban y recibían en la cuenta de correo personal que el actor se creó en el ordenador que la empresa KIA había puesto al actor a su disposición para el trabajo con la siguiente DIRECCION000".

CUARTO.- El planteamiento no es atinado, por lo que el submotivo decae. En efecto, lo que discute el recurrente no es sino el pronunciamiento de la Juez *a quo* según el cual el medio de prueba del que extrajo los elementos de convicción que le llevaron a sentar la conclusión fáctica que quiere eliminarse fue obtenido lícitamente, y sin que, a su entender, se vulneraran los derechos fundamentales a la intimidad personal y al secreto de la comunicaciones que consagran los apartados 1 y 3 del artículo 18 de la Constitución, debiendo, pues, desplegar la eficacia probatoria que le es propia, por lo que el cauce procesal elegido -denuncia de error de hecho en la apreciación de la prueba- no resulta adecuado, habida cuenta que se trata de cuestión eminentemente jurídica, de modo que será en los motivos de censura de tal índole donde habrá de plantearse la actual controversia, que, precisamente, es lo que hace el actor en el apartado 2.1 del siguiente motivo cuando defiende la **nulidad** del **despido** acordado el 13 de marzo de 2.015 con base en la invocada lesión de derechos constitucionales. En otras palabras, primero habrá que dirimir en clave jurídica si la prueba que sirve de sustento a este ordinal se logró de forma ilícita por haberse infringido los citados derechos fundamentales y, de ser así, amén de su expulsión de la versión judicial de lo sucedido, los efectos que ello comportaría en orden a la calificación del **despido**, cuestiones, todas ellas, suscitadas con posterioridad.



QUINTO.- En todo caso, no está de más señalar que el submotivo también se apoya en el informe pericial técnico practicado a instancia del trabajador, el cual figura a los folios 375 a 498 de las actuaciones, así como en la declaración de un testigo que depuso en el juicio, medio de prueba éste carente de idoneidad para el fin propuesto. Indicar, al respecto, que la Juez de instancia ya valoró conforme a las reglas de la sana crítica, tal como dispone el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las pericias aportadas por las partes, concediendo mayor credibilidad a las conclusiones que establece la ofrecida por la empresa. Otra cosa será decidir si las mismas cuentan con eficacia probatoria en función del modo en que se consiguieron.

SEXTO.- En este sentido, la Juzgadora razona profusamente en el fundamento séptimo de su sentencia, aunque en relación, sobre todo, con el procedimiento de intervención y custodia que la demandada siguió para llegar hasta los datos, en este caso correos electrónicos, reflejados en la carta de **despido**: "(...) *ha de valorarse y examinarse la eficacia probatoria de las periciales en relación a la acreditación de los hechos imputados habida cuenta de que se ha concluido que su obtención ha sido lícita en tanto no vulnera derechos constitucionales*", añadiendo más adelante: "(...) *El contenido de los correos electrónicos que se transcriben en la carta de **despido** fueron obtenidos del ordenador de la empresa puesto a disposición del actor para el ejercicio de su actividad laboral; la prueba pericial aportada por la empresa -folios 120 a 157- ratificada a presencia judicial y sometida a contradicción, describe la forma técnica de proceder para la obtención de los mismos, esto es, se realizó una copia forense del disco duro a presencia notarial obteniendo tanto los archivos vigentes como los borrados concluyendo que en un archivo temporal 'Mail(1) htm' se contenían los correos transcritos. La prueba pericial del actor aportada como doc. 1 y ratificada por el experto que lo realizó trata de desvirtuar las conclusiones de la pericial actora. En primer lugar en los cuatro primeros puntos de sus conclusiones -folio 426 cuestiona la forma de obtener la evidencias y al respecto señalar que el propio perito en las aclaraciones solicitadas a instancia de la parte demandada manifestó que podría ser conforme, adecuada y suficiente para garantizar la veracidad de las evidencias identificar sólo el ordenador completo, siendo sellado y depositado en una Notaría tal como la empresa realizó. Como conclusión final y de resumen del resto de apartados hasta el 17 indica el informe que ratificó el perito que es imposible que en Archivos temporales creados con la aplicación Internet Explorer que acceda a Outlook.com queden rastros de textos de correos electrónicos, de forma que si los mismos aparecen es porque se ha manipulado insertándolos. Al respecto señalar que la prueba pericial practicada por la actora no se hizo sobre una copia directa obtenida del disco duro sino sobre una copia realizada sobre la copia previa efectuada por Forest Digital, y ello aconteció no porque la empresa así lo impusiera, sino porque el actor así lo aceptó, dado que la empresa ofreció al actor hacer una copia directa del disco duro por sus propios expertos informáticos en la Notaría donde estaba depositado el ordenador declinando finalmente el actor el ofrecimiento, y en definitiva aceptando que Forest les entregara la copia y así ha de concluirse de la circunstancia de que no hay nueva acta notarial levantada a propósito de realizar Forest una nueva copia del disco duro del ordenador para entregarla a Lazarus y de la certificación de entrega del disco -folio 434. Ahora bien, lo que sí garantiza la integridad y no manipulación en la copia del disco duro sobre la que hizo la pericial Forest es el fichero 88101.log que incorpora la copia del disco duro entregada a Lazarus -folio 386, donde aparecen identificados el disco duro del ordenador del actor -disco de origen- y el disco duro de destino que se quedó Forest, identificando la firma digital HASH. El disco duro del ordenador del actor se identificó en el formulario para adquisición de evidencias realizada el día 9 de febrero cuando ante Notario se realizó por Forest la copia -folios 118 y 119, quedando incorporado en el Acta Notarial levantada al efecto*".

SEPTIMO.- Para finalizar expresa: "(...) *Esa copia de la copia, y cuyo proceso de realización no consta, no asegura que en la misma se contengan con igual alcance y permanencia los contenidos, pero no porque haya intervenido voluntad manipuladora sino por la propia técnica. Por otra parte el informe de la parte actora identifica el navegador -Mozilla Firefox- con el que se ha abierto el fichero temporal y en el que se contenían los correos; sin embargo el informe de la parte actora no identifica el navegador utilizado siendo que de acuerdo con el estado de la técnica es conocido que no todos los navegadores tienen la misma habilidad para abrir cualquier fichero. Pero es que además la circunstancia de que borrara o eliminara información del ordenador el día 30 de enero no significa que no se puedan recuperar los correos electrónicos pues ello depende de la herramienta utilizada sin que conste ni se acredite que el borrado hecho por el actor lo verificara con una herramienta profesional ni con cual en concreto. Asimismo introduce el informe pericial del actor una duda sobre una eventual manipulación al señalar que la contraseña del actor fue cambiada antes de la retirada del equipo informático el mismo día 5 de febrero, sin embargo no se acredita que alguien que no fuera el actor utilizara su ordenador dicho día antes de ser retirado a presencia notarial. Tampoco se concreta ni cuándo ni cómo se realizó la manipulación puesto que algún rastro debería haber quedado, dado que en todo caso no se cuestiona -con independencia del contenido- que realmente existieron correos electrónicos intercambiados entre el actor, Mario e Segundo. Resulta nada razonable e ilógico considerar que la empresa haya insertado unos textos de correo con unas conversaciones tan largas y detalladas con dos personas que no se ha discutido que el actor no conociera*".



OCTAVO.- Podrá el recurrente compartir, o no, la valoración que de ambos informes periciales hizo la Juez de instancia, pero lo que resulta innegable es que las conclusiones que ésta alcanzó son lógicas, racionales y ajustadas a la naturaleza de las cosas en atención a los continuos progresos en materia informática y de telecomunicaciones, sin que la Sala sepa por qué tendría que otorgar mayor altura científica y acierto a lo que afirma su perito, posición que entraña un claro ejemplo de petición de principio. Ahora bien, cosa dispar es que la información de la que estos informes traen causa suponga como sostiene el demandante una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad personal y, a su vez, una violación del derecho al secreto de las comunicaciones. El submotivo, por ende, se rechaza. Con todo, hemos de insistir en que las conclusiones sentadas respecto de la realidad y contenido de los diversos correos electrónicos cruzados por el Sr. Modesto desde su cuenta personal sean admisibles como medio de prueba dadas las circunstancias en que la empresa llegó a su conocimiento o, si se quiere, si tal información se obtuvo ilícitamente, lo que, en caso afirmativo, le privaría radicalmente de cualquier validez probatoria.

NOVENO.- El submotivo que sigue, con el mismo amparo adjetivo y designio que el precedente, se alza contra el ordinal decimotercero de la premisa histórica de la sentencia de instancia, que dice: *"En una reunión de la empresa el 6-2-2015 en la que había un número indeterminado de empleados el Director General expuso que al actor se le estaba investigando por presuntas irregularidades"*, del que ofrece este texto alternativo: *"En una reunión de la empresa el 6-2-2015 en la que había un número indeterminado de empleados (gran número) el Director General expuso que al actor había cometido irregularidades"*, para lo que se basa exclusivamente en lo afirmado por un testigo, elemento probatorio que, repetimos, no tiene habilidad para la finalidad perseguida, si bien se acoge, asimismo, a lo que doctrinalmente se conoce como prueba negativa, lo que tampoco cabe asumir, pues como proclaman las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1.995 y 26 de marzo de 1.996: *"La mera alegación de prueba negativa no puede fundar la denuncia de un error de hecho"*, al suponer un intento por suplir el criterio valorativo del Juzgador, por principio objetivo e imparcial, por el suyo propio, sin duda interesado.

DECIMO.- La doctrina jurisprudencial nos recuerda que sólo se admitirá el error de hecho en la apreciación de la prueba cuando concurren estas circunstancias: *" a) Señalamiento con precisión y claridad del hecho negado u omitido; b) Existencia de documento o documentos de donde se derive de forma clara, directa y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas; c) Ser la modificación o supresión del hecho combatido trascendente para la fundamentación del fallo, de modo que no cabe alteración en la narración fáctica si la misma no acarrea la aplicabilidad de otra normativa que determine la alteración del fallo"* (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1.993). A su vez, según esta misma doctrina, el documento en que se base la petición revisoria debe gozar de literosuficiencia, por cuanto: *"(...) ha de ser contundente e indubitado per se , sin necesidad de interpretación, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el Juzgador estén en franca y abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la recurrida"* (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1.990), requisitos que no se dan cita en este caso, por lo que este submotivo claudica y, con él, el motivo inicial en su totalidad.

UNDECIMO.- El segundo, encaminado ya a censurar errores *in iudicando* , se queja en su primer apartado de la infracción de los artículos 50.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo, entonces vigente, en relación con el 4.2 a) del mismo texto legal, precepto que atañe al derecho del trabajador a la ocupación efectiva, submotivo que se anuda a la pretensión resolutoria actuada en primer lugar y que el demandante funda en la decisión empresarial de dispensarle de asistir al trabajo que le fue comunicada el 5 de febrero de 2.015 y que, tras varias prórrogas, persistió hasta el 13 de marzo siguiente, data en que fue despedido disciplinariamente, medida que reputa de atentatoria contra su dignidad personal y derecho al honor. Tampoco este submotivo puede prosperar.

DUODECIMO.- Al efecto, la *iudex a quo* argumenta: *"(...) Esta es la situación que se plantea en el presente procedimiento, pues la acción de resolución de contrato se ampara en la falta de ocupación efectiva que tiene lugar desde el 5-2-2015 adoptada por la empresa como medida cautelar de suspensión de empleo, que no de sueldo, en el inicio de una investigación interna por la sospecha empresarial de que el actor podría habría cometido un ilícito laboral lo que se le comunica de forma clara y fehaciente. La situación de suspensión que inicialmente tenía una duración de 10 días se prorrogó mediante comunicaciones al trabajador hasta algo más de un mes concluyendo el 13-3-2015 con la notificación del **despido** disciplinario. La suspensión de empleo se amparó por la empresa en el art 20.3 del ET y no tenía como objeto incumplir la obligación de procurar ocupación efectiva al actor sino la de investigar una supuesta falta laboral, con consecuencias económicas y de reputación empresarial para la demandada por la, a su vez demanda interpuesta contra ella, que está en base del posterior **despido** disciplinario notificado al actor. A ello hay que añadir que el periodo de suspensión de empleo fue de poco más de un mes, coincidente con el tiempo que la empresa invirtió en la investigación del contenido del*



ordenador del actor, pues el informe pericial tiene igual fecha que la decisión disciplinaria ", criterios que la Sala no puede por menos que compartir.

DECIMOTERCERO.- Nótese que la aludida decisión empresarial, por mucho que en la práctica conllevara la imposibilidad de continuar durante un tiempo determinado la prestación laboral de servicios que cabría calificar como suspensión de empleo, que no de sueldo, o bien, como permiso retribuido, y de la que no es predicable naturaleza sancionadora alguna, vino motivada por razones objetivas y fundadas, bastando con traer a colación lo que dice el hecho probado segundo de la resolución combatida, conforme al cual: "El día 29 de enero el (sic) Segundo , socio director de la empresa SADE, remitió a KIA, en concreto a la Sra. Amelia correo electrónico con copia al actor en el que informaba acompañando la demanda que la empresa IMAWEB había promovido demanda y medidas cautelares frente a SADE y KIA en relación con infracción de derechos de propiedad intelectual por el programa informático CRM-KARS ", a lo que se añade que tuvo una vocación de permanencia temporal claramente definida y en ningún momento denotó la existencia de una voluntad empresarial de rescindir el contrato de trabajo que unía a los litigantes. En definitiva, su propósito se ajustó a las circunstancias entonces existentes, o sea, permitir a la mercantil demandada que contara con tiempo suficiente para hacer las averiguaciones necesarias sobre lo acontecido en relación con la demanda de la firma Imaweb 2000, S.L. y, a su vez, acerca de la eventual implicación de quien hoy recurre en los hechos que acabó achacándole en la carta de **despido** disciplinario, de suerte que no es posible hablar de falta de ocupación efectiva con el designio de conculcar sus derechos a la dignidad personal y al honor, ni tampoco, en clave de legalidad ordinaria, como incumplimiento contractual grave de su empleador.

DECIMOCUARTO.- Como en supuesto muy similar se pronunció la ya añeja sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1.986 : "(...) Hay que concluir, por tanto, que la voluntad empresarial se orienta más hacia la conservación del contrato que a su ruptura definitiva, mientras que, por otra parte, la limitación temporal de la medida, las causas que la originan y su finalidad hacen que no pueda configurarse ésta como modificación sustancial del contrato de trabajo a los efectos del artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores , que requiere una novación objetiva de alguna de las prestaciones esenciales del contrato y no una mera interrupción de la prestación de trabajo, frente a cuya eventual ilicitud en orden a la garantía del derecho de la trabajadora a la ocupación efectiva, debía haberse reaccionado por la vía de una acción de exigencia del cumplimiento íntegro de lo pactado con resarcimiento, en su caso, de los daños que hubieran podido producirse, pero no mediante una acción resolutoria, pues el propósito empresarial real excluye también la causa prevista en el apartado c) del precepto citado, determinando todo ello la desestimación de los motivos que se formulan bajo los ordinales primero, segundo, tercero y quinto en los que se denuncian la violación de los apartados a) y c) del número 1 del citado artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los apartados a) , b) y e) del número 2 del artículo 4 de dicho Estatuto y la del artículo 49.10 del mismo texto legal ", lo que determina el fracaso de este submotivo, y sin que haya lugar, pues, a la resolución contractual indemnizada que se solicita, ni tampoco a la indemnización adicional de daños y perjuicios reclamada, sobre la que, por cierto, no se articula ningún motivo o submotivo.

DECIMOQUINTO.- El otro, en su primer epígrafe, señala como infringidos los artículos 18 de nuestra Carta Magna , 20 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos . Es decir, insiste en la **nulidad** del **despido** acordado el 13 de marzo de 2.015, petición que ampara en la invocada vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, para lo que aduce que la única prueba en que su empleador se fundó para adoptar dicha decisión extintiva, que la Magistrada de instancia declaró procedente y convalidó, fueron los correos electrónicos a que hace méritos el hecho probado undécimo de la resolución recurrida, antes transcrito, medio de prueba que reputa de ilícito y, por tanto, sin validez probatoria de ninguna clase cual establecen los artículos 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

DECIMOSEXTO.- Tal tesis es negada por la Juzgadora a quo con base en estos argumentos: "(...) En el presente caso, puede descartarse la presencia de la vulneración de los derechos constitucionales invocados pues, el examen del ordenador del actor se realiza con el fin de constatar o eliminar unas sospechas que la empresa tenía en razón a una demanda contra ella interpuesta por una posible infracción de derechos de propiedad intelectual y actos de competencia de una aplicación informática -CRM IMAWEB AUTO- de titularidad de la empresa IMAWEB, que había sido utilizada como licencia bajo contrato por KIA una vez personalizada para dicha empresa, teniendo en cuenta que el actor en su condición de Gerente del CRM había tenido un acceso ilimitado a la misma incluso como administrador pudiendo proporcionar claves de usuario y realizar modificaciones en el programa. Igual nivel de responsabilidad y acceso a la aplicación informática tuvo el actor cuando la empresa KIA contrató los servicios de la empresa SADE, proveedor informático, para el desarrollo de una aplicación informática, Programa KARS, que tendría una utilidad similar a la anterior, pero que ya era titularidad de KIA. El actor tenía igualmente sobre esta aplicación la condición de administrador de la misma con todos los permisos



que le permitían gestionar la biblioteca de aplicación, crear usuarios, exposiciones, concesionarios campañas comerciales o productos ".

DECIMOSEPTIMO.- A continuación, agrega: "(...) No consta que el examen del ordenador del actor tuviera por objeto conocer su contenido de manera indiscriminada, sino aquellos contenidos relacionados con la infracción de la propiedad intelectual que a la empresa KIA le imputaba IMAWEB relativos a la aplicación informática CRM, sin que en nada incida la circunstancia de que inicialmente la empresa desconociera el mecanismo, modo o forma que pudiera haber utilizado el actor para cometer la presuntas irregularidades. Ante tales datos, es preciso concluir, en el presente caso, que el control del ordenador por parte de la empresa cumple los tres requisitos fijados por la doctrina constitucional, pues el control limitado del ordenador era el medio **idóneo** para constatar si el trabajador en uso de sus permisos ilimitados en la aplicación informática, había podido llevar a cabo actuaciones que supusieran infracción del deber de no concurrir o de infringir derechos de propiedad intelectual; igualmente, tal medida resultaba **necesaria** para constatar la existencia de perjuicio para la empresa que, se materializaba en una demanda interpuesta contra ella así como en ofrecer a terceros -otras marcas de coches- una utilidad sobre la que no podía disponer con beneficio propia; finalmente, la medida adoptada reviste caracteres de **proporcionalidad**, pues se limitó a acceder al contenido de correos recíprocos entre el actor, un empleado de la empresa SADE, desarrolladora de la aplicación KARS para KIA, y un tercero ajenos a ambas empresas relacionados con la aplicación informática, tratándose por tanto de comunicaciones de un empleado realizadas a través del ordenador de la empresa, respecto de las que, en un principio, no cabía razonablemente presumir un cierto grado de intimidad ".

DECIMOCTAVO.- Y acaba así: "(...) En este aspecto, los datos que resultan de la prueba practicada revelan que el actor, era consciente de que no cabía utilizar el ordenador de la empresa para mantener correspondencia particular, de ahí que utilizara para ello otra dirección de correo electrónico particular creada a través del servidor 'Hotmail'. Por otro lado, el examen del ordenador del actor se realiza para constatar, ante la demanda judicial instada por IMAWEB por infracción del derecho de propiedad intelectual, por fundadas sospechas de que el actor podría haber cometido actuaciones que incidieran en esa infracción dado el alto grado de implicación, conocimiento, y acceso a la aplicación CRM imawbeb licenciada en su día por aquella empresa a KIA. No hay por tanto infracción del derecho a la intimidad en la obtención de la copia de la información del ordenador de la empresa que usaba el demandante para su ejercicio profesional por tanto no cabe considerar la prueba así obtenida como ilícita al cumplir los requisitos constitucionales, siendo cuestión distinta la valoración que se le pueda dar a efectos de acreditar o no los hechos imputados. (...) Por otro lado, y aunque en la demanda nada se diga al respecto, hay que destacar que la intervención del ordenador del actor se realizó una vez comunicado por carta que se iba a realizar, se hizo en presencia del actor y con intervención también de miembros del comité de empresa que habían sido al efecto convocados. Esta intervención se realizó por notario que levantó Acta de ello realizando inventario y sellado, tras tomar nota de los datos de identificación del portátil y de la tarjeta SD del mismo. El ordenador estuvo depositado en la Notaría del Sr. Notario, siendo sólo abierto una vez el día 9 de febrero, en presencia del propio Notario para realizar la copia del disco duro del ordenador de lo que también se levantó Acta notarial identificando el disco duro original y la copia, cerrando de nuevo tanto el ordenador como el sobre que lo contenía. Nada hay pues que reprochar al procedimiento de intervención del ordenador y la obtención de la copia del disco duro, incluso el perito de la parte actora reconoció que se puede considerar suficiente para garantizar la integridad del proceso y la conservación de la cadena de custodia que la identificación sólo se haga del ordenador guardando el ordenador completo en sobre cerrado y sellado. No obstante hay que insistir que en la demanda nada se cuestiona sobre el procedimiento llevado a cabo para la intervención, depósito del ordenador y copia del disco duro del mismo ".

DECIMONOVENO.- Efectivamente, la Sala coincide con la *iudex a quo* en que el procedimiento iniciado el 5 de febrero del pasado año de intervención, sellado, depósito y obtención de una copia del disco duro (hechos probados segundo y tercero) fue correcto y garantizó adecuadamente la custodia de la información constante en el ordenador propiedad de la empresa que ésta había facilitado al actor como herramienta de trabajo. Mas, la problemática no es tan sencilla como parece, por cuanto en este caso no se trata de enjuiciar si dicho ordenador fue usado por el trabajador para fines particulares de cualquier tipo o, lo que es lo mismo, distintos de los estrictamente profesionales, que no es lo que se le imputa en la comunicación disciplinaria. No, lo que se buscó al analizar el disco duro fue otra cosa, para lo que también habría podido estar facultado el empresario de no ser por lo que se dirá. En efecto, teniendo en cuenta los valores constitucionales en juego, las dudas surgen al constatar que los correos que reproduce el escrito sancionador pertenecen a una cuenta de correo electrónico localizada merced a un archivo temporal que, al parecer, pudo recuperarse parcialmente, pero que era personal del recurrente -no corporativa-, por mucho que pudiera haberse creado y utilizado en alguna ocasión desde el ordenador de la demandada, de igual modo que todas las cuentas abiertas en un servidor de mensajería electrónica pueden serlo desde cualquier equipo o dispositivo informático con conexión a Internet, incluidos los teléfonos móviles. Y esto es algo completamente diferente a que el examen del ordenador permitiese



constatar un uso incorrecto del mismo pese a las instrucciones u órdenes impartidas por la empresa, de las que, por lo demás, ninguna luce en el relato fáctico de la sentencia.

VIGESIMO.- No se trata, desde luego, de cuestión baladí. Nótese que según el ordinal undécimo de la versión judicial de los hechos: "(...) *Estos correos electrónicos se enviaban y recibían en la cuenta de correo personal que el actor se creó en el ordenador que la empresa KIA había puesto al actor a su disposición para el trabajo con la siguiente dirección (...) hotmail.com*", lo que significa que era una dirección personal de correo electrónico de un servidor que podía usarse no sólo desde el ordenador propiedad de la demandada, sino también desde cualquier otro equipo informático conectado a Internet mediante la introducción del correspondiente usuario y contraseña con la razonable expectativa de que los textos enviados y recibidos y demás información adjunta permaneciesen en el ámbito de su esfera privada y protegidos, en suma, por el secreto de las comunicaciones.

VIGESIMO-PRIMERO.- En palabras del propio informe pericial elaborado a instancia de la demandada por la firma Forest Digital Evidence, S.L. que obra a los folios 120 a 162 de autos, respetando los énfasis del texto original: "(...) *El mencionado fichero 'Mail [1].htm' identificado como relevante por el cliente es un fichero temporal de navegación de Internet creado como consecuencia de un acceso a la cuenta de correo electrónico DIRECCION000 realizada, por el usuario 'kibu 1057' (asignado, según hemos sido informados a D. Modesto) desde el ordenador analizado, a través de Internet (posiblemente, desde la página web outlook.com) y que contiene un 'pantallazo' o contenido parcial de la información contenida en dicha cuenta de correo electrónico a 27 de octubre de 2014, que es cuando se creó el fichero temporal. Al abrir el mencionado fichero temporal de Internet con el navegador Mozilla Firefox se obtiene la siguiente información: (...). Entre la información contenida en el mencionado fichero temporal y no directamente visualizable ni interpretable, se han podido identificar referencias al texto contenido en correos electrónicos enviados y/o recibidos en la mencionada cuenta de correo electrónico de DIRECCION000. A continuación presentamos un detalle de dichos textos/referencias que, según el Cliente, podrían estar relacionados con las irregularidades detectadas por KIA y que hemos procedido a adaptar para su mejor entendimiento. En este sentido, es necesario recalcar que lo detallado a continuación es una transcripción sólo parcial y adaptada de los fragmentos identificados en el fichero temporal original y que, por tanto, en caso de duda sobre los mismos, habría que acudir al fichero original que se adjunta al presente informe como ANEXO II*".

VIGESIMO-SEGUNDO.- Es decir, se localizó en el ordenador que la empresa había proporcionado al trabajador un fichero temporal que logró restaurarse en parte, el cual correspondía a una cuenta particular de correo electrónico que el recurrente podía utilizar con sólo conectarse a Internet desde cualquier dispositivo informático y, no obstante su carácter personal y privado, se abrió mediante un navegador útil para ello - otros no lo son- y se identificaron, no sabemos con qué sistema o herramienta informática, una serie de referencias parciales -metadatos, quizás- de los que se obtuvieron los textos de los correos electrónicos que, una vez adaptados, reproduce la comunicación de **despido** disciplinario. Tal forma de proceder constituye, sin duda, una flagrante vulneración de los derechos fundamentales de la que el submotivo se queja.

VIGESIMO-TERCERO.- En este punto, es conveniente rememorar la doctrina constitucional sobre la materia, de la que, como exponente, citaremos la sentencia del Tribunal Constitucional 170/2.013, de 7 de octubre (recurso de amparo nº 2.907/11), pudiendo destacar estos pasajes por mucho que su decisión final fuese desestimatoria del amparo impetrado: "(...) *La controversia a resolver versa, por tanto, sobre la necesaria delimitación de bienes e intereses de relevancia constitucional en el marco de las relaciones laborales: los derechos del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (arts. 18.1 y 18.3 CE) y el poder de dirección del empresario. Este, como hemos señalado en otros pronunciamientos, es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva -reflejo de los derechos proclamados en los arts. 33 y 38 CE - y se reconoce expresamente en el art. 20 LET; en su apartado 3 se atribuye al empresario la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana (SSTC 98/2000, de 10 de abril ; 186/2000, de 10 de julio ; y 241/2012, de 17 de diciembre)*".

VIGESIMO-CUARTO.- A renglón seguido, agrega: "(...) *Centrado pues el conflicto en el ámbito de las relaciones laborales, conviene empezar recordando que, según ha tenido ocasión de reiterar este Tribunal, '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, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada' (STC 88/1985, de 19 de julio). Partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco, como dijimos en la STC 99/1994, de 11 de abril , 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; reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE). En aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los razonables requerimientos de la organización productiva en que se integra,*



se ha afirmado que 'manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral' (STC 126/2003, de 30 de junio). En el mismo sentido, hemos indicado que 'la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él' (STC 99/1994, de 11 de abril). Respecto a esa posible colisión de intereses hemos puesto de relieve la necesidad de que 'los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues, dada la posición preeminente de éstos en el Ordenamiento jurídico, en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE), la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin' (STC 213/2002, de 11 de noviembre , o SSTC 20/2002, de 28 de enero ; y 151/2004, de 20 de septiembre)".

VIGESIMO-QUINTO.- Ya en punto al derecho al secreto de las comunicaciones, proclama: "(...) hemos de empezar recordando la doctrina constitucional, a fin de concretar posteriormente nuestra respuesta respecto a su eventual lesión en el presente recurso. a) En cuanto a su caracterización general ha de subrayarse que la noción de intimidad constitucionalmente protegida es un concepto de carácter objetivo o material, mediante el cual el ordenamiento jurídico designa y otorga protección al área que cada uno se reserva para sí o para sus íntimos, un 'ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros' en contra de su voluntad (STC 10/2002, de 17 de enero ; o SSTC 127/2003, de 30 de junio ; y 189/2004, de 2 de noviembre). Muy al contrario el secreto de las comunicaciones, que la Constitución garantiza salvo resolución judicial, es un concepto rigurosamente formal, en el sentido de que 'se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido' (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre ; y 34/1996, de 11 de marzo). Dado su fundamento, no se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación, ni se garantiza el secreto porque lo comunicado sea necesariamente íntimo, reservado o personal (STC 114/1984), sino debido a la evidente vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero; se pretende que todas las comunicaciones -incluidas las electrónicas (STC 142/2012)- puedan realizarse con libertad (SSTC 123/2002 ; y 281/2006, de 9 de octubre). Así pues el objeto directo de protección del art. 18.3 CE es el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, cuyo contenido puede ser banal o de notorio interés público (...) ", poniendo después de relieve: "(...) lo que la Constitución garantiza es su impenetrabilidad por parte de terceros, rechazando la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas (SSTC 114/1984 ; 175/2000, de 26 de junio ; y 56/2003, de 24 de marzo). Esta última precisión explica que, cuando opera, la garantía constitucional se proyecte sobre el contenido de la comunicación, aunque éste no pertenezca a la esfera material de lo íntimo. Igualmente, el Tribunal ha destacado que la noción constitucional de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores. Este derecho queda pues afectado tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (SSTC 230/2007, de 5 de noviembre ; 142/2012, de 2 de julio ; 241/2012, de 17 de diciembre ; y 115/2013, de 9 de mayo , entre otras). Asimismo, en nuestra labor de delimitación del ámbito de cobertura del derecho, hemos precisado que el art. 18.3 CE protege únicamente ciertas comunicaciones: las que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados. En consecuencia no gozan de la protección constitucional del art. 18.3 CE aquellos objetos que, pudiendo contener correspondencia, sin embargo la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo'. Así pues 'quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta'".

VIGESIMO-SEXTO.- Lo que completa luego expresando: "(...) Por lo que se refiere específicamente a las comunicaciones electrónicas en el ámbito de las relaciones laborales, la citada STC 241/2012 ha tenido ya oportunidad de señalar que, en el marco de las facultades de autoorganización, dirección y control correspondientes a cada empresario, '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 fundamentales'. Con relación a esta última limitación, en la misma Sentencia hemos precisado que, aun cuando la atribución de espacios individualizados o exclusivos -como la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores- puede tener relevancia sobre la actuación fiscalizadora de la empresa, ha de tenerse en cuenta que 'los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones



que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin'. En el caso entonces enjuiciado, la empresa había accedido a unos ficheros informáticos en los que habían quedado registradas las conversaciones electrónicas mantenidas por dos trabajadoras a través de un programa de mensajería que habían instalado en un ordenador de uso común a todos los trabajadores que no tenía clave de acceso; se incumplía pues la expresa prohibición de la entidad de instalar programas en el ordenador. En tales circunstancias, la citada STC 241/2012 concluyó que no existía una situación de tolerancia empresarial al uso personal del ordenador y que, por tanto, 'no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado'".

VIGESIMO-SEPTIMO.- Recuérdese que en este caso no consta en la narración fáctica de la resolución impugnada ninguna previsión empresarial tendente al procedimiento de utilización de los ordenadores u otros equipos informáticos de su titularidad por parte de sus empleados para fines diferentes del profesional. Pero, es más, la imputación que se hace al recurrente no guarda relación con el uso dado a la expresada herramienta de trabajo, sino con el contenido de unos correos electrónicos restaurados en parte por medios ciertamente sofisticados desde un fichero temporal encontrado en el disco duro de la unidad que condujo a la cuenta privada que tenía abierta en un servidor de mensajería, comunicaciones que el actor únicamente pudo llevar a cabo conectándose a Internet y en canal cerrado.

VIGESIMO-OCTAVO.- En lo que toca a la intimidad personal, la sentencia que venimos transcribiendo indica: "(...) Para dar respuesta a esta cuestión, procede recordar algunos aspectos de nuestra doctrina sobre este derecho fundamental, con referencia específica a su posible extensión a los correos electrónicos y las limitaciones a que puede quedar sujeto, antes de adoptar una decisión sobre el caso concreto. a) Según reiterada jurisprudencia constitucional, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), 'implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana'. A fin de preservar ese espacio reservado, este derecho 'confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido'. Así pues, 'lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada' (STC 159/2009, de 29 de junio; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre; y 93/2013, de 23 de abril). En cuanto a la delimitación de ese ámbito reservado, hemos precisado 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'; en consecuencia 'corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno' (STC 241/2012, de 17 de diciembre), de tal manera que 'el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad' (STC 173/2011, de 7 de noviembre). Asimismo, también hemos declarado que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril; y 186/2000, de 10 de julio)".

VIGESIMO-NOVENO.- A continuación, dice: "(...) Respecto a si la cobertura de este derecho fundamental se extiende al contenido de los mensajes electrónicos, en nuestra STC 173/2011, de 7 de noviembre, hemos puesto de manifiesto que **el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal -entre otros datos sobre su vida privada y profesional- forma parte del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido; también que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado el derecho a la intimidad personal**' en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Según recordamos en esta misma Sentencia, este criterio es también el seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de manera específica en su STEDH de 3 de abril de 2007 (caso Copland contra Reino Unido): 'los correos electrónicos enviados desde el lugar del trabajo' están incluidos en el ámbito de protección del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por cuanto pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto a la vida privada. (...) Nuestra doctrina ha establecido también ciertas matizaciones en cuanto al alcance de la protección del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE. Hemos tenido ocasión de precisar que el ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad. En concreto, hemos afirmado que un 'criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. (...) (STC 12/2012, de 30 de enero)' (las negritas son nuestras).



TRIGESIMO.- Finalizando en lo que aquí interesa, de este modo: "(...) Asimismo hemos de tener en cuenta que, conforme a nuestra reiterada doctrina, 'el derecho a la intimidad no es absoluto -como no lo es ningún derecho fundamental-, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado' (STC 115/2013, de 9 de mayo ; o SSTC 143/1994, de 9 de mayo ; y 70/2002, de 3 de abril). (...) Las anteriores consideraciones de la doctrina de este Tribunal ponen de relieve que el uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad; también que serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si su fiscalización por la empresa ha generado o no la vulneración de dicho derecho fundamental" .

TRIGESIMO-PRIMERO.- En el supuesto enjuiciado no se trataba de fiscalizar por la empresa el uso que el actor hubiese hecho del ordenador que Kia Motors Iberia, S.L. le facilitó como Gerente comercial, sino de investigar si había participado en alguna medida en los hechos en que se ampara la demanda dirigida contra su empleador en materia de derechos de propiedad intelectual promovida por la sociedad Imaweb 2000, S.L., quien el 20 de mayo de 2.010 celebró contrato con ella otorgándole "una licencia del programa CRM_imaweb auto (en adelante programa CRM) no exclusiva e intransferible para su utilización una vez personalizada por KIA y su red de concesionarios a cambio de un precio por plazo de 3 años, así como el mantenimiento y desarrollo, en su caso, de modificaciones, utilidades y versiones" , contratación que, al cabo, terminó en 30 de abril de 2.014 (hecho probado octavo, que no es atacado), toda vez que como expone el siguiente: "La mercantil demandada decidió desarrollar ella misma su propio programa y para ello contrató en abril de 2013 con la empresa SADE Consultoría Técnica SL cuyo socio director es Segundo . El contrato tenía por objeto el desarrollo de una Aplicación que sustituya al producto CRM de Imaweb y sea a medida para KIA manteniendo las funcionalidades actuales del CRM -Doc. 23. Dicha empresa desarrolló la Aplicación KARS para KIA adquiriendo ésta en exclusividad los derechos de propiedad intelectual sobre aplicación, concediendo la Oficina de Patentes y marcas el 4-2-2014 a KIA la marca sobre aquella " .

TRIGESIMO-SEGUNDO.- Por ello, una vez obtenida una copia del disco duro del ordenador que quedó depositado en una notaría siguiendo un procedimiento de seguridad y custodia al que nada cabe achacar, la firma experta encargada por la empresa de su análisis al no hallar más que una traza o huella relativa a un fichero temporal no accesible directamente, ni tampoco susceptible de visualizarse de este modo -en palabras de su propio informe-, el cual se anudaba a una cuenta privada de correo electrónico abierta por el demandante en un servidor de mensajería electrónica (hotmail.com), no debió abrirlo y, de hacerlo, una vez constatado lo anterior y, por tanto, que se trataba de correos de índole particular -apareciendo mezclados elementos entrantes, borradores y correo no deseado (folio 161 de autos)-, por mucho que algunos fragmentos hubieran podido quedar registrados en dicho disco de la unidad central, lo que sólo significa que la cuenta se usó también desde el ordenador que le proporcionó la demandada, debió cesar inmediatamente en sus pesquisas, sin perjuicio de las acciones que Kia Motors Iberia, S.L. decidiese emprender, por cuanto nada tenía que ver, salvo por su carácter materialmente instrumental, la utilización de esa cuenta privada de correo con el manejo del ordenador, pues por su propia naturaleza el usuario podía valerse de ella con la contraseña desde cualquier dispositivo informático con conexión a Internet, lo que, sin duda, le permitió abrigar la razonable y fundada expectativa de intimidad y confidencialidad a que se refiere la doctrina constitucional antes expuesta.

TRIGESIMO-TERCERO.- En conclusión, no siendo una investigación acerca del uso del ordenador por parte del actor, sino que la empresa autorizó a la firma a la que encomendó el examen de su disco duro que se abriera y restaurase en parte un archivo temporal hallado, el cual condujo a una cuenta privada de correo electrónico de quien hoy recurre, lo que permitió identificar algunos fragmentos de textos y referencias que se adaptaron "para su mejor entendimiento " (folio 145), no hay duda que con esta forma de actuar la demandada vulneró los derechos fundamentales a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones que el trabajador aduce, por lo que los correos electrónicos que el hecho probado undécimo de la sentencia de instancia tiene por reproducidos y, en realidad, todo el contenido de este ordinal deben tenerse por no puestos y, así, expulsados de la versión de lo sucedido.

TRIGESIMO-CUARTO.- Evidentemente, lo razonado hasta ahora comportaría en todo caso la declaración de improcedencia del **despido** disciplinario del demandante acordado el 13 de marzo de 2.015, relevándonos de tener que abordar el subapartado que sigue destinado a tal fin, aunque por otras causas. Ahora bien, el presente submotivo lo que pretende es que se catalogue dicha decisión extintiva como nula por lesiva de los derechos fundamentales reseñados. Tanto la Juez de instancia, como la empresa en su escrito de contrarrecurso, sostienen que, de entenderse ilícita la prueba que sirve de sustento a las imputaciones hechas al trabajador, la calificación habría de ser entonces de improcedencia, que no **nulidad**, para lo que se acogen a la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2.007, que sólo puede ser la dictada en el recurso de unificación de doctrina nº 966/06 .



TRIGESIMO-QUINTO.- Lo que sucede es que dicho pronunciamiento jurisprudencial no sienta ese criterio, limitándose en este extremo a desestimar el recurso interpuesto por la empresa y, de este modo, confirmar la improcedencia del **despido** declarada en la instancia y ratificada ulteriormente por la Sala de suplicación. De lo que realmente trata es de las garantías aplicables al control empresarial de los diversos instrumentos informáticos puestos a disposición de sus empleados. Como en ella puede leerse: "(...) *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 adoptarse 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. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado 'una expectativa razonable de intimidad' en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos*". No trata, pues, de la calificación del **despido** en caso de obtención ilícita de pruebas con lesión de derechos fundamentales para acreditar los hechos contenidos en la comunicación extintiva.

TRIGESIMO-SEXTO.- Por su interés, no es ocioso transcribir lo que a renglón seguido expresa: "(...) *Es claro que las comunicaciones telefónicas y el correo electrónico están incluidos en este ámbito con la protección adicional que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. La garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador*. La aplicación de la garantía podría ser más discutible en el presente caso, pues no se trata de comunicaciones, ni de archivos personales, sino de los denominados archivos temporales, que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet. **Se trata más bien de rastros o huellas de la 'navegación' en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. Pero hay que entender que estos archivos también entran, en principio, dentro de la protección de la intimidad, sin perjuicio de lo ya dicho sobre las advertencias de la empresa. Así lo establece la sentencia de 3 de abril de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** cuando señala que están incluidos en la protección del artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos 'la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet' y es que esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladores sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc). Tampoco es obstáculo para la protección de la intimidad el que el ordenador no tuviera clave de acceso. Este dato -unido a la localización del ordenador en un despacho sin llave- no supone por sí mismo una aceptación por parte del trabajador de un acceso abierto a la información contenida en su ordenador (...)" (los énfasis son también nuestros).

TRIGESIMO-SEPTIMO.- Si esto es así con carácter general en lo que respecta a la posibilidad que los ficheros temporales brindan de conocer las páginas de Internet visitadas por el usuario, cuánto más en este caso en que el archivo de tal índole localizado en el disco duro del ordenador del actor corresponde a una cuenta privada suya de correo electrónico abierta en un servidor de mensajería, habiendo logrado un experto, tras restaurarlo en parte, obtener información fragmentada sobre el contenido de algunos correos recibidos y enviados por él recogidos en la carta de **despido**. Por tanto, si la decisión de extinguir por causas disciplinarias el contrato de trabajo del demandante se basó exclusivamente en las conclusiones que la empresa demandada, tras el informe de una firma dedicada a la gestión de pruebas electrónicas, extrajo de tan repetidos correos de una cuenta privada del trabajador y los mismos se obtuvieron de manera ilícita con infracción de derechos constitucionales, no estamos solamente ante un supuesto de ineficacia absoluta de tal prueba, que es nula, sino de **nulidad** de cuantos actos y medidas traigan causa de ella, de modo que el **despido** ha de calificarse como nulo.

TRIGESIMO-OCTAVO.- En suma, este submotivo se estima y, con él, el recurso, sin que sea menester el examen del que resta, de suerte que el **despido** disciplinario del demandante en fecha 13 de marzo de 2.015 se declara nulo por vulnerar los derechos fundamentales a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, y sin que se haya cuestionado el importe del salario regulador que luce en el hecho probado primero de la sentencia recurrida, por lo que su cuantía diaria asciende a 177,51 euros (5.399,12 euros por doce meses y la suma resultante dividida por 365 días). Lo anterior, al igual que la condición laboral con que litiga el recurrente, hace que no haya lugar a la imposición de costas.

FALLAMOS



Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DON Modesto , contra la sentencia dictada en 23 de noviembre de 2.015 por el Juzgado de lo Social núm. 27 de los de MADRID , en los autos acumulados números 411/15 y 500/15 (éstos del Juzgado de igual clase y lugar núm. 1), seguidos a instancia del citado recurrente, contra la empresa KIA MOTORS IBERIA, S.L., en materia de resolución de contrato por voluntad del trabajador y, acumuladamente, reclamación de indemnización adicional, a las que se acumuló otra de **despido** y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos la resolución judicial recurrida y, con estimación parcial de las demandas acumuladas rectoras de autos, debemos declarar, como declaramos, la **nulidad del despido** disciplinario del actor ocurrido el 13 de marzo de 2.015 por vulnerar los derechos fundamentales a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto, readmita inmediatamente al demandante en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al **despido**, así como a que le satisfaga los salarios dejados de percibir desde la fecha del mismo -sin perjuicio de los descuentos que procedan- hasta que la readmisión tenga lugar, a razón de un salario diario de 177,51 euros, absolviendo a la parte demandada de los demás pedimentos deducidos en su contra. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n° recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos n° 35, 28010 de Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF / CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento: 2826000000(n° recurso).

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

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

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.