



Roj: **STS 594/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:594**

Id Cendoj: **28079140012018100124**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/02/2018**

Nº de Recurso: **1121/2015**

Nº de Resolución: **119/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1121/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 119/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 8 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recursos de casación para la unificación de doctrina formulados por los Letrados Sr. García Sánchez, en nombre y representación de Inditex, S.A. y el Sr. Novo Prego en la representación que ostenta de D. Marcos , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 30 de diciembre de 2014 [recurso de Suplicación nº 3596/14], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña, autos 952/2013, en virtud de demanda presentada por D. Marcos frente a Inditex, S.A., sobre despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de abril de 2014, el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada por D. Marcos frente a Inditex, S.A. y, en consecuencia, declaro procedente su despido con fecha de efectos de 9-7-2013».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «1º.- La parte demandante prestaba servicios para la empresa demandada con una antigüedad del 5-3-1990, y con categoría profesional de comprador y correspondiéndole un salario mensual de 9.100 euros con prorrateo de pagas extraordinarias -hechos admitidos. 2º- El día 9-7-2013 le fue comunicado su despedido con efectos de esa misma fecha, al recibir mediante burofax la carta de despido fechada el día anterior 8-7-13 -hechos admitidos y justificación

documental de recepción de burofax aportado-. Se trató de un despido disciplinario por comisión de faltas muy graves tipificadas en el artículo 54.2. d ET - "transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo". Las causas del despido están contenidas en la carta que le fue entregada al demandante y que obra unida a los autos como documento acompañado con la demanda, y aquí se da enteramente por reproducida. 3º.- a).- Se considera probado que a favor del demandante se ingresaron, el día 19-6-2013, mediante transferencia bancaria, 11.000 euros en una cuenta del Banco Sabadell en la que figura como titular, al menos, Dña. Virtudes -informe de auditoría presentado por Inditex y doc. 6 aportado por el actor-. Dicha transferencia fue realizada por la entidad Prima Client Services Limited. En el resguardo de dicha transferencia figura como beneficiario de la misma el nombre completo y apellidos del demandante.- b). - También se considera probado que el demandante adquirió un vehículo "X6" en el concesionario Mercedes Benz de Valencia por importe de 41.000 euros. De ese importe, 39.000 euros fueron abonados por la empresa Prima Client Services Limited directamente en una cuenta bancaria abierta en Deutsch Bank de Valencia por el mencionado concesionario mediante transferencia bancaria realizada el día 19-6- 2013. En el "concepto" de dicha transferencia se recoge el nombre del demandante. Los otros 2.000 euros del precio del vehículo habían sido previamente satisfechos el 12-6-2013 mediante transferencia bancaria por el demandante -informe de auditoría, doc. 5 de la demandada que contiene correo electrónico remitido por el actor al concesionario con el justificante de haber realizado la transferencia- realizada al mismo número de cuenta bancaria en la que después se ingresaron los 39.000 euros. El concepto de pago de dicha suma de 2000 euros fue el de reserva del vehículo y se entiende, como parte del precio convenido. -informe de auditoría interna de la demandada, acompañado como doc. nº 5, que incluye correos electrónicos cruzados entre el demandante y el responsable del concesionario en cuestión-c).- El demandante denunció la sustracción de su vehículo ante la autoridad el 3-6-2013. Dicho vehículo, un Audi Q7, apareció días más tarde en estado de siniestro total -doc. nº 7 aportado en su ramo de prueba- 4º.- La empresa Prima Client Services Limited realizó tales transferencias en nombre del proveedor de la empresa Inditex World Fashion Trade Limited, cuyo trader es Juan Manuel . World Fashion Trade Limited y Bhartiya International Limited pertenecen al mismo grupo empresarial. Juan Manuel es el General Manager de Ultima Italia SRL, sociedad que actúa de trader entre el Grupo Inditex y el Grupo Bhartiya.- Desde el año 2008 hasta el año 2013 Bhartiya International Limited facturó a Inditex 32.899.913 dólares. De esta cifra global 15.734.080 dólares se facturaron por razón de las compras realizadas a dicho proveedor por el demandante. Desde el año 2011 hasta 2013 World Fashion Trade Limited facturó al Grupo Inditex 6.379.733 dólares, de los cuales 2.370.188 dólares fueron facturados por encargos realizados por el demandante. -informe de auditoría presentado por Inditex-. 5º.- El demandante se envió un correo electrónico a su cuenta corporativa que tiene en la empresa Inditex por razón de su cargo como comprador - DIRECCION000 - al que se adjuntaban los justificantes bancarios de las mencionadas transferencias bancarias (informe de auditoría aportado por la demandada y doc. nº 8 de la demandada). El trabajador D. Cirilo se encontró en la fotocopiadora general para todos los trabajadores, sita en su puesto de trabajo en la sede de Inditex, los dos resguardos o justificantes de las transferencias referidas. Dicho trabajador puso en conocimiento de su superior jerárquico dicho descubrimiento y le entregó las dos hojas impresas que se identificaban con los dos resguardos de transferencias bancarias. A raíz de dicho descubrimiento la empresa demandada inició una investigación sobre los hechos -testifical del Sr. Cirilo , Sra. Santiago , Sr. Florencio e informe de auditoría interna de Inditex-citando al demandante a una reunión en la que éste negó haber sido beneficiario de transferencia alguna o de haber recibido algún regalo de algún proveedor - testificales- Desde ese momento hasta que fue despedido el trabajador estuvo suspendido de empleo -documental aportada por la empresa y testificales-. 6º- El demandante envió el 13-7-2013 un correo electrónico a Santiago , responsable del departamento de RRHH de la demandada, que se aporta como doc. nº 6 aportado por la demandada, y que aquí se da enteramente por reproducido. 7º- Se dan por reproducidos los documentos relativos a la Normativa de uso de los sistemas de información y a la Política de Seguridad de la información del Grupo Inditex -doc. 7 de la demandada- así como el Código de Conducta y Prácticas Responsables del Grupo Inditex, y el justificante del compromiso dado por el demandante a dicho Código el 10-5-2013 -doc. nº 8 del ramo de prueba de la demandada 8º.- Se celebró acto conciliatorio previo sin efecto ante el SMAC».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de Marcos , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de A Coruña, la cual dictó sentencia en fecha 30 de diciembre de 2014, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el LETRADO D. FEDERICO NOVO PREGO, en la representación que tiene acreditada de D. Marcos , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Uno de los de A Coruña, en fecha catorce de abril de dos mil catorce , en autos seguidos a instancia del RECURRENTE frente a la EMPRESA INDITEX S.A., sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida».

CUARTO.- Por los Letrados Sr. García Sánchez, en nombre y representación de Inditex, S.A. y el Sr. Novo Prego en la representación que ostenta de D. Marcos , se formularon sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y:

a) Recurso de Inditex: la dictada por el Tribunal constitucional de 7 de octubre de 2013 .

b) Recurso del Sr. Marcos : las dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria, de 24 de junio de 2009 , y de Galicia de 6 de noviembre de 2008 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedentes los recursos. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de enero de 2018, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La STSJ Galicia 30/12/14 desestimó el recurso de suplicación [nº 3596/14] interpuesto por la representación del trabajador frente a la demandada «Inditex, SA» y confirmó la sentencia que en fecha 14/04/14 había dictado el J/S nº 1 de A Coruña y que había declarado procedente el despido por el que se accionaba, por entender que el empleado D. Marcos -comprador de la demandada- había incurrido en transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, al haber aceptado de una entidad proveedora y a la que el demandante había realizado compras por importe de 15.734.080 dólares en el periodo 2008/2013, dos transferencias bancarias por importe -respectivamente- de 11.000 y 39.000 euros, en 19/06/13.

2.- En su prolija argumentación, la sentencia ahora recurrida afirmó -FJ Quinto. h)- que «deben ser declaradas nulas y no pueden ser tenidas en consideración, a los efectos del fallo del litigio, las pruebas ilícitamente obtenidas a través del control del correo electrónico del actor, es decir, las que obran en el documento número 5 de los aportados por la empresa ... y las testificales prestadas respecto a los extremos en él contenidos, pero dicha nulidad no puede abarcar los elementos probatorios anteriores a la realización de la inspección del correo electrónico, es decir, al hallazgo de los dos resguardos o justificantes de las dos transferencias realizadas por la empresa Prima Client Services Limited..., por tratarse de un hallazgo casual realizado por otro trabajador de la empresa en un lugar de acceso libre a los trabajadores de la empresa..., así como otros documentos aportados y la parte de la auditoría correspondiente a las empresas vinculadas con la empresa Prima Client Services Limited, que no pueden ser considerados como prueba ilícitamente obtenida, al no haber sido extraídos del correo electrónico del actor...».

SEGUNDO.- 1.- En el primero de los motivos de casación, la representación del trabajador denuncia la infracción del art. 105.2 LJS, en relación con los arts. 24.1 CE, 55 [1 y 4] y 56.1 ET , así como doctrina de STS 28/04/97 [rcud 1076/96], proponiendo como decisión de contraste la STSJ Cantabria 24/06/09 -rec. 381/08 -. Lo que el recurrente denuncia en este primer motivo es que en las instancias judiciales no sólo se haya validado -indebidamente- la introducción de nuevos hechos o circunstancias no alegadas en la comunicación de despido, sino que además -con mayor incorrección- se valoren para estimar la adecuación de la medida disciplinaria impuesta, basada -además- en prueba que se entiende ilícitamente obtenida.

En aquella decisión de contraste se examina -también- supuesto de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, pero en ella la declaración de improcedencia del despido se basa, de una parte en la imprecisión de la comunicación extintiva, a la que se anuda la variación de las concretas fechas a las que se circunscriben los hechos, y de otra a la inadmisión de prueba relativa a registro informático por entenderse vulnerador del derecho a la intimidad, para así -finalmente- llegar a la conclusión de que los hechos admisibles y admitidos como probados eran insuficientes para justificar el cese. Así: a) mientras la pretendida variación -indebida- de hechos, en el supuesto de contraste va referida al dato sustancial de las concretas fechas de las acciones imputadas [«... al variar un elemento tal relevante como las fechas concretas de los hechos que se imputa...», argumenta la sentencia], en la ahora recurrida se limita a concreciones circunstanciales o periféricas; y b) en lo que toca al control de los medios informáticos, el rechazo que de los mismos se hace en la decisión referencial se basa en que «la medida adoptada por la empresa, sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, es más, con el consentimiento y uso generalizado de ordenadores y claves de acceso por unos empleados por otros, supone una lesión a la intimidad...», en tanto - como se verá- en la recurrida se parte del presupuesto -por completo diverso- de advertencia previa empresarial sobre el uso exclusivamente personal de los medios informáticos, la expresa necesidad de aceptación del control empresarial de tal uso, etc.

2.- En el segundo motivo de su recurso, la misma representación aduce la vulneración de lo arts. 10 , 18 [1 y 3] CE , en relación con los arts.- 18 y 20.3 ET , 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos



Humanos y las Libertades Públicas [BOE 243/1979] y SSTEDH 25/06/97 y 03/04/07, así como la infracción de los arts. 90.2 LJS, 11.1 LOPJ y 55 [1 y 4] y 56.1 ET. Y se propone como referencial la STSJ Galicia 06/11/08 [rec. 4148/08], que contempla un supuesto que ninguna relación de sustancialidad guarda con el de autos, al tratarse de trabajadora a la que se imputa acceso a internet para cuestiones particulares, acreditado el mismo mediando examen del contenido de su ordenador; examen que la sentencia de contraste califica de vulneración de su intimidad, al haberse producido en las siguientes circunstancias: la trabajadora desempeñaba el puesto de Directora de la sucursal y tenía pleno acceso a Internet, lo que -a juicio de la Sala- comportaba plena disposición para todo uso, incluido el personal; no mediaba advertencia previa sobre el uso y control del ordenador; el hallazgo de la navegación por motivos particulares no fue casual, sino producido en el curso de una actuación técnica por la existencia de virus informático que no se limitó a su detección y reparación, sino que se extendió al examen -y copia- del todo el contenido del ordenador. Muy diversamente - como veremos luego con más detalle- en el supuesto de autos existe una expresa prohibición de uso de ordenadores de la empresa para fines personales, se acepta por el trabajador el control empresarial de los medios informáticos, el hecho imputado se acredita por «hallazgo casual» de unas fotocopias, se ratifica por el examen -limitado y controlado- del ordenador del accionante...

3.- Por todo ello es claro que respecto de ambos motivos hemos de mantener la ausencia del presupuesto de contradicción que -para la viabilidad del RCUD- exige el art. 219 LJS, al establecer la necesidad de que medie contradicción -en la parte dispositiva- entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, conteniendo pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 10/10/17 -rcud 1507/15-; 10/10/17 -rcud 3684/15-; y 17/10/17 -rcud 2541/15-).

TERCERO - 1.- Por su parte, «Inditex, SA» denuncia la infracción de los arts. 18 CE y 20 ET, señalando como decisión de contraste la STC 170/2013, de 7/Octubre, en la que el intérprete máximo de la Constitución rechaza el amparo demandado por el trabajador al que se le había imputado como causa de despido el uso de su ordenador personal para fines personales, basándose en que mediaba expresa prohibición de uso extralaboral de los medios informáticos propiedad de la empresa y ello comportaba la facultad de la empresa de controlar su utilización, y que el examen informático había acreditado el uso del correo electrónico para fines exclusivamente personales.

2.- Parece oportuno indicar, antes de nada, que aunque se haya desestimado el recurso del trabajador y el pronunciamiento -procedencia del despido, tal como la empresa había interesado- haya de permanecer incólume, lo cierto es que no cabe negar su legitimación para recurrir, siendo así que si bien tradicionalmente se ha venido sosteniendo la doctrina del «gravamen» o vencimiento como presupuesto procesal para recurrir, afirmándose que «que el vencido pueda siempre recurrir, si la Ley lo permite y no puede hacerlo el vencedor que, por definición, no ha sufrido ningún perjuicio con la decisión del juez o tribunal inferior» (así, STS SG STS 21/02/00 -rcud 1872/99-). Pero no hay que olvidar que tal criterio fue en gran medida superado por la posterior doctrina de la Sala, al conectar la idea de «gravamen» con la más amplia de «interés» -directo o indirecto- derivado del pronunciamiento (SSTS 26/10/06 -rcud 3484/05-; 03/10/07 -rcod 104/06-; 10/10/11 -rcud 4312/10-; y 19/07/12 -rcud 2454/11-), en línea con diversos precedentes relativos a excepciones rechazadas a la parte que -pese a todo- obtiene sentencia favorable (SSTS 28/05/92 -rec. 3551/89-; 22/07/93 -rec. 1586/92-; 08/06/99 -rec. 3491/98-; 21/02/00 -rec. 1872/99-; y 10/04/00 -rec. 2646/99-), y sobre todo se ha de tener en cuenta que esa corriente ampliadora de la legitimación para recurrir ha tenido expresa consagración en la literalidad del art. 448.1 LECiv [«Contra las resoluciones ...que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley»] y en el Preámbulo de la Ley 36/2011, cuando sostiene como una de las novedades de la LJS [«el reconocimiento de legitimación para recurrir también a la parte favorecida aparentemente por el fallo, de acuerdo con los criterios constitucionales sobre la afectación real o gravamen causado por el pronunciamiento»].

Interés o gravamen que no puede negarse en el presente caso, dado que no sólo está en juego la amplitud de los poderes empresariales de control, sino también -de un lado- la concreta acreditación del incumplimiento imputado en la carta de despido, e incluso -de otro- la posible exigencia de responsabilidades de todo orden por una actuación de la empresa que la sentencia recurrida ha calificado atentatoria a derechos fundamentales del trabajador.

3.- Pasando al presupuesto de contradicción hemos de señalar que -efectivamente, como señala el Ministerio Fiscal- es innegable que entre los supuestos contrastados media la diferencia de que en tanto en el caso enjuiciado por el TC el examen informático se lleva a cabo en presencia de Notario, en tanto que en el ahora debatido la actuación se realiza incluso sin la presencia del trabajador. Pero lo cierto es que esa circunstancia no tiene trascendencia a los efectos de la contradicción, habida cuenta de que la utilización del ordenador en la empresa -aunque está personalizada- queda dentro del ámbito de poder de vigilancia del empresario y por ello el ejercicio de las correspondientes facultades de control se ampara en el art. 20 ET y no tiene las limitaciones

que corresponden a la función de «policía privada» que consiente el art. 18 ET, que es un régimen excepcional referido a la esfera privada del trabajador [taquilla y efectos personales] (SSTS 26/09/07 -rcud 966/06 -; y 08/03/11 -rcud 1826/10 -), de forma que aunque pueda resultar conveniente la presencia garantista de terceros -Notario, RLT, otro trabajador y el propio interesado-, sin embargo su ausencia en absoluto condiciona la validez del acto de control, a cuya prueba se le dará la fehaciencia que en su caso corresponda.

QUINTO.- 1.- Una vez que se ha aceptado la contradicción de la recurrida con la invocada referencial, es palmario que obligadamente hemos de calificar como doctrina ajustada a Derecho la mantenida por el Tribunal Constitucional en la exhaustiva decisión de contraste, y de la que acto continuo exponemos alguno de sus criterios, que ciertamente coinciden en algunos extremos con la previa jurisprudencia de esta Sala (así, SSTS 26/09/07 -rcud 966/06 -; 08/03/11 -rcud 1826/10 -; y SG 06/10/11 -rco 4053/10 -. Pasamos a una limitada exposición de la doctrina constitucional.

2.- Acerca de las facultades empresariales se mantiene por el intérprete máximo de la Constitución:

a).- El poder de dirección del empresario «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, FJ 5; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; y 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4] (FJ 3).

b).- «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, FJ 7]. 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, FJ 7] (FJ 3).

c).- «... 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" [STC 241/2012, FJ 5]» (FJ 4).

3.- Sobre el derecho a la intimidad en el marco de la relación laboral también se sostiene por el Alto Tribunal:

a).- «... 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".... 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, FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 93/2013, de 23 de abril, FJ 8] (FJ 5).

b).- «... 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, FJ 5]. 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, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 5] (STC 170/2013, de 7/Octubre, FJ 5).

c).- Pero «... "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, FJ 5; o SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10] (FJ 5).

4.- Acerca de la inclusión del correo electrónico en el ámbito de protección del derecho a la intimidad, se dice en la decisión de contraste:

a).- «... 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" [STC 241/2012 , FJ 5]» (FJ 4).

b).- «... el uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad; ... 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" [STC 173/2011, de 7/Noviembre , FJ 3]; (FJ 5).

c).- «... 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 , FJ 5]» (FJ 5).

5.- Finalmente, sobre la adecuación del control empresarial se mantiene por el TC:

a) Existiendo previsión colectivamente fijada sobre prohibición del uso del ordenador para fines personales, «cabe concluir que, en su relación laboral, sólo estaba permitido al trabajador el uso profesional del correo electrónico de titularidad empresarial; en tanto su utilización para fines ajenos al contenido de la prestación laboral se encontraba tipificada como infracción sancionable por el empresario, regía pues en la empresa una prohibición expresa de uso extralaboral, no constando que dicha prohibición hubiera sido atenuada por la entidad. Siendo este el régimen aplicable, el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía legítimamente ejercerse, ex art. 20.3 LET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos al contenido propio de su prestación de trabajo» (FJ 4).

b).- «... "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto [juicio de idoneidad]; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia [juicio de necesidad]; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto [juicio de proporcionalidad en sentido estricto]" [STC 96/2012, de 7 de mayo , FJ 10; o SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9 ; y 89/2006, de 27 de marzo , FJ 3] (FJ 5).

c).- El referido dato -previsión de exclusivo uso profesional- «constituye una importante particularidad respecto a los supuestos enjuiciados en algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que la apreciación, «... a la vista de las circunstancias, de que el trabajador no estaba advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser objeto de seguimiento por la empresa ha llevado a admitir que dicho trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por Internet [SSTEDH de 25 de junio de 1997, caso Halford c. Reino Unido, § 45 ; de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido , § 42 y 47]» (STC 170/2013, de 7/Octubre , FJ 5).

SEXTO.- 1.- Tal como hemos adelantado, la aplicación de los precedentes criterios al caso debatido nos lleva a acoger el recurso, por cuanto que la sentencia recurrida no ha seguido, en lo que se refiere al concreto objeto de debate -control empresarial del correo electrónico del trabajador- la doctrina correcta.

Recordemos que en la empresa demandada existe una concreta normativa empresarial «de los sistemas de información» y de «política de seguridad de la información» del Grupo Inditex, que limita el uso de los ordenadores de la empresa a los estrictos fines laborales y que prohíbe su utilización para cuestiones personales.

Tengamos también en cuenta -reproducimos redacción de la propia sentencia recurrida- que los empleados del Grupo Inditex, cada vez que acceden con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a dicho acceso, deben de aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información del Grupo Inditex, en la que se señala que el acceso lo es para fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar



la correcta utilización de las herramientas que pone a disposición de su empleados, respetando en todo caso las legislación laboral y convencional sobre la materia y garantizando la dignidad e intimidad del empleado, por lo que el actor era conocedor de que no podía utilizar el correo para fines particulares y que la empresa podía controlar el cumplimiento de las directrices en el empleo de los medios informáticos por ella facilitados.

No olvidemos que el examen del ordenador utilizado por el trabajador accionante fue acordado tras el «hallazgo casual» de fotocopias de las transferencias bancarias efectuadas por un proveedor de la empresa en favor del trabajador demandante -hecho expresamente prohibido en el Código de Conducta de la demandada e imputado en la carta de despido-.

Consideremos, finalmente, que «se examinó el contenido de ciertos correos electrónicos de la cuenta de correo corporativo del actor, pero no de modo genéricos e indiscriminado, sino tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar que correos examinar, utilizando para ello palabras clave que pudieran inferir en qué correos podría existir información relevante para la investigación, [y atendiendo a la] proximidad con la fecha de las transferencias bancarias» [así, en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, pero con valor de HDP: recientes, SSTS 02/06/16 -rco 136/15 -; 22/06/16 -rco 250/15 -; y SG 26/10/16 -rcud 2913/14 -]; y sin que deje ser relevantes dos circunstancias: a) que el contenido extraído se limitó a los correos relativos a las transferencias bancarias que en favor del trabajador le había realizado -contrariando el Código de Conducta- un proveedor de la empresa; y b) que -además y según se indica en la misma resolución del J/S- el control fue ejercido sobre el «correo corporativo del demandante, mediante el acceso al servidor alojado en las propias instalaciones de la empresa; es decir, nunca se accedió a ningún aparato o dispositivo particular del demandante...; a lo que se accedió es al servidor de la empresa, en la que se encuentran alojados los correos remitidos y enviados desde las cuentas corporativas de todos y cada uno de los empleados».

2.- Siendo ello así , no cabe duda: a).- Que el hallazgo «casual» de la referida prueba documental excluye la aplicación de la doctrina anglosajona del «fruto del árbol emponzoñado», en cuya virtud al juez se le veda valorar no sólo las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sino también las que deriven de aquéllas (sobre ello, SSTC 98/2000, de 10/Abril ; 186/2000, de 10/Julio ; 29/2013, de 11/Febrero ; y 39/2016, de 3/Marzo . Y SSTS 05/12/03 -rec. 52/03 -; 07/07/16 -rcud 3233/14 -; SG 31/01/17 -rcud 3331/15 -; y 20/06/17 -rcud 1654/15 -); b).- Que la clara y previa prohibición de utilizar el ordenador de la empresa para cuestiones estrictamente personales nos lleva a afirmar -como hicimos en uno de nuestros precedentes- 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» (STS SG 06/10/11 -rco 4053/10 -); c).- Que el ponderado examen del correo electrónico que se ha descrito en precedente apartado, utilizando el servidor de la empresa y parámetros de búsqueda informática orientados a limitar la invasión en la intimidad, evidencia que se han respetado escrupulosamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional y se han superado los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

SÉPTIMO.- 1.- Aunque por obvias razones temporales en el presente procedimiento no se pudo tener en cuenta hasta la fecha la STEDH -Gran Sala- 05/Septiembre/2017 [Caso «Barbulescu »], parece conveniente que nos refiramos a tan reciente doctrina, no sólo para evidenciar que sus criterios son sustancialmente coincidentes con los de la jurisprudencia constitucional más arriba indicados, sino también que -precisamente por ello- la conducta empresarial de autos pasa holgadamente el filtro de los requisitos que el Alto Tribunal europeo exige para atribuir legitimidad a la actividad de control que acabamos de enjuiciar.

2.- Señalemos, con carácter previo, que las circunstancias del control informático a que había sido sometido el Sr. Celestino son por completo dispares a la de autos: a) los mensajes monitorizados por la empresa no eran de correo electrónico, sino de chats que correspondían a cuenta privada del trabajador en Yahoo Messenger [uno que el empleado -sostuvo- que utilizaba para atender clientes de la empresa y otro estrictamente privada] y para cuyo acceso se precisaba una clave que sólo conocía él; b) aunque la empresa había prohibido el uso personal de los medios corporativos, no había advertido del alcance del control empresarial ni de la posibilidad de acceder a los chats sin consentimiento del interesado, y el trabajador consideraba que su cuenta era personal; c) la empresa accedió al contenido de los chats privados -con la novia y hermano del trabajador- y los imprimió; d) tampoco había mediado causa concreta que motivase el acceso a las comunicaciones privadas.

3.- El núcleo de la cuestión a debate por la Gran Sala era determinar los términos en que pueden entenderse cohonestados, de un lado el derecho del trabajador al que se le respete su vida privada y correspondencia, y de otro el de la empresa a comprobar que la actividad profesional de sus empleados es ejercida con corrección y se adecua a sus directrices. Y sobre ello el Tribunal Europeo hace una serie de afirmaciones, de entre las que creemos han de destacarse previamente dos de ellas:

a).- Que «... las comunicaciones que se emiten desde el puesto de trabajo, así como las del domicilio, pueden incluirse en las nociones de "vida privada" y de "correspondencia" a que se refiere el artículo 8 del Convenio», cuando el trabajador puede «razonablemente suponer que su privacidad estaba protegida y era respetada» [ap. 73].

b).- Que los tribunales nacionales «deben velar porque el establecimiento por una empresa de medidas para vigilar la correspondencia y otras comunicaciones, sea cual sea su alcance y duración, vaya acompañado de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos» [ap. 119].

4.- A los efectos de calificar la supervisión del empleador y la posible intromisión en la vida privada, considera el TEDH que se deben tener en cuenta «los siguientes factores:

i) ¿El empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas? Si bien en la práctica esta información puede ser comunicada efectivamente al personal de diversas maneras, según las especificidades fácticas de cada caso, el Tribunal considera que, para que las medidas puedan ser consideradas conforme a los requisitos del artículo 8 del Convenio, la advertencia debe ser, en principio, clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma.

ii) ¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado? A este respecto, debe hacerse una distinción entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido. También se debería tener en cuenta si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados (véase, en este sentido, la sentencia Köpke, precitada). Lo mismo se aplica a los límites espaciales de la vigilancia.

iii) ¿El empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido...Dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas.

iv) ¿Habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado? A este respecto, es necesario evaluar, en función de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado.

v) ¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado ... con las referencias citadas? ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida...?

vi) ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo? En particular, estas garantías debían impedir que el empleador tuviera acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión sin que el empleado hubiera sido previamente notificado de tal eventualidad».

5.- La lectura de los prolijos razonamientos utilizados por el TEDH en el asunto «Barbulescu», pone de manifiesto -entendemos- que el norte de su resolución estriba en la ponderación de los intereses en juego, al objeto de alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia, y los intereses de la empresa empleadora (así, en los apartados 29, 30, 57, 99, 131 y 144). Y al efecto -resumimos- son decisivos factores a tener en cuenta: a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización; c) la inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino dado por la empresa al resultado del control; e) la previsión de garantías para el trabajador

Como es de observar, tales consideraciones del Tribunal Europeo 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].

OCTAVO .- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser



revocada limitadamente, en tanto que procede dejar sin efecto la valoración de parte de la prueba practicada, pero confirmar su pronunciamiento desestimatorio de la demanda. Con devolución del depósito constituido [art. 228 LJS] y sin imposición de costas [art. 235.1 LJS].

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido
1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Marcos .

2º.- Estimar el recurso formulado por «Inditex, SA», atribuyendo plena validez procesal a la prueba derivada del examen del correo electrónico existente en ordenador del trabajador.

3º.- Confirmar el pronunciamiento -desestimatorio- de la sentencia dictada por el TSJ Galicia 30/ Diciembre/2014 [rec. 359/14], que a su vez había confirmado la resolución - desestimatoria de la demanda- que en 14/Abril/2014 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Uno de los de A Coruña [autos 952/13].

Se acuerda la devolución del depósito constituido, sin que proceda la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.