



Roj: **STS 3705/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3705**

Id Cendoj: **28079120012022100796**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2022**

Nº de Recurso: **3613/2020**

Nº de Resolución: **817/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 817/2022

Fecha de sentencia: 14/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **3613/2020**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: AGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **3613/2020**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 817/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 14 de octubre de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3613/20 interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, representado por D. Fidel Ángel Cadena Serrano, las mercantiles, **RANDSTAD CONSULTORES Y SOLUCIONES DE RECURSOS HUMANOS S.L.U.**, y de **RANDSTAD EMPLEO, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL S.A.U.**, representado por el procurador D. Isidro Orquín Cedenilla, bajo la dirección letrada de D. Joaquín Matías Burkhalter Thiébaud, por D. Apolonio , y la mercantil **PROMOTING, S.A.**, representados ambos, por el procurador, D. Roberto Primitivo Granizo Palomeque, bajo la dirección letrada de D. Pedro Learreta Olarra, y por la **ABOGACÍA DEL ESTADO** representada por, D^a. Eva María Fernández Cifuentes, contra Sentencia nº 221/2020, de fecha 9 de junio de 2020, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento Abreviado nº 1774/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado, nº 7628/2010 del Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid, por un delito de estafa.

Han sido partes recurridas, **D. Cirilo** , representado por la procuradora, D^a. Beatriz Martínez Martínez, bajo la dirección letrada de, D. Óscar Felipe Hernanz Romera, D^a. Gabriela , y D. Estanislao , representados ambos, por el procurador, D. Antonio Miguel Ángel Araque Almendros, y bajo la dirección letrada de, Alberto Tomás Pérez Fernández, y D^a. Lidia , D^a. Macarena , y D^a. Mariana , representadas todas ellas, por la procuradora D^a. Laura Desireé Díaz Alba, y bajo la dirección letrada, de D^a. María Ángeles Montero Malillos.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid, instruyó el Procedimiento Abreviado 7628/2010, por delito de estafa; una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, para su enjuiciamiento en el Procedimiento Abreviado, nº 1774/2018, cuya Sección dictó Sentencia nº 221/2020, de fecha 9 de junio de 2020, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"**ÚNICO.-** Probado y así se declara que el querellado Don Cirilo , cuyas circunstancias ya constan, fue director general de USG PEOPLE ESPAÑA SL desde el 6 de julio de 1999 hasta el 28 de febrero de 2009. Habiendo sido despedido por unas supuestas actuaciones fraudulentas, se accedió por la citada empresa al disco duro del ordenador que el citado acusado utilizaba para el desempeño de su trabajo, acceso que se efectuó sin su consentimiento y cuando ya estaba fuera de la empresa de la que se despidió de hecho el 16 de enero de 2009. La empresa no había advertido a dicho trabajador de que se podía o iba a proceder a su control en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectiva laboral del medio informático cuando fuere preciso. Tampoco se hizo a su presencia ni a presencia de un representante de los trabajadores. A través de dicho acceso se obtuvo una información que permitió la investigación sobre los hechos objeto de acusación y que también se imputan a Doña Lidia , Doña Macarena , Doña Mariana y Doña Gabriela , cuyos datos ya constan.

Consta probado que el acusado Don Apolonio , cuyos datos ya constan, como administrador solidario de PROMOTING SA, firmó un contrato ficticio de intermediación con en virtud del cual se comprometía a mediar en la compra de PROFESIONALIA SA por parte de USG PEOPLE ESPAÑA SLU a menor precio a cambio de una comisión, habiendo consignado para su pago a la citada empresa la cantidad de 45000 euros por la comisión que reconoce recibida.

La Agencia Tributaria inicio la investigación por una supuesta infracción en el pago del impuesto de Sociedades contra la empresa USG PEOPLE SL, y tras seguir con su investigación a partir de los datos obtenidos del disco duro del ordenador empleado por el acusado Don Cirilo , es cuando inicio las actuaciones contra este acusado, Doña Lidia , Doña Macarena y Doña Mariana por defraudación del IRPF correspondiente a los años 2007 y 2008."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"**QUE CONDENAMOS** al acusado Don Apolonio es autor de un delito de estafa de los artículos 248, 250.1 6º del Código Penal, en quien concurre la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, a la pena de un año y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de seis meses con una cuota diaria de 6 euros con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal y que indemnice a USG PEOPLE en 45000 euros con cargo a la cantidad que ha sido ingresados por el mismo en la cuenta de consignaciones y al pago de las costas causadas por la Acusación Particular de USG People en su 1/19 parte proporcional, con exclusión de las devengadas por la Agencia Tributaria.

ABSOLVEMOS a Don Cirilo , Doña Lidia , Doña Macarena , Doña Mariana , Doña Gabriela y Estanislao , de los delitos de apropiación indebida, administración desleal, estafa y falsedad de documento mercantil por el que venían siendo acusados en los términos solicitados por la Acusación Particular y el Ministerio Fiscal.



ABSOLVEMOS a Don Cirilo , Doña Lidia , Doña Macarena y Doña Mariana de los delitos contra la Hacienda Pública y falsedad documental por los que venían siendo acusados por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Se declaran de oficio las costas causadas por los acusados que han sido absueltos.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon los recursos de casación por las representaciones legales del Ministerio Fiscal, Randstad Consultores y Soluciones de Recursos Humanos S.L.U., Randstad Empleo, Empresa de Trabajo Temporal S.A.U., de D. Apolonio , y de la Mercantil Promoting, S.A., y de la Abogacía del Estado, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

A) MINISTERIO FISCAL:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas garantías y a usar los medios de prueba pertinentes, al haberse declarado nula la prueba derivada del examen del ordenador de trabajo del acusado, sin que concurrieran los requisitos para ello, al no haber existido infracción del artículo 18 CE.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 852 de la LECRIM, por aplicación indebida de la conexión de antijuridicidad y de los artículos 11.3 LOPJ y 24.2 CE.

B) RANDSTAD CONSULTORES Y SOLUCIONES DE RECURSOS HUMANOS S.L.U., y de RANDSTAD EMPLEO, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL S.A.U.:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 LECrim., en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerar que la Sentencia vulnera los artículos 24 y 120.3 de la Constitución.

Motivo Segundo.- Por Infracción de Ley del apartado 2º del artículo 849 LECrim., al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos literosuficientes que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 LECrim., en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerar que la Sentencia vulnera los artículos 18.1, 18.3, 24 y 120.3 de la Constitución.

C) D. Apolonio , y de la mercantil PROMOTING, S.A.:

Motivo Primero.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL. Al amparo de lo previsto en los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y 852 LECrim, por infracción -cuando menos- de los artículos 24 y 120 CE, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, y falta de motivación en la Sentencia recurrida.

Motivo Segundo.- POR INFRACCIÓN DE LEY. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECrim, por la indebida aplicación en la Sentencia recurrida de los artículos 248 y 250.1. 6º CP vigentes al tiempo de los hechos.

D) ABOGACÍA DEL ESTADO.

Motivo Primero.- Por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim, por vulneración del artículo 305 del Código Penal, en relación con la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y con la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley del artículo 849.2 LECrim, por error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Motivo Tercero.- Al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración de precepto constitucional, al haberse infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española.



QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de D^a. Gabriela y D. Estanislao, manifestó quedar instruida e impugnar los recursos de casación; la representación procesal de **Randstad Consultores y Soluciones de Recursos Humanos S.L.U., y de Randstad Empleo, Empresa de Trabajo Temporal S.A.U.**, manifestó, quedar instruida de los recursos de casación, adhiriéndose íntegramente a los recursos de casación formulados por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado, y remitiéndose a los motivos del recurso de casación que el interpuso, en cuanto a todo lo demás, y en particular, en cuanto al recurso formulado por la representación procesal de D. Apolonio y PROMOTING, S.A.; la **Abogado del Estado** manifestó, adherirse al recurso del Ministerio Fiscal, de Randstad Consultores y Soluciones de Recursos Humanos S.L.U., y de Randstad Empleo, Empresa de Trabajo Temporal S.A.U., y quedar instruida del recurso de D. Apolonio y Promoting S.A.; la representación procesal de D. Cirilo, manifestó quedar instruida de los recursos, y solicitó la inadmisión de los mismos; la representación procesal de D^a. **Lidia, D^a Macarena, y D^a Mariana**, manifestó tener por cumplido el trámite de instrucción conferido, y por impugnados todos los motivos de los recursos de casación, interpuestos por el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado; y la representación de Randstad Consultores y Soluciones de Recursos Humanos, S.L.U. y Randstad Empleo, Empresa de Trabajo Temporal, S.A.U.

Por su parte el **Ministerio Fiscal**, manifestó quedar instruido de los recursos formalizados, y solicitar la inadmisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 885 1º y 2º Ley de Enjuiciamiento Criminal y, subsidiariamente, la desestimación, de todos los motivos de los recursos, excepto los motivos segundo y tercero de RANDSTAD EMPLEO, que se apoyan íntegramente; el motivo segundo de Apolonio, que se apoya parcialmente, y el motivo segundo y tercero del Abogado del Estado, que se apoya íntegramente, por las consideraciones que se expresan en su escrito; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 13 de octubre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia absuelve a los acusados D. Cirilo, D^{ña}. Lidia, D^{ña}. Macarena, D^{ña}. Mariana, D^{ña}. Gabriela y D. Estanislao de los delitos de apropiación indebida, administración desleal, estafa y falsedad de documento mercantil por el que venían siendo acusados en los términos solicitados por la acusación particular y el Ministerio Fiscal, así como a D. Cirilo, D^{ña}. Lidia, D^{ña}. Macarena y D^{ña}. Mariana de los delitos contra la Hacienda Pública y falsedad documental por los que venían siendo acusados por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

1.1. La citada sentencia no se pronuncia sobre el fondo del asunto al entender que las pruebas que dieron lugar al inicio del procedimiento serían nulas, así como todas las derivadas de las mismas -examen del ordenador de trabajo del acusado-. Frente a tal pronunciamiento recurren en casación el Ministerio Fiscal, La Abogada del Estado y la representación de RANDSTAD CONSULTORES Y SOLUCIONES DE RECURSOS HUMANOS, S.L.U. y de RANDSTAD EMPLEO, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A.U.. Los tres recurrentes comparten varios motivos de casación en los que interesan la nulidad de la sentencia de instancia -o la nulidad del juicio oral celebrado, el Ministerio Fiscal-, por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a usar los medios de prueba pertinentes, ya que la nulidad se acuerda sin concurrir los requisitos para ello, al no existir infracción del art. 18 de la CE, así como por infracción de ley por aplicación indebida de la conexión de antijuridicidad y de los art. 11.3 LOPJ y 24.2 CE, añadiendo error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obran en autos (art. 849.2 LECrim).

1.2. El Ministerio Fiscal afirma que la extraordinaria complejidad de este asunto económico en el que el Director General de la empresa multinacional USG perjudicó a su sociedad, prevaleciendo de la confianza en él depositada y apropiándose de más de 5 millones de euros que desviaba a sus cuentas personales y a sociedades pantalla sin actividad real controladas mayoritariamente por el autor y sus partícipes y creadas ad hoc con ese propósito de ocultación, *"se evapora con estrépito ante la simplicidad de una sentencia que se limita a declarar nula la intervención de los correos encontrados en el ordenador corporativo de la empresa de aquel alto directivo tras su procedente despido, extendiendo esa nulidad por conexión de antijuridicidad a todas las demás pruebas obrantes en la causa, aunque fueran independientes de aquélla y sin entrar en su análisis"*.

Se queja el Fiscal de que toda la argumentación de la sentencia se limita a reproducir literalmente la STS de 23.10.2018, número 489, aunque ésta en su doctrina de adaptación del TEDH había establecido límites que superados permitían legitimar ese acceso anunciado a los ficheros personales telemáticos almacenados en el ordenador de la empresa, siempre que hubiera desaparecido ex ante la expectativa de privacidad.



Con base a lo anterior, articula el Fiscal dos motivos, el primero por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas garantías y a usar los medios de prueba pertinentes, al haberse declarado nula la prueba derivada del examen del ordenador de trabajo del acusado, sin que concurrieran los requisitos para ello, al no haber existido infracción del artículo 18 CE.

Tras analizar la jurisprudencia existente, la Ley de Protección de Datos y el Estatuto de los Trabajadores, considera que la declaración de nulidad del acceso y registro del ordenador empresarial cuyo uso correspondía a Cirilo vulnera el derecho a una tutela judicial efectiva del MF al no haberse producido vulneración alguna del derecho a la intimidad del art 18 de la Constitución.

En el segundo motivo denuncia infracción de ley, al amparo del art. 852 de la LECRIM, por aplicación indebida de la conexión de antijuridicidad y de los artículos 11.3 LOPJ y 24.2 CE, el cual es subsidiario del anterior, ya que aun declarada la nulidad de la injerencia telemática, la existencia de medios de prueba independientes exigiría la devolución de las actuaciones para que Tribunal distinto celebre nuevo juicio, pues esas pruebas a las que se ha extendido el baldón de la conexión de antijuridicidad se revelan legítimas y bastantes para fundamentar, por sí mismas, y sin el auxilio de los correos intervenidos, los juicios de tipicidad y autoría: una primera carta de despido de 2008 y otra de 27-02-2009 en la que ya se han descubierto hechos irregulares y que motiva el despido disciplinario, informe de "INTELLIGENCE BUREAU" que emite el 03-08-09, informe a "DELOITTE" fechado el 05-10-10 donde se indican las fuentes tenidas en cuenta, y solo la parte relativa al informe CYBEX sobre los correos estaría contaminado; y, por último, cita las primeras actuaciones de la AEAT que inicia actuaciones inspectoras respecto del obligado tributario, USG, según consta en el expediente electrónico de la AEAT, siendo la orden de carga en el plan de Inspección de fecha 18-12-09, es decir, antes de la interposición de la querrela. Afirma que, todas las pruebas examinadas, excepto el informe CYBEX, poseen autenticidad, legitimidad y deben ser valoradas.

1.3. En el recurso formulado por la Abogada del Estado coinciden los motivos segundo y tercero con el segundo planteado por el Ministerio Fiscal, añadiendo a las argumentaciones anteriormente analizadas que la Sentencia de instancia incurre también en un error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obran en el Expediente Administrativo y que evidencian la equivocación del Juzgador, pues ponen de manifiesto que la prueba obtenida por la AEAT no trae causa de la información obtenida de la querrela presentada por USG PEOPLE ESPAÑA, sino que se obtiene de la Base de Datos de la AEAT así como de las diligencias practicadas en el procedimiento inspector incoado a los acusados, y que existe una obvia desconexión causal de la prueba declarada nula -en cuanto a la declaración de nulidad no se pronuncia al indicar que no afecta a su posición procesal- y la que ha servido a la AEAT para regularizar los ejercicios 2007 y 2008, vulnerándose los art. 24 y 120.1 de la CE.

1.4. Por su parte, en el recurso formulado por la representación de RANDSTAD CONSULTORES Y SOLUCIONES DE RECURSOS HUMANOS, S.L.U. y de RANDSTAD EMPLEO, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A.U., los motivos segundo y tercero son coincidentes con los planteados por el Ministerio Fiscal, añadiendo un primer motivo basado en vulneración de los artículos 24 y 120.3 de la CE, ya que la sentencia no contiene motivación alguna, limitándose a copiar en su integridad la STS 489/2018 de 23 de octubre, de la que afirma que no es asimilable al caso enjuiciado ya que en la misma no existía una norma prohibitiva del uso del ordenador para fines personales, y en este supuesto sí, como deriva de la política de sistemas de USG PEOPLE SPAIN, en la que consta expresamente esa prohibición, como se desprende de la prueba no valorada por el tribunal. Dirección de sistemas de la que era el máximo responsable el acusado, como consta en su perfil de LinkedIn, protocolizado notarialmente, y resulta de la testifical, testigo Casiano, quien afirmó que todos los empleados de la compañía eran informados de la política de sistemas. Haciendo un análisis pormenorizado del test Barbulescu al que se refiere la sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017.

SEGUNDO.- 2.1. En primer término debemos afirmar que el Ministerio Fiscal sí está legitimado, al igual que la Abogacía del Estado, para recurrir una sentencia absolutoria basando su recurso en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, así se desprende de nuestra sentencia 161/2018 de 5 de abril, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos: "en la sentencia de 4 mayo de 2017, señalamos como en reiterados precedentes de esta Sala la cuestión afirmando la legitimación de la acusación pública sujeta a los condicionamientos propios de la posición procesal que ocupa. Así la STS 111/2017, de 22 de febrero, dijimos "Como dijimos en la STS 653/2014, de 7 de octubre: "Es realmente cuestionable que el Estado o sus instituciones, pueda ser víctima de una lesión a un derecho fundamental por un órgano del Estado. También es discutible que pueda argüirse el amparo constitucional en situación en la que se ejercita la acción penal contra un ciudadano. Ello porque no es admisible, en términos de derechos fundamentales, que la naturaleza protectora que de los mismos resulta sirva de palanca para actuar



en perjuicio del derecho del ciudadano a la presunción de inocencia. Es preciso, por lo tanto, acotar el ámbito de la impugnación del Ministerio fiscal."

Añade la Sala que "esta cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional afirmando, y nos apoyamos en la STC, del Pleno, 175/2001 de 26 de julio, que aunque referida a un supuesto propio de la jurisdicción contencioso administrativa, su doctrina es plenamente aplicable al supuesto de nuestra casación. En la referida Sentencia el Tribunal Constitucional declara que, como regla general, los institutos públicos no son titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Solo excepcionalmente, y en ámbitos procesales delimitados, cabe admitir la atribución a las personas públicas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y señala como tales supuestos los siguientes: a) litigios en los que la persona pública se encuentra en una situación análoga a la de los particulares; b) cuando las personas públicas sean titulares del derecho al acceso al proceso, lo que implica tanto el respeto al principio "pro actione" - acceso a la jurisdicción, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, de la irrazonabilidad y subsanación de errores patentes; y c) también en los supuestos de interdicción de indefensión de la persona pública, de acuerdo al proceso debido". Lo anterior no es sino colorario de lo que el Tribunal Constitucional dijo en su Sentencia 86/1985, de 10 de julio "El Ministerio fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en eso reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos (...).

Esta Sala ha recogido en su jurisprudencia una argumentación similar distinguiendo, desde el caso concreto objeto de la casación, los supuestos en los que la sentencia absolutoria es objeto de una pretensión revisora desde la acusación. Al efecto, la distinción que hemos seguido es la de delimitar si la pretensión insta una revisión de la sentencia propiciando una especie de inversión del derecho a la presunción de inocencia, o, por el contrario, la pretensión afecta a la tutela judicial efectiva con los tres contenidos anteriormente señalados, básicamente, arbitrariedad o irracionalidad de la motivación, e indefensión de la parte acusadora. Bien entendido que no existe un derecho de la acusación a la condena de una persona sino a actuar el "ius puniendi" ante los tribunales de justicia de acuerdo al proceso dispuesto en el ordenamiento informado por la Constitución (STS 717/2003, de 21 de mayo). (Véase una doctrina similar para fundamentar el alcance de la revisión en la STS 436/2014, de 7 de mayo). El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2003, en el sentido indicado ya previno que la vía de la tutela judicial alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados, lo que reitera que el ámbito de su ejercicio se contrae a la arbitrariedad de la valoración probatoria."

En similares términos nos hemos pronunciado en la reciente sentencia 742/2022, de 20 de julio.

2.2. No podemos olvidar que el derecho a la doble instancia penal reconocido en los Tratados Internacionales, artículo 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, sólo esté previsto con carácter vinculante para las sentencias condenatorias no para las absolutorias, por lo que sería acorde a dichos Tratados un sistema penal que sólo admitiese la doble instancia en caso de condena.

Sentado lo que antecede, es necesario distinguir los supuestos en que la parte recurrente -Ministerio Fiscal o acusaciones particulares- solicitan la condena, por la vía del recurso de casación, a este Tribunal Supremo, de quien ha sido absuelto en la sentencia.

Así, cuando lo que se pretende denunciar es una interpretación absolutamente arbitraria de la prueba con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y ello porque solo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia sea absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en aquel derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración del derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio.

Situación esta, que implica la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, dado que la estimación de un motivo por el art. 849.2 LECrim, como motivo por infracción de ley, no conduce a la devolución de la causa al tribunal de instancia -ya sea para poner nueva sentencia o celebrar nuevo juicio-, sino al dictado de segunda sentencia (art. 902 LECrim).

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva tal y como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional permite anular aquellas decisiones judiciales basadas en criterios no racionales, o apartados de toda lógica o ajenas a cualquier parámetro de interpretación sostenible en derecho; pero no permite corregir cualquier supuesta deficiencia en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba. Otorgar al derecho a la tutela judicial efectiva mayores dimensiones significaría convertir el recurso de casación y, lo que todavía sería más disfuncional desde la perspectiva del reparto de funciones constitucionales, también el recurso de amparo en un medio ordinario de impugnación. El derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto



en la decisión judicial, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad". Tal derecho queda satisfecho con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, aunque se desestime la pretensión que se reclamaba del Tribunal.

Pero no cualquier respuesta judicial colma las exigencias de ese derecho: sólo aquéllas razonadas que se muevan dentro de ciertos cánones elementales de razonabilidad y que se funden en una interpretación de la norma jurídica no extravagante, sino defendible, aunque se aparte de otras posibles igualmente las sostenibles.

La desviación frente a otras eventuales interpretaciones incluso más correctas o defendibles será un tema de legalidad. Cuando tal apartamiento desborda lo "razonable" o lo "defendible" desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, el atentado a la legalidad adquiere una dimensión nueva, se transforma en algo más: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Desde esa óptica el Tribunal Constitucional en su función no de intérprete de la legalidad, que no lo es, sino de máximo intérprete de la Constitución y valedor de la eficacia de los derechos fundamentales es desde la que puede corregir sin invadir la legalidad ordinaria esas desviadas aplicaciones del derecho por infringir el art. 24.1 de la Constitución.

El derecho a la tutela judicial efectiva extiende su ámbito de protección a todas las partes en el proceso. Sin embargo, cuando lo que se pretende es la revocación de un pronunciamiento absolutorio, esgrimir el derecho a la presunción de inocencia supondría una verdadera alteración funcional de su genuina dimensión constitucional. Dicho en palabras de la STS 1257/2000, 14 de julio -ratificadas por la STS 372/2002, 28 de febrero-, darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las que pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

Ahora bien, como hemos dicho en la reciente sentencia 110/2022, de 10 de febrero, caso distinto es enfocar la impugnación desde el prisma de la tutela judicial efectiva pero con ese preciso contenido que no puede expansionarse hasta abarcar todas las discrepancias sobre valoración de la prueba o aplicación del derecho, sino limitarse a corregir aquellas decisiones que por su irrazonabilidad supongan no solo un quebranto de la legalidad o de máximas de experiencia o aplicación de discutibles criterios de valoración, sino una efectiva erosión del derecho a la tutela judicial efectiva. Solo cuando una sentencia absolutoria sea arbitraria, incurra en un error patente, carezca de motivación, introduzca una motivación extravagante o irracional o realice una aplicación de la presunción de inocencia absolutamente al margen de sus contornos racionales, podrá anularse por la fuerza del derecho a la tutela judicial efectiva.

TERCERO.- 3.1. En el relato fáctico de la sentencia de instancia se hace constar que el querellado Don Cirilo , cuyas circunstancias ya constan, fue director general de USG PEOPLE ESPAÑA SL desde el 6 de julio de 1999 hasta el 28 de febrero de 2009, habiendo sido despedido por " *unas supuestas actuaciones fraudulentas, se accedió por la citada empresa al disco duro del ordenador que el citado acusado utilizaba para el desempeño de su trabajo, acceso que se efectuó sin su consentimiento y cuando ya estaba fuera de la empresa de la que se despidió de hecho el 16 de enero de 2009. La empresa no había advertido a dicho trabajador de que se podía o iba a proceder a su control en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectiva laboral del medio informático cuando fuere preciso. Tampoco se hizo a su presencia ni a presencia de un representante de los trabajadores. A través de dicho acceso se obtuvo una información que permitió la investigación sobre los hechos objeto de acusación...* " .

Añadiendo, a los efectos que se discuten, que " *La Agencia Tributaria inicio la investigación por una supuesta infracción en el pago del impuesto de Sociedades contra la empresa USG PEOPLE SL, y tras seguir con su investigación a partir de los datos obtenidos del disco duro del ordenador empleado por el acusado Don Cirilo , es cuando inicio las actuaciones contra este acusado, Doña Lidia , Doña Macarena y Doña Mariana por defraudación del IRPF correspondiente a los años 2007 y 2008 .* " .

3.2. La sentencia recurrida en el FD 2º, resolviendo una de las cuestiones previas planteadas por la defensa, transcribe casi en su integridad la sentencia de esta Sala 489/2018 de 23 de octubre, limitándose a razonar sobre el supuesto concreto que " *Se trata el presente caso de un supuesto análogo en el que la información sobre la actividad denunciada, aunque posteriormente fuera confirmada y completada con otras investigaciones, parte inicialmente del análisis del disco duro del ordenador del acusado a quien, al menos no consta fehacientemente, no se le advirtió de que de que podía ser objeto de fiscalización por el empresario, lo que legitimaría el acto de injerencia en los sistemas informáticos puestos a su alcance por la entidad para la que trabaja, se hizo sin su consentimiento y sin su presencia o a presencia de un representante u otro trabajador de la empresa. Ello supone una vulneración del artículo 18 del ET y del derecho a la intimidad del artículo 18 de la CE , con lo que aplicando la teoría indicada procede declarar la nulidad de las pruebas obtenidas por la parte querellante y aportadas* " .



como sustento de la querella conla consiguiente absoluciónde los delitos de estafa, apropiación indebida y administración desleal por el que viene siendo acusado tanto el referido Don Cirilo como los demás, salvo Don Apolonio al haber reconocido los hecho .".

Y continúa en el FD 3º afirmando que " de los delitos fiscales y si la tramitación del procedimiento inspector por la Agencia Tributaria, se considera que la anterior declaración de nulidad de las investigaciones llevadas a cabo por la empresa USG PEOPLE ESPAÑA en relación a la conducta de los acusados por los delitos de apropiación indebida, estafa y falsedad, también alcanza a los delitos fiscales y de falsedad imputados por la Agencia Tributaria en base a la teoría sobre "los frutos del árbol envenenado " ya indicada que tiene su base en nuestro artículo 11.1 de la LOPJ .

Si se observa la investigación practicada por la Agencia Tributaria, en un primer momento se dirigía contra la empresa USG PEOPLE y es cuando se tramita la querella por esta empresa contra los acusados cuando se dirige contra estos como autores de los delitos que son objeto de acusación. Esto es, su investigación ha partido de un inicio nulo y por tanto también se encuentra contaminada por las diligencias que han resultado del mismo."

3.3. De lo anterior se desprende que la Sala declara probado que el acceso al ordenador del acusado se efectuó sin su consentimiento y cuando ya estaba fuera de la empresa, sin que la misma le hubiera advertido a dicho trabajador de que se podía o iba a proceder a su control en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectividad laboral del medio informático cuando fuere preciso, tampoco se hizo a su presencia, ni a presencia de un representante de los trabajadores, lo que constituye la clave para la Sala, conforme a la Jurisprudencia que cita, para declarar ilícito el acceso al ordenador del acusado.

Concluye el tribunal afirmando que ello supone una vulneración del artículo 18 del ET y del derecho a la intimidad del artículo 18 de la CE, y declara nulas todas las pruebas practicadas con base en la teoría sobre " los frutos del árbol envenenado".

3.3.1. Sobre las anteriores conclusiones la sentencia de instancia, en primer término, afirma que la empresa no advirtió al trabajador acusado de que se podía o iba a proceder a su control en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectividad laboral del medio informático cuando fuere preciso, pero como afirman los recurrentes, se llega a la anterior conclusión por la Sala sin apoyo probatorio alguno o al menos sin cita de prueba alguna que conduzca a tal conclusión, o de la que se extraiga la misma, por lo que la conclusión alcanzada debe tacharse de arbitraria.

En síntesis, las acusaciones afirman que la empresa accedió a los correos guardados en el ordenador laboral del acusado después de haber procedido a la extinción de su contrato laboral y haberle permitido extraer sus correos personales, lo que fue notificado al acusado en el momento de llevar a efecto el despido disciplinario -Protocolo de Seguridad-

Además de que el acceso a los correos se llevó a cabo dentro de los límites de nuestra sentencia 489/2018 en la que se apoya la Sala para declarar ilegal el acceso, al existir una norma prohibitiva del uso del ordenador para fines personales, citando en apoyo de su conclusión el CD adjunto al informe de CYBEX (documento nº 6 de la querella interpuesta por esta acusación particular el día 15 de octubre de 2010), obrante a la pieza separada de documentación, tal y como consta en el Tomo 1, folio 135 de la pieza principal, así como CD aportado por la acusación particular obrante en el Tomo I, folio 506 de la pieza principal, donde consta la política de uso de medios telemáticos en vigor, derivada de la política de sistemas de USG PEOPLE SPAIN, en la que consta expresamente esa prohibición, asumiendo el acusado la Dirección de sistemas de la que era el máximo responsable el acusado, como consta en su perfil de LinkedIn, protocolizado notarialmente, y resulta de la testifical - testigo Casiano -, quien afirmó que todos los empleados de la compañía eran informados de la política de sistemas. Pruebas que en ningún momento son analizadas por la sentencia de instancia.

El Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, llevan cabo un análisis pormenorizado del test Barbulescu, al que hace referencia la tan citada sentencia de esta Sala, que constituye el apoyo de la sentencia recurrida para llegar a un pronunciamiento absolutorio, y a la conclusión de que el acceso al ordenador del acusado supera el test de proporcionalidad establecido por el TC y que no existía expectativa razonable de privacidad, concluyendo que no puede declararse ilegal el acceso al ordenador.

3.3.2. Por otro lado, como hemos apuntado, también se declaran nulas todas las pruebas obtenidas por la parte querellante y aportadas como sustento de la querella, así como la anterior declaración de nulidad de las investigaciones llevadas a cabo por la empresa USG PEOPLE ESPAÑA en relación a la conducta de los acusados por los delitos de apropiación indebida, estafa y falsedad, y por ello el tribunal de instancia afirma que alcanza a los delitos fiscales y de falsedad imputados por la Agencia Tributaria en base a la teoría sobre "los frutos del árbol envenenado", no teniendo en cuenta ninguna de las pruebas aportadas por la Abogacía del Estado.



El Ministerio Fiscal afirma que no se ha tenido en cuenta la desconexión de antijuridicidad de algunas pruebas que son legítimas y suficientes para fundamentar una condena sin el auxilio de los correos intervenidos, en concreto considera pruebas independientes la carta de despido de 2008 y otra de 27-02-2009 en la que ya se han descubierto hechos irregulares y que motiva el despido disciplinario, el informe de "INTELLIGENCE BUREAU" que emite el 03-08-09, informe a "DELOITTE" fechado el 05-10-10 donde se indican las fuentes tenidas en cuenta, y solo la parte relativa al informe CYBEX sobre los correos estaría contaminado; y, por último, cita las primeras actuaciones de la AEAT que inicia actuaciones inspectoras respecto del obligado tributario, USG, según consta en el expediente electrónico de la AEAT, siendo la orden de carga en el plan de Inspección de fecha 18-12-09, es decir, antes de la interposición de la querrela. Entiende que excepto el informe CYBEX, las demás pruebas poseen autenticidad, legitimidad y deben ser valoradas.

Por la Acusación Particular se razona que no han sido valoradas las pruebas practicadas, tanto las de tipo documental como las de tipo personal, que han sido totalmente ignoradas por el Tribunal de instancia. A título meramente ejemplificativo cita: "1. Informe de Deloitte, de 5 de octubre de 2010, elaborado por los peritos D. Paulino y D. Rogelio, basado fundamentalmente en documentos contables de USG e información procedente de registros públicos. 2. Declaración de los peritos de Deloitte D. Rogelio y D. Paulino, autores del informe pericial que figura como Documento nº 6 de la querrela, de 9 de octubre de 2019. 3. Informe de Intelligence Bureau, de 23 de agosto de 2009, elaborado por Dña. Laura y D. Luis Pedro, basado fundamentalmente en información obrante en registros públicos. 4. Copia del contrato de apertura de la cuenta facilitado por Banco de Valencia. 5. Copia de los Balances de Sumas y Saldos de USG PEOPLE SPAIN, S.L. para los ejercicios 2007 y 2008, en los que se puede observar que la Cuenta de Banco de Valencia no aparece registrada. 6. Detalle de los ingresos recibidos en la Cuenta de Banco de Valencia entre los días 12 de junio de 2007 y 28 de febrero de 2009 y la documentación soporte correspondiente a esos ingresos. 7. Copia de las facturas de la Mutua y de Paradigma, respectivamente, a las que corresponden los pagos recibidos la Cuenta de Banco de Valencia. 8. Documentación soporte facilitada por Banco de Valencia relativa al ingreso de 4.002,00 euros proveniente de la sociedad EL TALLER DE ANA, S.L. 9. Cheque bancario a favor de la sociedad EL TALLER DE ANA, S.L. endosado por D. Cirilo e ingresado en la Cuenta de Banco de Valencia. 10. Detalle de los cargos recibidos en la Cuenta del de Banco de Valencia entre los días 12 de junio de 2007 y 28 de febrero de 2009, por un importe total de 324.725,21 euros, y la documentación soporte correspondiente a los mismos facilitada por el Banco de Valencia. 11. Copia del contrato de arrendamiento entre una de las sociedades del GRUPO USG PEOPLE SPAIN, SESA Start España, E.T.T. S.A., y SANTANDER CONSUMER IBER-RENT, S.L., de 28 de noviembre de 2007. 12. Copia de la documentación correspondiente a los pagos hechos por SESA Start España E.T.T., S.A entre mayo y octubre de 2009, relacionados con el contrato de renting por un importe total de 30.006,50 euros. 13. Copia de las certificaciones literales de las sociedades vinculadas con D. Cirilo. 14. Copia del contrato de mandato de compra firmado entre D. Cirilo y PROMOTING, S.A. 15. Copia de las Declaraciones de operaciones anuales de USG (modelos 347) en las que se refleja el importe facturado por PROMOTING, S.A. y VOGT & FRANZ STUDIO, S.L. 16. Declaraciones de D. Cirilo en instrucción, de 22 de junio de 2011 y de 27 de julio de 2011, en la que reconoce la falsedad de las facturas emitidas por las sociedades vinculadas y que él fue quien dirigía este procedimiento de masivo desvío de fondos del GRUPO USG PEOPLE a estas sociedades. 17. Certificaciones literales del Registro Mercantil de Madrid, Sección 8ª, que muestran que las sociedades cuya administradora única es Dña. Macarena fueron inscritas el 16 de agosto de 2011 (PROFESSIONAL CAREER, S.L.; MASTER DATA MANAGEMENT, S.L.; e I23 SISTEMAS Y DESARROLLOS), el 7 de septiembre de 2011 (INTELLIGENT INTERFACE SOLUTIONS, S.L.; TALLER DE RECURSOS HUMANOS, S.L.; y VOGT & FRANZ STUDIO, S.L.) y el 8 de septiembre de 2011 (MEZZO SOGNO, S.L.) Es decir, con posterioridad a que el 11 de marzo de 2011 la Sra. Macarena prestara declaración como investigada ante el Juzgado de Instrucción. 18. Declaración de D. Cirilo en el acto de juicio oral, de 7 de octubre de 2019, en la que declaró en el mismo sentido que en el indicado más arriba. 19. Declaración testifical de D. Bartolomé en el acto de juicio oral, de 7 de octubre de 2019. 20. Declaración testifical de D. Casiano en el acto de juicio oral, de 8 de octubre de 2019."

Es evidente que el Tribunal de instancia ha infringido ese deber constitucional de motivación y del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que las razones que le han llevado a prescindir de la abundante prueba de cargo practicada en el plenario son totalmente desconocidas para las partes, lo que sin duda implica una clara infracción del principio de tutela judicial efectiva.

Por último, insiste la Abogada del Estado, en que la Sentencia de instancia vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en tanto que realiza una valoración de la prueba arbitraria al aplicar la teoría de los frutos del árbol envenenado sin apreciar la desconexión causal existente entre la prueba declarada nula por ilegal -relativa al acceso al disco duro del ordenador del Sr. Cirilo- y la prueba obtenida por la AEAT para efectuar la regularización del IRPF de los ejercicios 2007 y 2008 correspondientes a los Sres. Cirilo y Lidia.

Afirma que son las actuaciones del procedimiento de inspección anteriores a la fecha en la que la Hacienda Pública adquiere conocimiento de la querrela. Las fechas de las órdenes de carga en plan de la iniciación de los



procedimientos de inspección, así como los análisis de las cuentas bancarias de titularidad de los acusados, revelan que la actuación inspectora operó al margen de las averiguaciones realizadas por USG PEOPLE ESPAÑA SL, siendo que la AEAT acordó la iniciación de las actuaciones de comprobación e investigación con anterioridad a la fecha en la que tuvo conocimiento de la querrela presentada por la mercantil. Esta circunstancia evidencia que las pruebas obtenidas por la AEAT, al ser totalmente independientes de las actuaciones de averiguación realizadas por USG PEOPLE ESPAÑA SL, no pueden quedar contaminadas por la declaración de nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas por la mercantil.

En efecto, las pruebas a las que hace referencia la Abogada del Estado, de forma arbitraria no son analizadas por la Sala a los efectos de valorar la supuesta conexión de antijuridicidad apreciada por la misma.

CUARTO.- 4.1. El Tribunal de instancia ha realizado una nula motivación de las razones por las que no se valora prueba alguna, en especial las documentales citadas por las acusaciones, pero, además, expresamente esa falta de motivación se anuda a la declaración de ilicitud de la medida de injerencia del derecho fundamental a la intimidad que se declara, acceso a los correos electrónicos del acusado. Pero ello resulta incorrecto el pronunciamiento de la Sala, precisamente por el incumplimiento del deber de motivación, necesario para poder hablar de la citada ilicitud, ya que hay que tener en cuenta que conforme a la meritada STS de 23.10.2018 sobre la existencia de expectativa de privacidad, lo que no impide el control empresarial siempre y cuando se respeten ciertos límites que viene estableciendo la doctrina jurisprudencial del TEDH en numerosas sentencias.

El primer límite ineludible establecido por el TEDH en el asunto BARBULESCU II, es el conocimiento previo por parte del trabajador de la existencia de una expresa advertencia o instrucción de que el uso del ordenador ha de limitarse estrictamente a tareas profesionales, y/o además la existencia de alguna cláusula conocida por ambas partes autorizando a la empresa a llevar a cabo el control de los medios informáticos, o, al menos, el consentimiento previo de quien venía usando de forma exclusiva el ordenador. En este punto es relevante destacar que el Tribunal Constitucional, en la STC 170/2013 (caso ALCALIBER) de 7 de octubre, reconoció que basta la expresa prohibición del uso extralaboral del correo electrónico en el Convenio Colectivo como un supuesto de falta leve para entender que tal previsión lleva implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización.

El segundo límite es la adecuación de la conducta empresarial de fiscalización a las exigencias del principio de proporcionalidad, es decir, que la medida llevada a cabo por el empresario sea necesaria, adecuada, y la menos invasiva de todas las que son plausibles.

Finalmente, la existencia de un indicio: una razón fundada que haga a la empresa sospechar que se está produciendo alguna conducta ilícita por parte del trabajador, y que justifique el mencionado control patronal.

Si esos tres límites se respetan, será legítima la intromisión del empresario, válido el medio de control de la herramienta informática y lícita la prueba obtenida de tal actuación, al no haberse obtenido vulnerando el derecho a la intimidad del trabajador.

Por otro lado, como acertadamente pone de relieve el Ministerio Fiscal es importante recordar que, pese a estar en vigor cuando ocurrieron estos hechos - 2002- la Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999, la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos 3/2018, permite y exige a la empresa establecer los criterios de utilización de los dispositivos digitales por parte de los trabajadores. La norma permite acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y para garantizar la integridad de los dispositivos digitales, mientras que el acceso al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requiere que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores.

4.2. Como ponen de relieve los recurrentes, obra en la causa incorporado, por dos vías, -CD adjunto al informe de CYBEX (documento nº 6 de la querrela interpuesta por la acusación particular el día 15 de octubre de 2010) y CD aportado por esta mediante escrito de 8 de abril de 2011, obrante al Tomo 1, folio 506 de la pieza principal-, un documento consistente en la normativa de sistemas de USG PEOPLE SPAIN, S.L., vigente en el momento de los hechos, que incluía una prohibición clara y explícita de usar el correo electrónico o el ordenador para fines extraprofesionales y que no ha sido valorado por el Tribunal de instancia.

Como fragmentos relevantes de la citada documentación podemos citar:

2.1.2 Uso de la dirección de correo y del buzón:

** El buzón es propiedad de la compañía.*

** El tomador de la cuenta y dirección de correo, hará uso de ella únicamente para fines laborales.*

* El buzón y su dirección de correo es una herramienta puesta a disposición del trabajador por lo tanto no puede usarse para:

o Envío de mensajes personales dentro y fuera de la organización.

1.3 Normativa de uso de los puestos de trabajo

Toda información como base de datos, documentos, presentaciones, software, hardware y aplicaciones es propiedad de la compañía.

Cualquier copia en papel o soporte no autorizada para uso fuera de la compañía implicará actuaciones legales que correspondan por parte de la empresa

1.4. Normativa de Internet

o El uso de Internet está restringido en cuanto a contenido en horario laboral.

o No se pueden enviar datos a otros usuarios u ordenadores que no sean de la organización.

El incumplimiento de las normas establecidas en el presente procedimiento, y en especial las establecidas en relación con el uso de las herramientas informáticas para usos estrictamente privados, constituyen faltas disciplinarias de carácter grave o muy grave, reservándose por tanto la compañía el derecho a ejercer las acciones (sanciones) disciplinarias correspondientes.

1.5 Normativa de Carpetas de red

o Los PC's no deben almacenar información de carácter personal.

4.3. Tampoco se valora por el tribunal la carta de despido de la que, se indica por las acusaciones, se desprende que la mercantil USG, al tener conocimiento de que Cirilo se había apropiado de dinero de la empresa y conociendo de que existía un riesgo de que se hubieran producido más hechos que perjudicasen dicho patrimonio decidió - haberse detectado la existencia de una cuenta corriente a su nombre exclusivo en el Banco de Valencia en la que se recibían pagos de FREMAP dirigidos a USG-, intervenir los correos guardados en el ordenador laboral del acusado después de haber procedido a la extinción de su contrato laboral y haberle permitido extraer sus correos personales, lo que hacía previsible que el disco duro fuera sometido a escrutinio de la empresa.

De lo anterior podría desprenderse la adecuación de la conducta empresarial de fiscalización a las exigencias del principio de proporcionalidad, es decir, que la medida llevada a cabo por el empresario fue necesaria, adecuada, y lo menos invasiva de todas las que son plausibles, y existía una razón fundada que hacía sospechar a la empresa que se estaba produciendo una conducta ilícita por parte del trabajador.

4.4. Por otro lado, es fundamental que, si existe prueba relativa a una medida de injerencia en los derechos fundamentales declarada ilícita, como afirma el tribunal de instancia, aunque no razone nada al respecto, pero ello no impide que existan otros medios de prueba de origen totalmente independiente y desconectado de la fuente contaminada.

Como hemos dicho en nuestra sentencia 623/2018, de 5 de diciembre, se habla de "desconexión jurídica", pero si ni tan siquiera existe una "conexión natural" de la ilícita y la prueba existente como dudosa, huelga hablar de efectos reflejos de la prueba ilícita. En cualquier caso, ello requiere de una debida motivación. La derivación de ilicitud a otras pruebas de la ilicitud declarada requiere explicar la conexión de antijuridicidad o la desconexión de antijuridicidad.

Debe verificarse cuál es la índole de la "transmisión" de la prueba ilícita a la que se cuestiona y comprobar en qué medida existe conexión entre ambas para admitir el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado, y que éste último queda limpio de la contaminación que haya afectado a otros medios de prueba, sin que en el supuesto se hayan valorados las pruebas referidas por las acusaciones, y en concreto ninguna de forma específica, para llegar a la conclusión de que existe la conexión de antijuridicidad apreciada de forma genérica por la Sala, sin motivación alguna.

4.5. En consecuencia, procede declarar la nulidad de la sentencia de instancia, no del juicio oral como interesa el Ministerio Fiscal, ya que se ha apreciado un defecto de motivación por parte del tribunal que presenció en el juicio oral todas las pruebas practicadas, y aunque la Sala apreciara una cuestión previa, porque ello se produjo tras la celebración íntegra del juicio.

Por ello debe dictar la Sala dictar nueva sentencia en la que:

1º Se valoren todas las pruebas que hemos referido y, en especial, la normativa sobre el uso del ordenador para fines personales, que obra en el CD adjunto al informe de CYBEX (documento nº 6 de la querrela interpuesta



por esta acusación particular el día 15 de octubre de 2010), obrante a la pieza separada de documentación, tal y como consta en el Tomo 1, folio 135 de la pieza principal, así como CD aportado por la acusación particular obrante en el Tomo I, folio 506 de la pieza principal, donde consta la política de uso de medios telemáticos en vigor, derivada de la política de sistemas de USG PEOPLE SPAIN, llevando a cabo el test necesario de ponderación de derechos a los efectos de poder determinar la ilicitud o no de la prueba derivada del examen del ordenador de trabajo del acusado.

.2º En el supuesto de que, tras llevar a cabo la valoración referida, se concluya nuevamente por la Sala que la prueba citada era nula, se analicen pormenorizadamente todas las pruebas practicadas -referidas anteriormente en los FD de esta sentencia- a los efectos de poder determinar con respecto de cada una de ellas la conexión o no de antijuridicidad con la supuesta prueba ilícita, ya que está fuera de discusión la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren el mandato prohibitivo del art. 11 de la LOPJ, pero lo que proscribe el mismo no es otra cosa que la obtención de pruebas ("no surtirán efecto las pruebas obtenidas..."), por lo que deben ser analizadas para poder determinar como se han obtenido el resto de pruebas practicadas.

4.6. Por consiguiente, no procede el análisis del resto de motivos de los citados recurrentes, ni del recurso formulado por la representación del acusado condenado Apolonio, y la mercantil PROMOTING, S.A, al haberse acordado la nulidad de la sentencia de instancia, lo que abarca también al pronunciamiento condenatorio del Sr. Apolonio.

QUINTO.- Procede declarar de oficio las costas devengadas en esta instancia (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR HABER LUGAR PARCIALMENTE A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por EL MINISTERIO FISCAL, RANDSTAD CONSULTORES Y SOLUCIONES DE RECURSOS HUMANOS S.L.U., y de RANDSTAD EMPLEO, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL S.A.U., y por la ABOGACÍA DEL ESTADO, sin entrar a conocer el fondo del entablado por la representación de D. Apolonio, y la mercantil PROMOTING, S.A., contra Sentencia nº 221/2020, de fecha 9 de junio de 2020, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento Abreviado nº 1774/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado, nº 7628/2010 del Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid; y, en consecuencia, se casa y anula indicada sentencia retrotrayéndose las actuaciones al momento anterior a su emisión, debiéndose dictar nueva sentencia por el mismo Tribunal en los términos señalados, en la que se subsane la falta de motivación apuntada, sustanciándose la causa y terminándose con arreglo a Derecho, con declaración de oficio de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.