

La consideración penal de la intromisión empresarial en los correos del trabajador

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El acceso al correo privado del trabajador en el ordenador de la empresa, aun existiendo una prohibición convencional del uso de tal naturaleza de los medios puestos a disposición por la empresa, supone para el empleador una condena de prisión como pena principal. El orden penal entiende que, así como la injerencia en las comunicaciones debe estar autorizada judicialmente, también en el ámbito laboral, sí se admitiría que el derecho a la intimidad o la protección de datos del trabajador fueran objeto de negociación contractual o convencional.

1. De nuevo se plantea el conflicto de derechos entre la privacidad y el respeto al secreto de las comunicaciones del trabajador y la potestad organizativa empresarial cuando, por actos del trabajador, puede verse perjudicado el negocio. En este caso, el empresario actúa al comprobar una caída importante de ingresos cuando constata que el trabajador realizaba contrataciones con clientes de la empresa en nombre propio, vulnerando, entre otras, la prohibición de hacer competencia a la empresa para la que trabajaba en exclusiva. Es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 22 de abril del 2021, JUR 139279, la que tiene que decidir sobre la condena impuesta al empleador de un año de prisión como pena principal en calidad de autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto y penado en el artículo 197.1 y 4 del Código Penal.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

Conviene partir de dos datos relevantes que se infieren del relato fáctico. El primero, que existe un contrato laboral que está en el origen de la entrega de un ordenador puesto a disposición del trabajador por el empresario, una contraseña estandarizada para el acceso al ordenador y a los correos corporativos y una compartida relajación en el acceso a esos dispositivos, en la medida en que las contraseñas y direcciones de correos eran conocidas por los demás trabajadores, que, en ausencia o periodos vacacionales, entraban en los de otros compañeros para consultar o reenviar correos si resultaba necesario. Y, el segundo, que el empresario se defiende negando cualquier intención de vulnerar la intimidad o descubrir los secretos de comunicación del trabajador. Al comprobar documentación encima de la mesa del trabajador, decide acceder al ordenador en el que no se distingue entre correos corporativos y personales, empleándolos indistintamente para obtener información sobre el daño que sufría su sociedad. En la pantalla no deberían aparecer correos privados puesto que el ordenador estaba instalado exclusivamente como herramienta de trabajo con un correo corporativo accesible a todos los empleados, quienes, a su vez, tenían vetada por convenio colectivo la instalación de cualquier aplicación de correo privado, algo que, en este caso, el trabajador incumplió.

2. Como en otras ocasiones, también aquí existe una fricción entre el derecho del trabajador a su propia intimidad y la facultad del empresario de fiscalizar el uso adecuado de los elementos productivos puestos a disposición de su empleado (arts. 5a y c y 20.1.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores [LET]), una capacidad de dirección derivada de los derechos proclamados en los artículos 33 y 38 de la Constitución española. Por su parte, al trabajador le siguen amparando sus derechos fundamentales, que no cesan por la mera suscripción de un contrato de trabajo (entre ellos, el de la inviolabilidad de las comunicaciones del artículo 18.3 y el de la intimidad del artículo 18.1, ambos de la Constitución). Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, «las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional» (STC 197/98, FJ 2). Esto significa que la relación laboral «no puede implicar, en modo alguno, la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productiva[s], que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo» (STC 98/2000, FJ 6), pero «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano» (STC 106/96, FJ 5).

En este contexto, la Sala de lo Penal pone de manifiesto en este punto el diferente planteamiento que lleva predicando respecto del ámbito laboral, pues la cita del artículo 18.3 de la Constitución y la excepcionalidad de la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, limitada a la autorización judicial, permiten reivindicar el carácter

absoluto de este derecho frente a actos contractuales de tolerancia. No en vano, se considera que el citado precepto constitucional: «... no contempla [...] ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado ("correo corporativo"), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia. [...] Tampoco una supuesta "tácita renuncia" al derecho [...] puede convalidar la ausencia de intervención judicial, por un lado porque obviamente dicha "renuncia" a la confidencialidad, o secreto de la comunicación, no se produce ni es querida por el comunicante que, de conocer sus consecuencias, difícil es imaginar que lleve a cabo la comunicación objeto de intervención y, de otra parte, porque ni aun cuando se entienda que la "renuncia-autorización" se haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra carta magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia» (STS, Sala de lo Penal, de 16 de junio del 2014, Ar. 3451, FJ 1). Por consiguiente, se considera indispensable la autorización judicial también para acceder a las comunicaciones personales del trabajador. La exigencia de autorización judicial para legitimar el acceso del empresario a las comunicaciones personales del trabajador queda así vinculada a lo que podría calificarse como el contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones.

Sin embargo, sí se admite que tanto el derecho a la intimidad como la protección de los datos personales pueden ser susceptibles de negociación, hasta el punto de que empresario y trabajador podrían fijar los términos de la fiscalización y los límites a la intromisión en ese espacio de intimidad del trabajador. Se estima, así, que «la esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena»; en consecuencia, «corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno» (STC 241/2012, FJ 3), de tal manera que «el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad» (SSTC 173/2011, FJ 2).

En este mismo sentido, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) rechaza un acceso sin consentimiento al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad o no se ha limitado expresamente el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa. De algún modo, tal y como expone la sentencia, los usos sociales admiten cierto grado de empleo para fines personales, creándose así un terreno abonado para que germine una expectativa fundada de privacidad que no puede ser cercenada. El resto de los factores de ponderación entrarán en juego para inclinar la balanza en uno u otro sentido sólo si se cuenta con ese presupuesto. En otro caso, habrá vulneración, aunque exista necesidad o se use un método poco invasivo (STEDH de 5 de septiembre del 2017, sentencia *Barbulescu II*).

3. ¿Qué factores sobresalen en este supuesto para condenar penalmente al empleador? Pues, básicamente, la falta de conocimiento y consentimiento del trabajador.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 22 de abril del 2021, JUR 139279, entiende que «el acusado no ejerció de forma legítima ningún derecho. Ni la compartida utilización de las claves corporativas, ni la definición en el convenio colectivo, como infracción disciplinaria grave, de la utilización de los medios productivos puestos a disposición del trabajador, son suficientes para legitimar la grave intromisión del empleador en la cuenta particular (del trabajador). De hecho, frente a la versión de la defensa de que el acceso a esas cuentas privadas fue prácticamente inevitable por el funcionamiento del sistema, lo que indica el *factum* es precisamente lo contrario. Su conducta no se limitó a ese contacto casual con aquello que no se quería conocer [...]. En cualquier caso, el amplio paréntesis cronológico —casi tres meses— durante el que (el trabajador) fue despojado de su derecho a la intimidad, a la protección de datos y, en fin, de su derecho al entorno virtual, habla por sí solo de la intensidad y el alcance de la injerencia» (FJ 3).

Porque curiosamente, y al margen de lo expuesto, la Sala admite «no ya la flexibilidad para tolerar la fiscalización de los actos inicialmente protegidos por el derecho a la intimidad, sino la capacidad para extender ese ámbito de negociación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, excluyendo la imperatividad de la autorización judicial para justificar la intromisión. Empresario y trabajador pueden fijar los términos de ese control, pactando la renuncia, no ya a la intimidad, sino a la propia inviolabilidad de las comunicaciones. Y allí donde exista acuerdo expreso sobre fiscalización, se estará excluyendo la expectativa de privacidad que, incluso en el ámbito laboral, acompaña a cualquier empleado» (FJ 3). Pero la exclusión de esa expectativa ha de ser expresa y consciente, sin que pueda equipararse a ésta una pretendida renuncia derivada de la voluntad presunta del trabajador.

El trabajador conocía la prohibición de utilizar para fines particulares los ordenadores puestos a su disposición por la empresa. De hecho, el convenio colectivo aplicable tipificaba como falta grave «utilizar los ordenadores y los medios de comunicación facilitados por la empresa para usos distintos para los que se han habilitado, incluyendo el correo electrónico, salvo que la entidad del incumplimiento hiciera calificable la conducta como muy grave». Mas la comisión de una infracción no priva al trabajador de un derecho «a definir un círculo de exclusión frente a terceros, entre los que se incluye, desde luego, quien le proporciona esos medios productivos». Y ello porque «la clave de la ilegitimidad de la intromisión y, consiguientemente, de la nulidad probatoria se sitúa en la vulneración de la expectativa de intimidad por parte del trabajador. Una expectativa, basada en un uso social de tolerancia respecto de una moderada utilización personal de esos instrumentos, que, no es ajena a los contenidos de la protección constitucional del derecho a la intimidad» (STS, Sala de lo Penal, de 23 de octubre del 2018, Ar. 4937, FJ 7).

El elemento nuclear es aquí el de la contractualización que caracteriza la relación laboral, por lo que, «si el trabajador ha consentido anticipadamente reconociendo esa capacidad

de supervisión al empresario y, por tanto, cuenta con ello; está advertido; es decir, es una limitación conocida y contractualmente asumida. [...] En las relaciones con los poderes públicos, sin embargo, no cabe esa "cesión" anticipada o renuncia previa a ese espacio de intimidad virtual. [...] El reconocimiento previo, explícito o implícito, de esa facultad de empresario constituye el *punctum dolens* la clave, en el ámbito de las relaciones laborales» (STS, Sala de lo Penal, de 22 de abril del 2021, JUR 139279, FJ 3).

No existiendo en este caso dato alguno que permita deducir que el trabajador comprometió convencionalmente su privacidad, la posible comisión de una falta grave al utilizar para fines privados el ordenador de la empresa no justifica la vulneración de sus derechos fundamentales.

4. Podría discutirse si la disponibilidad colectiva de derechos individuales que el convenio colectivo supone tendría las consecuencias autoritarias que la Sala exige para la intromisión en la intimidad y en las comunicaciones del trabajador por parte del empleador. Pero, dado que el consentimiento o el acuerdo al que se refiere debe ser expreso, explícito, claro y contundente, cabría cuestionar si la prohibición convencional debe causar este mismo efecto en el contrato de trabajo.

Obviamente existe una sensible diferencia entre el contenido del poder disciplinario y sus consecuencias y el alcance de los derechos fundamentales, aquí cuestionados. Sin embargo, de la misma manera que se recuerda como el artículo 87 de la Ley Orgánica de Protección de Datos señala lo siguiente: «1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador; 2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos», también el mismo precepto indica: «3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los periodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado»

Si la información derivada de la prohibición contenida en el convenio colectivo es suficiente o no a efectos de permitir la intromisión del empleador en la esfera privada del trabajador, parece que constituye una duda ya respondida por la Sala de lo Penal con su negativa. Pero cabría considerar que no se trata de un comportamiento empresarial en aras de la normalidad de su organización productiva, sino que actúa como reacción a sospechas

sobre irregularidades, ilícitos o delitos cometidos por un trabajador en su centro de trabajo, lo que le posibilita responder protegiendo su propiedad. Es cierto que puede hacerlo de varias formas: de manera preventiva, advirtiendo que los trabajadores serán vigilados ante la constatación de un daño patrimonial a la empresa para que éste cese, o de manera ofensiva, sin aviso previo para impedir la impunidad de los transgresores. Existe, además, un trasfondo contractual si se observa que conductas de este tenor por parte del trabajador transgreden la buena fe contractual al violar la confianza de la empresa, al margen de la envergadura patrimonial o reputacional de la actuación del trabajador.

También aquí, como en el resto de los precedentes en los que se colisiona con los derechos fundamentales en el seno del contrato de trabajo, el equilibrio de intereses contrapuestos se hallaría en la proporcionalidad del comportamiento empresarial. Cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales deberá ser idónea, necesaria y proporcional y, en el ámbito laboral, cualquier limitación de un derecho fundamental deberá producirse «en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva» (STC 99/94, FJ 4). Se admitirá, así, la limitación de los derechos fundamentales cuando no exista otra forma de satisfacer el interés empresarial, exigiendo una «acreditada necesidad o interés empresarial sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador» (STC 98/2000, FJ 7).

Y la sospecha, los indicios e incluso alguna prueba inicial pueden justificar la intervención del empleador, pero con mesura. Superando siempre el test de constitucionalidad que exige idoneidad —posibilidad de lograr el objetivo propuesto—, necesidad —inexistencia de otra forma de actuación más moderada—, proporcionalidad en sentido estricto —actuación ponderada y equilibrada— y justificación objetiva —necesaria conexión de la medida empresarial con la organización productiva y su finalidad de protección y conservación de ésta—. Ciertamente existía, en este caso, una prohibición convencional de uso privado del ordenador empresarial, pero la consecuencia era disciplinaria, no «confiscatoria». Si se pretende un alcance más ambicioso, la norma convencional deberá ser más explícita o hacerse acompañar de protocolos con manifestación de intenciones más expresa.