

LA REVISIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL ÁMBITO LABORAL, TRAS BĂRBULESCU, SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 8 DE FEBRERO DE 2018, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA 1121/2015

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado, por primera vez tras la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017, sobre las pautas que todo empleador debe tener en cuenta para poder acceder lícitamente al correo de sus empleados. La presente sentencia ha valorado si la actuación de la compañía se ajusta, o no, a los cánones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras la archiconocida doctrina Bărbulescu II y en qué posición quedaría la doctrina del Tribunal Constitucional.

1. Antecedentes

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (Bărbulescu II), conocida por haber revocado la Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016, abrió un amplio debate en la doctrina puesto que, en opinión de muchos autores y profesionales, obligaba a revisar la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional (entre otras, las SSTC 241/2012 de 17 diciembre y 170/2013 de 7 de octubre).

Los extensos razonamientos empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Bărbulescu II para fundamentar su fallo tienen como finalidad ponderar los intereses en juego. O dicho con otras palabras, alcanzar el justo equilibrio entre el derecho a la vida privada del trabajador y los intereses de la empresa empleadora. Por ello, el máximo intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece una serie de factores para calificar la supervisión del empleador y la posible intromisión en la vida privada del trabajador. Estos factores son los siguientes:

- a) La existencia de información previa y clara. El empresario debe informar (i) con anterioridad a la vigilancia y (ii) de manera clara en cuanto a la naturaleza y alcance de la vigilancia.
- b) El grado de intromisión del empresario. Para determinar la legitimidad de la injerencia del empleador, los tribunales deberán distinguir entre el control del flujo de comunicaciones y la revisión de su contenido. Adicionalmente, se deberá tener en cuenta, entre otros aspectos: (i) si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o

sólo sobre una parte de esas comunicaciones; (ii) si las tareas de control se han limitado o no en el tiempo y (iii) el número de personas que han tenido acceso a los resultados.

- c) La existencia de un fin legítimo empresarial que justifique la intromisión. En todo caso, se le requerirá al empleador justificación y esta justificación será mayor cuanto más invasiva sea la revisión efectuada.
- d) La inexistencia de métodos menos invasivos para la consecución del mismo objetivo de forma que se garantice que la finalidad perseguida por el empresario no pueda alcanzarse sin que este tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones.
- e) El destino que da la empresa al resultado del control; es decir, se valorará cómo ha sido utilizada la información por el empleador y si ha sido útil para alcanzar el objetivo perseguido.
- f) La previsión de cualesquiera otras garantías por parte del trabajador. En el caso concreto de la sentencia, y de manera similar al apartado a), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos proscribe que el empleador tenga acceso al contenido de las comunicaciones sin que el empleado hubiera sido previamente notificado de tal eventualidad.

En el ámbito de la jurisdicción penal, como es sabido, la conocida y controvertida sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 528/2014, de 16 de junio, declaró que la jurisprudencia de la Sala de lo Social –que reconoce y respeta, por estar además avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional– no es extensible en su totalidad al enjuiciamiento penal del trabajador. Partiendo de esta premisa, diferencia entre dos supuestos:

- a) Por un lado, la intromisión del empleador en el derecho a la intimidad del trabajador (artículo 18.1 de la Constitución), que será válida siempre que se cumplan las pautas exigidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes expuestas.
- b) Por otro, la intromisión en el derecho del empleado al secreto de las comunicaciones que exige, siempre y en todo caso, autorización judicial previa. En este último punto, realiza una importante matización que afecta a la correspondencia. En efecto, considera que sólo se requiere previa autorización judicial para acceder a la correspondencia cerrada, incluidos emails sin leer. Una vez la correspondencia ha sido abierta por su destinatario, su contenido no forma ya parte de la comunicación propiamente dicha y su protección se regirá por las normas relativas a la protección de datos o de la intimidad personal cuya intromisión se rige por los criterios indicados en el punto a) anterior.

2. Supuesto de hecho

El caso que resuelve el Tribunal Supremo gira en torno a los siguientes hechos:

- a) Al trabajador se le envía por burofax carta de despido –estaba suspendido de empleo– en la que se le imputa una serie de incumplimientos graves que suponen una transgresión de

la buena fe y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo. El trabajador – incumpliendo el Código de conducta– había aceptado transferencias bancarias de un proveedor a su nombre por importantes cantidades de dinero. Curiosamente, el empleado realizaba compras de importantes cantidades a dicho proveedor.

- b) Los hechos fueron puestos en conocimiento de la compañía cuando un empleado se encontró, en la fotocopidora general que usan todos los trabajadores, dos justificantes de las precitadas transferencias a nombre de este trabajador.
- c) La empresa procedió a la revisión del correo electrónico, no de modo genérico e indiscriminado, sino que se limitó a (i) los correos electrónicos sobre las transferencias bancarias que a favor del trabajador había realizado un proveedor de la empresa durante un determinado período de tiempo y (ii) 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 que fuera propiedad del demandante.
- iv. En la empresa demandada existía una política empresarial “de los sistemas de información” y una “política de seguridad de la información”, de acuerdo con las cuales se limita el uso de los ordenadores de empresa a los estrictos fines laborales y se prohíbe su utilización para cuestiones personales. Es más, los empleados cada vez que accedían a su ordenador debían aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información en la que se señala que el acceso está estrictamente limitado a un uso profesional, reservándose el derecho a adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas de trabajo.

3. Novedad de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo

Como ya adelantábamos al comienzo, la principal novedad del presente pronunciamiento radica en que el Tribunal Supremo nos indica en qué posición queda, tras la sentencia Bărbulescu II, la doctrina del Tribunal Constitucional precedente.

4. Solución que establece la Sala de lo Social

El Tribunal Supremo tomó en consideración que la empresa disponía de una política interna en la que regulaba la utilización de los medios informáticos (incluido, el correo electrónico corporativo). Y, además, que cada vez que un empleado accedía a su ordenador debía aceptar las pautas fijadas por las políticas internas de la compañía que, entre otros aspectos señalaban: (i) que el acceso a los sistemas informáticos lo es para usos estrictamente profesionales y (ii) que, en caso de uso inadecuado, la empresa podrá adoptar medidas disciplinarias.

Adicionalmente, la investigación del correo electrónico del trabajador se limitó a examinar los correos electrónicos relativos a esas transferencias que podrían haber supuesto el quebrantamiento del código ético; y sólo se revisaron los correos electrónicos que estaban en su

correo corporativo –sin entrar a analizar otros dispositivos propiedad del trabajador–.

Por todo ello, el Alto Tribunal concluye que: (i) la clara y previa prohibición de utilizar el ordenador para cuestiones distintas de las estrictamente profesionales implica que no hay derecho a utilizar el ordenador en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al derecho al secreto de las comunicaciones; es decir, si su uso para fines personales es ilícito, no hay tolerancia empresarial ni una expectativa razonable de privacidad; y (ii), por todo ello, el Tribunal Supremo concluye que se han superado los requisitos exigidos por el triple juicio de proporcionalidad exigido por la doctrina constitucional –juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto–.

A la luz de la sentencia comentada, el Alto Tribunal español resuelve que la finalidad última de la doctrina Bărbulescu II es la ponderación de los intereses en juego y, por este motivo, los factores que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige para este tipo de supuestos, se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad ya requeridos por nuestro Tribunal Constitucional.

Esta Nota ha sido elaborada por **Laura Pérez** y **Juan Pascual**, abogados de la práctica de Laboral.

La información contenida en esta Nota Informativa es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 8 de marzo de 2018 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información,
pueden ponerse en contacto con:

Luis Enrique Fernández Pallarés

Socio de Laboral

lefernandez@perezllorca.com

Telf.: + 34 91 436 33 11