

AUTOTUTELA EMPRESARIAL, SECRETO DE COMUNICACIONES Y CONTROL JUDICIAL: LA SALA SOCIAL PIERDE EL PASO CON LA SALA PENAL

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 16 de junio de 2014, rec. núm. 2229/2013**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

1. MARCOS LEGALES, VOLUNTADES LEGISLATIVAS Y CONTEXTO SOCIO-POLÍTICO: ¿POR UNA RE-CRIMINALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES?

En un Estado Constitucional de Derecho el problema principal, a menudo, no está en el reconocimiento de derechos fundamentales de las personas adaptados a las nuevas realidades socio-económicas, sino en el ejercicio de las «garantías de mayor efectividad» de los mismos. Si un derecho, se dice, vale tanto como sus garantías, la cuestión se centra en determinar, ante la pluralidad de ellas, a menudo todas compatibles en un sistema jurídico complejo como es el español, pero conflictivas, cuál es la vía más adecuada para exigirlo en la práctica social, en nuestro caso, en el mundo del trabajo. Precisamente, algunos temas de actualidad evidencian una cierta «re-criminalización» del ámbito laboral, en un sentido y otro, esto es, favorable a una mayor protección de los derechos de los trabajadores, al menos en línea de principio, ante el fallo o la ausencia de una protección efectiva por parte de las «garantías laborales» clásicas, pero también contra esa posición «especial» típica del ordenamiento jurídico-laboral.

Precisamente, como si de una película de época se tratara, uno de los temas de mayor actualidad reside en la multiplicación de *condenas penales a un gran número de sindicalistas por el ejercicio del derecho de huelga*, lo que ha sido objeto de una específica denuncia por los dos sindicatos más representativos «de clase». Sin hacer valoración alguna ahora de ello, lo cierto es que las decisiones judiciales asumen un tratamiento sancionador penal de este tipo de conflictos laborales en torno al derecho a huelga, un derecho fundamental que garantiza un umbral de violencia socio-privada contra las decisiones empresariales y su gestión, siempre que resulten, eso sí, proporcionadas, para no aniquilar el derecho del otro. Asimismo, y ahora en la esfera individual, ya se ha tenido oportunidad de analizar aquí la política gubernamental de criminalización

del fraude en las prestaciones, incluso con régimen de desfavor hacia el trabajador en relación con el más benévolo respecto del fraude fiscal –*Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo, con respecto al art. 307 CP*–.

Pero esta suerte de recriminalización laboral tiene otros episodios favorables para el trabajador, al abrirle otro ámbito de garantías, el penal, distinto y, a veces, más tuitivo que el social. Es el caso, de la crisis del *virus del ébola*, o el más clásico de la tutela penal frente al acoso moral en el trabajo –*STS, Sala 2.ª, 325/2013, de 2 de abril*–. También me atrevería a dejar planteada la cuestión socio-profesional de la «prostitución». Para unos, solo expresión de «*un trabajo del sexo*», y para otros una actividad punible, siendo –curiosamente, la Sala Penal del TS, más orientada hacia el *regulacionismo, más liberal* que la Social– ubicable, aunque con matices con su construcción de las «*chicas de alterne*», en el *prohibicionismo*.

En suma, los recortes saltan de la esfera de «lo socio-laboral» para entrar de lleno en la esfera de «lo civil» (derechos civiles, los derechos de libertad, incluidos los de acción sindical, que son derechos de la persona, de la ciudadanía civil y social al tiempo), y para eso se tiende a criminalizar su ejercicio, desplegando una política de represión para obstaculizar la legítima protesta tanto de los ciudadanos como de sus organizaciones sindicales, con el objetivo de disuadir a ambos de ejercer sus derechos fundamentales. Pero, al mismo tiempo, como decía, también la vía criminal puede ofrecer garantías adicionales y renovadas a los derechos fundamentales de las personas que prestan servicios por cuenta y riesgo de otro y bajo sus instrucciones, esto es, para las personas asalariadas. Pues bien, para ilustrar esta tendencia hacia un *análisis penal neo-garantista* frente al ejercicio de los poderes empresariales de auto-tutela me ha parecido especialmente relevante el análisis de la trascendental Sentencia del Tribunal Supremo (TS), Sala Penal, de 16 de junio de 2014, rec. núm. 2229/2013. Esta sentencia ilustra muy bien la diferencia entre los límites al control empresarial de las comunicaciones por ordenador en el ámbito laboral y en el penal, dejando en evidencia –a mi entender más bien denunciando, aunque sea respetuosa, claro– a la Sala Social del TS y al Tribunal Constitucional (TC), a los que trata de marcar un nuevo camino en la tutela efectiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de los trabajadores.

Al respecto, conviene recordar que el legislador español, a diferencia de otros países, apenas ha prestado atención a la regulación del modo en que las empresas pueden fiscalizar y, en cualquier caso, con qué límites, el contenido de los ordenadores usados por sus empleados para su actividad, así como las comunicaciones telemáticas. Por esta razón abstencionista, las reglas ordenadoras o las hallamos en los, pocos, convenios colectivos que dedican tiempo y espacio a ello, o están establecidos, de forma no uniforme ni mucho menos definitiva, por los diferentes tribunales con competencia en la materia, sean nacionales, constitucional y ordinarios –social y penal–, sean internacionales –Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)–. Por consiguiente, el punto de referencia jurídico fundamental estará en la lectura que cada uno de estos órdenes jurisdiccionales hace de las normas superiores de referencia. En el ámbito nacional, el artículo 18.3 de la *CE*, que requiere, para el ámbito penal, autorización e intervención judicial como condición ineludible para otorgar valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en aquel, así como,

para el ámbito internacional europeo, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH–, que prohíbe toda injerencia «pública» en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de la correspondencia de toda persona, salvo que concurra un interés general suficiente –la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito... protección de derechos y libertades de los demás–.

2. EL CASO: BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

El trabajador de una empresa, aprovechando su posición en el complejo sistema de pagos a los proveedores ideado por la empresa para todo el grupo –*sistema de conforming*–, estableció por su cuenta relaciones con algunos de los proveedores para facilitarles la gestión del cobro –anticipo del vencimiento– a cambio de un precio. Así, los proveedores se ahorraban intereses y comisiones de los adelantos negociables directamente con las entidades bancarias pagadoras y el trabajador un ingreso extra.

Conforme a lo propuesto a los proveedores, el trabajador introducía cambios en el programa utilizado en el sistema informático facilitando el adelanto de las fechas de vencimiento o cobro, realizando modificaciones en ocasiones en el campo de la fecha de la factura –con una posterior rectificación– o en el campo de la fecha de vencimiento. De este modo modificó los ficheros contables de pago que confeccionaba de hasta 329 facturas correspondientes a siete proveedores. Presentada una querrela criminal, fue condenado por la Audiencia Provincial como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso ideal medial con un delito continuado de estafa, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes de confesión y de reparación del daño. En el recurso de casación penal, el trabajador razonó que había existido vulneración del derecho a un proceso con garantías (art. 24.2 CE), por la forma en la que se obtuvo, sin intervención judicial, la información contenida en el equipo informático utilizado por el recurrente para desempeñar sus tareas contables y la ausencia de garantías en la custodia del «disco duro» del mismo, depositado durante meses en las dependencias de la empresa consultora contratada por la denunciante, lo que generaría serias sospechas sobre la integridad e indemnidad de esa información.

En la sentencia de instancia se dice que no consta que se haya examinado ningún tipo de programa de correo electrónico privado, y tampoco consta que se haya examinado ningún tipo de programa o archivos temporales que supusiera injerir, intervenir o desvelar algún tipo de comunicación privada y confidencial del trabajador. Por tanto, el TS, sobre esta doble base, la existencia de otras pruebas independientes y suficientes para sostener el «factum» y la inexistencia de injerencia en el secreto de las comunicaciones del investigado, considerará prueba suficiente para considerar improcedentes o, en todo caso, irrelevantes, las alegaciones del recurso acerca de las dudas sobre la integridad y validez de la prueba informática obrante en estas actuaciones. Ahora bien, sí entrará a analizar con detalle, y aquí reside la relevancia de esta doctrina, pese a dictarse realmente a mayor abundamiento, el razonamiento realizado por la defensa del trabaja-

dor respecto al registro indebido del ordenador. Por eso, «en aras a fijar una clara doctrina en materia de tanta trascendencia», sale al paso de ciertas afirmaciones rotundas, incluidas en la propia resolución de instancia a pesar de aquellas iniciales constancias referentes a la irrelevancia de la prueba, tales como las de que:

«... el ordenador registrado era una herramienta propiedad de la empresa y facilitada por la empresa... al trabajador para desarrollar su trabajo, por lo que entendemos que incluso en aquel supuesto en que pudiera utilizar el ordenador para emitir algún tipo de mensaje de carácter personal, entendemos que al utilizar precisamente un ordenador ajeno, de la empresa, y destinado exclusivamente para el trabajo a la empresa, estaba asumiendo –cediendo– la falta de confidencialidad –secreto– de las comunicaciones que pudiera tener... utilizando tal terminal informático».

3. LA DOCTRINA DE LA SALA PENAL: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

La Sala Penal del TS reacciona contundentemente, de forma inusual diría yo, por su rotundidad y por no ser necesario para la solución del caso, contra la posición al respecto de la Sala Social del TS. También, de paso, contra la doctrina del TC que avala a la Social.

Para la Sala Penal, la posición mucho más benévola de la Sala Social y del TC con las posturas de control empresarial de las comunicaciones en ordenadores de su propiedad, hasta legitimar una profunda injerencia en la esfera personal del trabajador sin autorización judicial para ello, solo esgrimiendo su título de propietario ex artículo 33 de la CE y poder de dirección –art. 38 CE–, se articula sobre criterios que, a su juicio:

«... han de quedar restringidos al ámbito de la Jurisdicción laboral, ante el que obviamente nuestra actitud no puede ser otra más que la de un absoluto respeto, máxime cuando cuentan con la confirmación constitucional a la que acabamos de referirnos, pero que, en modo alguno, procede que se extiendan al enjuiciamiento penal, por mucho que en este la gravedad de los hechos que son su objeto, delitos que en ocasiones incluso constituyen infracciones de una importante relevancia, supere la de las infracciones laborales a partir de las que, ante su posible existencia, se justifica la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del sospechoso de cometerlas».

No contempla, por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni a cerca 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, como a la que alude la Audiencia al final del párrafo antes transcrito, puede conva-

lidar 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.

Un régimen de protección tan estricto, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, el más severo de los que dentro del genérico derecho a la intimidad se contemplan en el artículo 18 de la CE, al excluir cualquier posible supuesto que no contemple la intervención del Juez como garante del derecho, hallaría un lógico fundamento en la gravedad y trascendencia de esta clase de injerencias, en tanto que se introducen y revelan toda clase de aspectos referentes a la privacidad del comunicante, tanto los de interés para la investigación como otros por completo ajenos a ese legítimo interés. No se trata, por supuesto y en definitiva, advierte la Sala Penal para evitar la crítica de neutralización de las potestades de indagación de delitos, de impedir la utilización de medios de investigación tan útiles para el descubrimiento de conductas gravemente reprochables sino, *«tan solo, de dar cumplimiento a las previsiones constitucionales rectoras de un procedimiento tan invasivo en derecho de semejante trascendencia para los ciudadanos»*. Pero la Sala Penal va más allá y de aquí el más que claro recado a la Sala Social, porque le recuerda que: *«En última instancia, solo refleja el modelo constitucional de control judicial necesario para tales injerencias, incluso según la legislación laboral, que al menos aparentemente sigue el mismo criterio de clara vocación judicial (vid. art. 76.4, en relación con el 90.2 y 4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre LRJS)»*.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA Y CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA ¿MÁS ALLÁ DE LA SALA PENAL?

Pese al tono respetuoso de la Sala Penal y a las cautelas que adopta en el alcance de su doctrina, no cabe duda de la gran trascendencia de sus razonamientos más allá del caso. En este sentido, es cierto que la Sala tiene cuidado en matizar que la autorización judicial solo opera con respecto a lo que estrictamente constituye el «secreto de las comunicaciones», quedando excluidos los datos de tráfico y los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, ya no forman parte de la comunicación, respecto de los cuales rigen normas diferentes como la protección de datos y el derecho a la intimidad. Asimismo, advierte de que sus criterios tan solo sirven para el orden penal, por lo que no prejuzgaría la continuidad de los criterios jurisprudenciales asentados en el orden social y, al tiempo, bendecidos por el TC respecto de la facultad de control empresarial del correo electrónico corporativo, no deben hacerse extensibles al enjuiciamiento penal. En concreto, para que en este ámbito pueda otorgarse validez a las pruebas obtenidas mediante la intervención de las comunicaciones protegidas ex artículo 18.3 de la CE

resultará siempre necesaria la autorización judicial, pues este precepto constitucional es claro, sin contemplar ninguna excepción en cuanto a la necesaria reserva judicial en la autorización de la injerencia en las comunicaciones, ni, tan siquiera, en una renuncia ni expresa ni tácita al derecho por parte del empleado.

Ahora bien, a mi juicio, esta sentencia está marcando claramente el paso de un cambio profundo en cuanto al control empresarial del uso del correo electrónico corporativo, por cuanto que, en el fondo, cuestiona la validez de estas prácticas para la salvaguarda del secreto de las comunicaciones y abre la puerta a la necesidad de intervención judicial para otorgar validez probatoria a las comunicaciones intervenidas. Avalaría esta necesidad de revisión la necesidad de contrastar esta comprensión benevolente y generosa de la Sala Social y del TC con el empleador y su potestad de control, primando el derecho patrimonial de propiedad o el derecho económico de libertad de empresa, sobre derechos personalísimos de privacidad y de secreto de comunicaciones, con la propia jurisprudencia del TEDH –[Sentencia de 3 de abril de 2007, asunto Copland contra Reino Unido](#)–, porque en ella se deja claramente sentado que debe constar el conocimiento del trabajador sobre en qué circunstancias y condiciones serán restringidos sus derechos. A mi entender, no es suficiente para satisfacer esta exigencia con una mera prohibición de uso personal de las herramientas informáticas, sea desde el convenio colectivo, sea desde el poder de dirección, sea de forma expresa, sea de forma tácita. La sentencia del TEDH citada pone énfasis en la prohibición de cualquier tipo de injerencia en la vida privada y en la garantía de la confidencialidad de la correspondencia. La confianza legítima en que se va a respetar su intimidad en el uso de una herramienta informática solo puede ceder si la empresa advierte previamente, y de forma concreta, sobre su concreta fiscalización.

El debate, de cualquier modo, está servido. Y ahora corresponde a la Sala Social mover ficha y repensar su entendimiento hasta ahora de los límites entre el derecho de propiedad y los derechos fundamentales afectados. En juego está su propia credibilidad como garante natural del equilibrio adecuado entre los derechos de los trabajadores y las facultades empresariales, teniendo en cuenta que aquellos son prevalentes sobre estos, salvo control judicial; sí, aquello de lo que legislador actual y empresario, siempre, abominan.