

LA PRIVACIDAD DEL CORREO ELECTRÓNICO CORPORATIVO*

A propósito de la Sentencia 132/2022 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 24 de enero de 2022

Alba García Hernández
*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 20 de abril de 2022

1. Introducción

En el presente trabajo se analiza la sentencia 132/2022 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 24 de enero de 2022 por la que se resuelve un caso en el que el empresario accedió a la cuenta de correo corporativo del trabajador para recabar pruebas en su contra, dejando de lado las previsiones sentadas por el caso Bărbulescu.

En la misma medida, la Sala enuncia, respecto a las costas, que el hecho de que la nulidad de la prueba derive de la propia actuación del actor, supone un claro supuesto de temeridad y mala fe que deben dar lugar a la condena en costas de este.

2. Antecedentes de hecho

El Juzgado de Instrucción número 7 de Madrid instruyó procedimiento abreviado con motivo de la comisión de delitos de administración desleal, falsedad documental y apropiación indebida contra los socios de la entidad FERGA 10. Posteriormente, el asunto

* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2020-COB-9996 financiado con cargo a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC).

fue remitido a la Audiencia Provincial de Madrid, que admitió como probados los siguientes hechos:

- 1º) El Grupo Gestur, formado por un conjunto de empresas (FERGA 10 SA, GESTIÓN DEL SUELO GESTUR SL y GESTORA AUTONÓMICA SA), tiene por objeto la realización de actividades de promoción, construcción y comercialización de inmuebles.
- 2º) Los socios, Bernardino y Teodosio, en representación propia y de sus hijos, acordaron “reflejar la titularidad real de todos y cada uno de los bienes que integran el patrimonio empresarial del Grupo Gestur” (antecedente de hecho primero). Asimismo, determinaron la propiedad correspondiente a cada uno de ellos en un 50% del patrimonio total.
- 3º) Incluyeron en el patrimonio del Grupo cinco viviendas cuya titularidad atribuyeron a la GESTORA AUTONÓMICA SA. Acordaron la venta de estas en el momento en el que aparecieran potenciales compradores. Tales inmuebles forman parte de una promoción acometida por el Grupo Gestur a través de GESTIÓN DEL SUELO GESTUR SL y financiada por FERGA 10, mediante póliza de crédito suscrita con el Banco Santander. Posteriormente, ante la dificultad para obtener la licencia de primera ocupación, dos de los hijos de los socios firmantes acordaron la “transmisión de la titularidad de las viviendas a GESTORA AUTONÓMICA SA” (antecedente de hecho segundo), ya que consideraban que, de esta manera, sería más sencillo obtener la licencia una vez que hubieran sido adquiridos los inmuebles por terceros. De este modo, otorgaron escritura pública de compraventa, indicando que el precio de la operación había sido recibido en un momento anterior a la formalización de la venta en documento público por medio de veinte pagarés, que “no llegaron a emitirse” (antecedente de hecho segundo).
- 4º) Asimismo, pactaron no realizar reparto de beneficios “mientras hubiera pagos u obligaciones pendientes de cumplir o aprovisionar”.

Respecto a las cinco viviendas mencionadas en el punto tercero, la Audiencia consideró probado que no existe constancia de la existencia de los cinco contratos privados de compraventa. Además, una vez que les fue concedida la licencia de primera ocupación fue otorgada escritura de dación en pago, para, posteriormente, ser transmitidas las viviendas a terceros por escrituras de compraventa. A este respecto, la Audiencia manifiesta que no queda demostrado que la fecha de los documentos relativos a la dación en pago fuera modificada y, por ello, absuelve a los socios de los cargos imputados.

Ante este fallo, los actores interponen recurso de casación debido a que consideran vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la exclusión de pruebas documentales válidas.

3. Fundamentos de derecho

Dos son las cuestiones que pretende aclarar el recurso de casación:

3.1. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la indebida declaración de ilicitud constitucional de un medio de prueba documental declarado previamente pertinente

El primero de los motivos se refiere a la aplicación de la “regla de la exclusión probatoria ex artículo 11 LOPJ, en relación con determinados documentos, aportados como prueba, consistentes en diversos correos electrónicos y archivos adjuntos remitidos desde cuentas corporativas de la empresa Grupo Gestur”¹. En esta línea, los recurrentes alegan que tal infracción es inexistente, pues:

- Quien tuvo acceso a tal información fue uno de los socios de la organización, Bernardino, por medio del empleo de las claves pertinentes para ello, a pesar de que le fueron revocados los poderes de representación, pero no se le retiraron tales claves.
- Las cuentas de correo a las que se refiere no son individuales, es decir, pertenecientes a los distintos trabajadores de forma única, sino que se trataba de cuentas corporativas. Las cuentas de correos estaban puestas a disposición de los empleados para que estos desempeñaran efectivamente sus funciones, pero revestían carácter general y no particular. Con todo, la esfera de privacidad que albergaba las mismas era mínimo, ya que “ninguna de las cuentas a las que se accedió permitía identificar el espacio digital a ellas asociado con un espacio de privacidad perteneciente a una concreta persona empleada que de manera exclusiva pudiera hacer uso de ellos sino, al contrario, con espacios o entornos digitales identificados con departamentos de la empresa -el de contabilidad y el departamento jurídico- en los que mediante un juicio ex ante solo podían imaginarse almacenados datos privados del Grupo empresarial [...]”(FJ primero).

¹ Apartado primero del fundamento jurídico (en adelante, FJ) primero.

3.1.1. El acceso al contenido del correo corporativo

En este sentido, múltiples han sido los pronunciamientos constitucionales acerca del acceso al contenido del correo corporativo. Los recurrentes manifiestan que el objeto protegible no es tal, dado que los datos recabados se obtuvieron de cuentas de correo electrónico corporativo, de las que “no podía derivarse ninguna expectativa atendible de privacidad”. Sin embargo, el Tribunal manifiesta que la identificación del usuario de la cuenta es perfectamente posible y que, en consecuencia, se aprecia cierta esfera de privacidad. A este respecto, enuncia que “no se cuestiona que por los responsables de la empresa se crearon cuentas corporativas de correo electrónico identificadas por el nombre de los distintos departamentos que la integran y con una clave de acceso común. Pero no lo es menos que los sistemas de correo corporativo permiten la vinculación a cada una de ellas de diferentes “alias” que se convierten en usuarios individuales de dicha concreta cuenta” (apartado tercero del FJ primero). Es decir, lo que se pretende aclarar es que, a pesar de la naturaleza genérica que se presume de las cuentas de correo electrónico corporativas, es posible deducir quién es el usuario que se encuentra detrás de las mismas, debido a la vinculación de estas de los distintos departamentos o áreas organizativas de la corporación. Además, aporta una apreciación especialmente relevante en este caso “el uso de la cuenta se privatiza, en particular, cuando el usuario la utiliza para enviar contenidos a otros usuarios del sistema o externos a este” (apartado tercero del FJ primero).

Se deduce, por tanto, que, en el caso de la utilización de cuentas corporativas, todos los sujetos vinculados por medio de alias pueden ser destinatarios de los mensajes enviados a dicha cuenta, pero, al contrario, los mensajes que cada usuario envíe no serán remitidos al resto a través de la cuenta corporativa. Trasladando esta consideración al caso que nos ocupa, los actos comunicativos se realizaron por medio de la cuenta corporativa de la organización, aunque por un alias concreto a un destinatario determinado, de manera que el resto de los usuarios no fueron conocedores del contenido de tales conversaciones. No obstante, “el uso de cuentas corporativas en el caso no desplazaba ni vaciaba de contenido la legítima expectativa de privacidad de cada uno de los usuarios vinculados a dichas cuentas. No nos enfrentamos, por tanto, a un supuesto de ausencia de canal comunicativo cerrado” (apartado quinto del FJ primero).

A este respecto, conviene tener presente que el término vida privada se encuentra estrechamente vinculado con la autonomía personal y la realización y desarrollo del individuo, la cual se satisface, entre otras muchas formas, con el ejercicio de la actividad profesional y laboral, la cual debe estar amparada por el derecho a la

privacidad. Con todo, queda incluido en este ámbito privado las comunicaciones realizadas por los trabajadores durante su jornada de trabajo por vía electrónica. No obstante lo anterior, el reconocimiento de un ámbito privado en el entorno de trabajo no es óbice para la atribución de funciones de control a favor del empresario en virtud de “verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”².

3.1.1.1. Caso Bărbulescu

Fruto de la existencia de estas dos esferas reconocidas a trabajadores y a empresario de manera independiente –ámbito de privacidad y funciones de control respectivamente– surgen conflictos que se derivan del uso con fines privados de los medios dispuestos por el empresario para el desarrollo de sus funciones. Como paradigma jurisdiccional que da respuesta a este tipo de situaciones, cabe destacar la STEDH, de Gran Sala, Caso BĂRBULESCU contra Rumanía “la obligación de los tribunales nacionales de garantizar que la adopción por parte de un empresario de medidas de control de la correspondencia y otras comunicaciones, cualquiera que sea su alcance y duración, vaya acompañada de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos”. Para, a continuación, precisar los ítems que permiten evaluar si la injerencia empresarial ha respetado el derecho a la vida privada del trabajador afectado” (apartado noveno del FJ primero). Las cuestiones a las que ha de responder esta actuación son las siguientes: La comunicación al afectado: ¿ha sido informado el empleado de las medidas adoptadas por el empresario acerca de la implementación de medidas de control sobre sus comunicaciones? En este estadio, la información ha de ser clara y previa a la implantación de las medidas de vigilancia.

- La determinación del alcance de las funciones de control: ¿qué tipo de vigilancia se lleva a cabo y durante cuánto tiempo?
- La legitimación y proporcionalidad de las medidas aplicadas: ¿se basa el control en argumentos legítimos? Las funciones de control, debido a su alto carácter intrusivo, deberán ser sustentadas por cuestiones reconocidas por el ordenamiento jurídico.

² Art. 20.3. del Estatuto de los Trabajadores.

- Efectos derivados de la vigilancia: ¿cuáles fueron las consecuencias que se derivaron de tal decisión de control para el empleado?

Considerando tales aspectos, en el caso que se plantea, el Tribunal no aprecia que “se hayan respetado las mínimas condiciones de compatibilidad con las exigencias de protección de los derechos a la privacidad [...] e intimidad [...] de los empleados afectados [...]. La clara expectativa de privacidad, como fundamento objetivo del derecho, que protegía a los empleados frente al acceso abusivo al contenido de sus comunicaciones mediante el correo electrónico corporativo, obligaba a que previamente se hubieran fijado con claridad y precisión, en los términos exigidos por la doctrina Bărbulescu, las condiciones de acceso: quién, cómo, cuándo, por qué y con qué alcance. Y, en el caso, insistimos, no consta cumplida ni una sola de dichas previsiones...y precauciones” (apartado décimo del FJ primero).

3.1.2. La infracción del derecho fundamental en la obtención de fuentes o medios de prueba

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales no supone que las restricciones y las garantías entren en juego del mismo modo cuando la controversia se residencia en el ámbito privado entre particulares o con el propio Estado. El Tribunal admite que “en puridad, los derechos fundamentales vienen a configurar la comprensión general de las relaciones del Estado y los ciudadanos, garantizando el espacio de libertad del que disponen los segundos para el libre desarrollo de su personalidad en condiciones de dignidad” (apartado decimocuarto del FJ primero). De aquí se extrae la siguiente idea: “si bien la lesión de un derecho fundamental a consecuencia de una actividad inherente de un particular activa mecanismos reparadores ello no supone que, de forma necesaria, cuando se produzca un efecto reflejo en un proceso judicial resulte siempre de aplicación la regla de exclusión probatoria prevista en el artículo 11 LOPJ” (apartado decimoquinto del FJ primero).

En este punto, el Tribunal se manifiesta sobre tal regla, manifestando que “debe operar [...] con toda la energía, cuando el Estado o los particulares, mediante la infracción del derecho fundamental, acceden a fuentes o medios de prueba y pretenden aprovecharse de su potencial valor incriminatorio. En estos casos, la regla de exclusión debe actuar como antídoto fundamental para la conservación de un determinado modelo de convivencia fundado en el valor de la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales. Cuando estos se sacrifican injustamente y finalísticamente los efectos de la lesión se proyectan sobre el



proceso, no cabe otra opción que la de renunciar al esclarecimiento de la verdad, preservando el derecho a la presunción de inocencia de la persona acusada que sufre la injerencia intolerable en el núcleo de sus derechos” (apartado decimoquinto del FJ primero).

De este modo, considerando las apreciaciones expuestas por el Tribunal, en el caso que se presenta, el acceso a la información procedente del correo electrónico se produjo de manera indiscriminada y sin justificación alguna. En esta línea, el órgano reconoce que “se pretendió obtener una ventaja procesal mediante la lesión de derechos fundamentales siendo precisamente esto lo que justifica axiológica y constitucionalmente la activación de la regla de exclusión” (apartado decimoctavo del FJ primero).

3.2. La infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECRIM: indebida aplicación del régimen legal que previene la condena en costas al acusador particular

El ordenamiento prevé que la imposición de costas al acusador en la primera instancia se fundamenta en la responsabilidad subjetiva de este. De acuerdo con el Tribunal, “resulta necesario individualizar en el acusador privado una intención final de abuso del proceso penal, de instrumentarlo torticeramente al servicio de finalidades alejadas de las que le son propias. El presupuesto de la temeridad o mala fe, en cuanto exige la presencia de un especial elemento subjetivo, no puede confundirse o identificarse con el carácter infundado de la pretensión en cuanto este hace referencia al contenido o aspecto objetivo de la responsabilidad del litigante vencido” (apartado vigésimo del FJ segundo).

En el supuesto que aquí se trata, para el órgano jurisdiccional “no solo aprecia manifiesta inconsistencia fáctica y normativa en la pretensión de condena a penas graves de prisión [...]. También destaca que lo pretendido se ha fundado sobre elementos de prueba ilícitamente obtenidos con el convenio de la parte, lo que constituye un indicador muy significativo de temeridad. Si la infracción del principio de integridad del proceso justifica, nada más y nada menos, la expulsión de evidencias probatorias y el sacrificio de la búsqueda de la verdad, parece del todo conforme que su lesión, imputable a la parte que ejerce la acción penal, también se proyecte en la determinación de las consecuencias que pueden derivarse para las personas que han estado sometidas al proceso. Entre estas, la asunción de los costes económicos derivados del mismo” (apartado vigésimo primero del FJ segundo).

4. Conclusiones

- 1º) El carácter genérico presumible de las cuentas de correo electrónico corporativas no supone un obstáculo para reconocer a sus usuarios una cierta esfera de privacidad.
- 2º) De la utilización de tales herramientas es fácilmente deducible quién es el sujeto que las utiliza y ello debido, como regla general, a que la mayoría de ellas se encuentran vinculadas a los diferentes departamentos que constituyen una empresa.
- 3º) El Tribunal Supremo observa que el uso de una cuenta corporativa adquiere naturaleza privada cuando el usuario las utiliza para el desempeño de sus funciones profesionales. Además, el envío de comunicaciones desde una de estas cuentas únicamente es conocido por su emisor y no por el conjunto de usuarios vinculados a esas cuentas.
- 4º) Bajo el paraguas de la privacidad individual, quedan incluidas las comunicaciones realizadas por los trabajadores durante su jornada de trabajo, incluidas aquellas realizadas por vía electrónica.
- 5º) El caso BĂRBULESCU se erige como paradigma para la resolución de este tipo de conflictos. Enuncia una serie de límites y garantías que permiten verificar que las funciones de control ejercidas por el empresario son respetuosas con los derechos de los trabajadores. Algunos de estos condicionantes son: 1) la información al interesado, 2) la delimitación del alcance de las medidas de vigilancia, 3) la legitimación y proporcionalidad de los mecanismos aplicados y 4) las consecuencias atinentes a la vigilancia del empresario.
- 6º) En lo que a las costas se refiere, el Tribunal determina que, siempre que la nulidad de la prueba derive de la propia actuación del actor, nos encontramos ante un claro supuesto de temeridad y mala fe que, en consecuencia, deben dar lugar a la condena en costas.