

LA SENTENCIA DEL TEDH SOBRE EL CONTROL POR EL EMPLEADOR DEL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO (MENSAJERÍA INSTANTÁNEA) POR SUS EMPLEADOS (CASO BARBULESCU V. RUMANÍA N.º 61496/08 DE 12 DE ENERO DE 2016)

La sentencia del TEDH sobre el control por el empleador del uso del correo electrónico (mensajería instantánea) por sus empleados (caso Barbulescu v. Rumanía n.º 61496/08 de 12 de enero de 2016)

El alcance del control por parte del empresario de las comunicaciones de sus empleados es una cuestión que sigue generando debate jurídico, pues dicha monitorización puede colisionar con los derechos al respeto a la vida privada y a la correspondencia de los trabajadores, reconocidos en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia sobre esta cuestión en el asunto *Barbulescu v. Rumanía*, declarando la inexistencia de vulneración del artículo 8 por parte del Estado de Rumanía y confirmando, por tanto, las sentencias de los tribunales nacionales. El origen de la controversia se debe a que el conocimiento del incumplimiento contractual tuvo lugar tras el acceso a las comunicaciones enviadas desde el servicio de mensajería instantánea de la empresa, que desvelaron conversaciones de naturaleza privada y no laboral, lo que provocó el despido del trabajador.

En este caso, resulta determinante, entre otros factores, la existencia de una prohibición de uso de las herramientas informáticas del empleador para fines personales y la consecuente ausencia de una expectativa razonable de privacidad.

The ECHR's judgment on employers monitoring their employees' use of email (instant messaging) (the Barbulescu v. Rumanía case of 12 January 2016)

The scope of an employer's control over employee communications is an issue that continues to generate legal debate, given that such monitoring can be at odds with the right to respect for one's private life and correspondence, as per article 8 of the European Convention on Human Rights.

In *Barbulescu v. Romania*, the European Court of Human Rights held that Romania had not violated article 8 and confirmed the rulings provided by the national courts. The origin of the claim was due to the fact that the employer became aware of the employee's infringements after accessing such communications, which revealed conversations of a private and non-work related nature and resulted in the dismissal of the employee.

Among other factors, the outcome of this case is influenced by the existence of company rules prohibiting Internet use for personal purposes and the consequent absence of a reasonable expectation of privacy.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Control del empleador, Expectativa de privacidad, Normas internas, Información, Proporcionalidad.

KEY WORDS

European Court of Human Rights, employer's control, privacy expectation, internal regulations, information, proportionality.

Fecha de recepción: 3-5-2016

Fecha de aceptación: 30-5-2016

INTRODUCCIÓN

El 12 de enero de 2016, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (el «TEDH») dictó sentencia en el asunto *Barbulescu v. Rumanía* (la «Sentencia»), en la que resolvía un recurso planteado por el Sr. Bogdan Mihai Barbulescu (el «Empleado»), despedido en el año 2007 de la empresa para la que venía prestando sus servicios desde 2004 (el «Empleador») por un indebido uso personal de las herramientas informáticas puestas a su disposición para fines exclusivamente profesionales.

Antecedentes

El Empleado impugna su despido por vulneración del derecho a la protección de su correspondencia y su vida privada, pues el conocimiento del incum-

plimiento contractual que se le imputa se produce tras la monitorización de sus cuentas de mensajería instantánea por parte del Empleador.

Los tribunales nacionales declaran la procedencia del despido, rechazando las pretensiones del Empleado. Sin embargo, el Empleado invoca bienes jurídicos protegidos distintos en primera instancia (su derecho constitucional a la protección de la correspondencia) y en su posterior apelación (sus derechos al respeto a la vida privada y a su correspondencia reconocidos en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el «CEDH»)). Ello obliga a los tribunales a realizar juicios distintos: (i) el tribunal de primera instancia considera que el Empleador no ha violado el derecho constitucional a la protección de la correspondencia del Empleado en la medida en que el Empleado había sido informado de la prohibición de usar herra-

mientas o medios de la empresa para fines personales; y (ii) el tribunal de apelación considera que la conducta del Empleador ha sido razonable en la medida en que la monitorización de las comunicaciones del Empleado era el único medio posible para verificar si se había producido un incumplimiento disciplinario.

El Empleado, disconforme con el resultado del litigio, recurre ante el TEDH al entender que el Estado de Rumanía, al haber desestimado sus pretensiones en el seno del procedimiento por despido, no le había otorgado suficiente protección a sus derechos amparados por el mencionado artículo 8 del CEDH.

Relevancia del caso

Del análisis que hace la Sentencia de la controversia se extraen importantes reflexiones acerca de cómo deben ponderarse los intereses y derechos en juego en los supuestos de monitorización por parte del empresario de las herramientas (fundamentalmente informáticas) puestas a disposición del trabajador.

Igualmente, es ilustrativo conocer qué cuestiones resultan, a juicio del TEDH, determinantes a la hora de valorar si el acceso a las cuentas de mensajería instantánea es legítimo o si, por el contrario, supone una vulneración de los derechos al respeto a la vida privada (intimidad) y a la correspondencia.

Por último, la Sentencia recoge el voto particular de un magistrado que, desde una perspectiva más conservadora o proteccionista, analiza la proporcionalidad del acceso por el Empleador a las comunicaciones del Empleado.

Hechos

El sentido del fallo de la Sentencia viene condicionado por los elementos fácticos concurrentes en el caso, que son los siguientes:

- (i) El Empleado trabajaba desde el 1 de agosto de 2004 para el Empleador en la posición de encargado de ventas.
- (ii) El Empleado, a petición del Empleador, creó una cuenta profesional de mensajería instantánea para atender las consultas de los clientes. Asimismo, disponía de una cuenta de mensajería instantánea personal.

(iii) El Empleado conocía que el uso personal de las herramientas o medios puestos a su disposición por el Empleador estaba prohibido por la normativa interna (la «*Normativa de uso de medios*»), que indicaba lo siguiente:

«Está estrictamente prohibido alterar el orden y la disciplina dentro de las instalaciones de la empresa y especialmente... usar los ordenadores, fotocopiadoras, teléfonos, máquinas de télex y de fax para fines personales».

(iv) Además, se produjo una comunicación interna de 3 de julio de 2007 que avisaba de que la actividad profesional desempeñada con los medios entregados al Empleado podía ser monitorizada para velar por el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Si bien no se acredita de forma fehaciente que el Empleado la recibiera por escrito (los tribunales internos lo recogen como hecho probado, pero no se aporta al TEDH recibí firmado).

(v) El 13 de julio de 2007, el Empleador informó al Empleado de que las comunicaciones a través de sus cuentas de mensajería instantánea entre los días 5 y 13 de julio de 2007 realizadas en horario de trabajo habían sido monitorizadas y que ello mostraba que estaba usando la red de Internet de la empresa con fines personales y no profesionales, en contravención de la Normativa de uso de medios.

(vi) Dicha monitorización se realizó con la finalidad exclusiva de verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

(vii) El Empleador transcribió en un documento de 45 hojas las comunicaciones del Empleado (la «*Transcripción*») enviadas no solo desde su cuenta profesional de mensajería instantánea, sino también desde su cuenta personal.

(viii) Con carácter previo a efectuar la Transcripción, el Empleado aseguró al Empleador que nunca había utilizado las herramientas de la empresa con fines personales.

(ix) La Transcripción recogía, entre otros, mensajes de carácter personal con su pareja y hermano sobre la vida sexual y salud del Empleado, enviados desde la cuenta profesional de mensajería instantánea, así como mensajes que se dirigían a una cuenta denominada «*Andra loves you*».

(x) El acceso del Empleador a los medios del Empleado se limitó a comunicaciones realizadas

entre los días 5 y 13 de julio de 2007, pero no consta que dicho acceso se acotara de ninguna forma.

(xi) No se acredita la existencia de daño alguno causado al Empleador derivado del uso privado de las herramientas informáticas.

(xii) No se identifica que existiera una sospecha previa de un uso inadecuado de los medios informáticos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El TEDH enjuicia el caso analizando si el Estado de Rumanía y sus tribunales habían cumplido sus obligaciones positivas de proteger los derechos de respeto a la vida privada y a la correspondencia, recogidos en el artículo 8 del CEDH mediante la realización del correspondiente juicio de proporcionalidad entre los mencionados derechos del Empleado y los intereses del Empleador. Dicho artículo 8 establece en su apartado 1 lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

Para efectuar dicho análisis, se toma en consideración:

En primer lugar, la normativa nacional en materia de (i) derechos de protección a la intimidad, vida privada y familiar y a las comunicaciones privadas (artículos 26 y 28 de la Constitución de Rumanía); (ii) derecho laboral, en particular, el derecho del empresario a controlar la actividad de sus trabajadores (artículo 40.d. del Código Laboral vigente); y (iii) derecho a la protección de datos (Ley 667/2001 sobre protección de las personas en relación con el tratamiento y la libre circulación de sus datos personales).

En segundo lugar, la normativa internacional y europea, en particular, (i) el Convenio n.º 108 de protección de datos del Consejo de Europa de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal; (ii) la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; y (iii) los documentos de trabajo del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (órgano consultivo independiente integrado por las Autoridades de protección de datos de todos los Estados miembros, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea).

Aplicación del artículo 8 del CEDH

A la vista de los argumentos de las partes, el TEDH considera que los derechos del Empleado al respeto a su vida privada y a su correspondencia conforme se reconocen en el artículo 8 del CEDH se han visto comprometidos fundamentalmente por los siguientes motivos: (i) por el acceso por el Empleador a las comunicaciones del Empleado intercambiadas a través de sus cuentas mensajería instantánea y (ii) por el uso posterior de las Transcripciones en el marco de los procedimientos ante los tribunales laborales. Por tanto, el TEDH considera que el artículo 8 del CEDH resulta de aplicación al presente caso.

Valoración del TEDH sobre el fondo del asunto

El TEDH analiza si, teniendo en cuenta la existencia de una prohibición general de uso herramientas de la empresa para fines personales (impuesta por el Empleador a través de la Normativa de uso de medios), el Empleado podía tener una expectativa razonable de privacidad en lo que a la monitorización de sus comunicaciones se refiere.

Para ello, el TEDH pondera los intereses y derechos en juego: (i) por un lado, el derecho al respeto a la vida privada y a la correspondencia del Empleado y; (ii) por otro, los intereses empresariales y las facultades de control de la actividad del Empleado, de acuerdo con la normativa laboral interna.

Como resultado de dicha ponderación, el TEDH considera que la monitorización llevada a cabo por el Empleador tuvo un alcance limitado y era proporcionado por no resultar irrazonable que un empleador tenga interés en verificar que sus empleados están cumpliendo con sus obligaciones laborales durante su jornada laboral.

En este caso, el TEDH concede relevancia a varios elementos concurrentes que decantan la balanza a favor del Empleador. En concreto, incide decisivamente en el resultado de la ponderación de derechos: (i) la existencia de la Normativa de uso de medios conocida por el Empleado, en virtud de la cual podía afirmarse que este no tenía una expectativa razonable de privacidad; (ii) que el acceso a la cuenta de mensajería instantánea por parte del Empleador se realizó bajo la creencia de que no iba a interferir en la vida privada del Empleado, pues había afirmado que solo utilizaba la herramienta informática con fines profesionales; y (iii) que el

acceso se produjo con la única finalidad de constatar su incumplimiento laboral.

FALLO DEL TJUE

A la vista de los fundamentos jurídicos anteriores, el TEDH (i) declara, por unanimidad, la admisibilidad del recurso solo en relación con el artículo 8 del CEDH (por tanto, la inadmisibilidad en lo que al resto del recurso se refiere); y (ii) falla, por 6 votos a favor y 1 en contra, que no se ha producido una violación del artículo 8 del CEDH.

La Sentencia también descarta la existencia de una vulneración del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 de la CEDH, al entender que los tribunales nacionales permitieron la existencia de un debate procesal entre las partes en condiciones de igualdad y que resolvieron la controversia de forma motivada.

VOTO PARTICULAR

La Sentencia incluye el voto particular de uno de los miembros del TEDH que considera que el Empleador ha violado el artículo 8 del CEDH mediante el establecimiento de un mecanismo de control que no es proporcionado, si bien (i) no existe una política de uso de Internet que haya sido debidamente implementada en la organización (y, por tanto, cuyo cumplimiento pueda ser exigible); (ii) las comunicaciones del Empleado a las que el Empleador tuvo acceso eran claramente privadas y, además, incluían información de carácter sensible; y (iii) dichas comunicaciones fueron compartidas (en sentido amplio) con terceros sin garantizar su debida confidencialidad.

Resulta de gran interés el análisis pormenorizado que el magistrado disidente realiza en su voto particular respecto de circunstancias relevantes sobre las que TEDH no se pronuncia. A continuación, se resumen los motivos aludidos por dicho magistrado:

(i) Inexistencia de una política de uso de Internet debidamente implementada en la organización:

En este sentido, argumenta que la existencia de la Normativa de uso de medios no es suficiente en la medida en que recoge una mera prohibición general o absoluta del uso de los ordenadores para fines personales. Así, sostiene que

debería referirse expresamente a la existencia de una política sobre control del uso de Internet por los empleados que estuviese debidamente implementada. Asimismo, entiende que la comunicación sobre monitorización de 3 de julio de 2007 es insuficiente, ya que no define la naturaleza, alcance y efectos del control implementado ni los medios de control que serán utilizados o los derechos de los empleados respecto de los materiales objeto de control. En línea con anteriores pronunciamientos del TEDH, el magistrado insiste en la necesidad de que las políticas de control sobre empleados establezcan reglas claras y transparentes sobre los usos permitidos, los controles que podrán llevarse a cabo y su periodicidad o las medidas técnicas que serán implementadas a tales efectos. De alguna forma, evoca los principios de necesidad y proporcionalidad que deberían estar intrínsecamente vinculados al establecimiento de controles sobre los empleados de estas características.

(ii) Carácter sensible de las comunicaciones del Empleado:

El magistrado considera desproporcionado que el Empleador accediese a la cuenta personal de mensajería instantánea del Empleado y, en particular, transcribiese mensajes que, claramente, revestían carácter privado (por ejemplo, aquellos que se dirigían a una cuenta llamada «Andra loves you»).

(iii) Divulgación (en sentido amplio) de las comunicaciones a terceros:

Por último, el magistrado añade que la injerencia del Empleador no era necesaria y, además, causó efectos sociales adversos al no haber adoptado las medidas de precaución necesarias para garantizar la confidencialidad de los mensajes que contenían información sensible (entre otra, información sobre la vida sexual del Empleado). Estos mensajes debían haberse circunscrito al ámbito del procedimiento disciplinario y, por el contrario, fueron compartidos y comentados con otros empleados de la organización. Esto supone, según el magistrado disidente, que el alcance del control del Empleador fue más allá de lo estrictamente necesario.

Asimismo, sostiene que en la ponderación de derechos y en la proporcionalidad del despido se debería haber tenido en cuenta que la conducta del Empleado no causó daño alguno al Empleador y

que la conducta incumplidora del Empleado no se produjo de forma reiterada o habitual.

RECURSO

Por último, cabe advertir que la Sentencia fue recurrida ante la Gran Sala del TEDH, que celebrará una vista el 30 de noviembre de 2016.

CONCLUSIONES

El pronunciamiento del TEDH descarta que los derechos al respeto a la vida privada y a la correspondencia tengan un carácter absoluto y reconoce que dichos derechos pueden ceder frente a otros, como el derecho al control de la actividad laboral (incluido el uso de recursos por el empleado) por parte de un empleador, siempre y cuando se adopten determinadas cautelas y garantías.

En este sentido, el TEDH recuerda que resulta fundamental acreditar la inexistencia de una expectativa de privacidad en las comunicaciones, como en el caso enjuiciado, en el que el Empleado era conocedor de que las herramientas informáticas del Empleador puestas a su disposición eran de uso exclusivamente profesional.

Cabe señalar que los fundamentos jurídicos de la Sentencia coinciden en parte con los recientes planteamientos de nuestro Tribunal Constitucional recogidos en sentencia num. 170/2013, de 7 de octubre, y se alejan de pronunciamientos jurisprudenciales más conservadores, como el que contiene el voto particular de esta Sentencia, que restringen las facultades de control del empresario y exigen mayores cautelas para acceder legítimamente a las herramientas informáticas puestas a disposición del empleado.

REYES BERMEJO BOSCH Y SANTIAGO BOTELLA VIVÓ*

* Abogados de las Áreas de Derecho Mercantil y Laboral, respectivamente, de Uría Menéndez (Valencia).