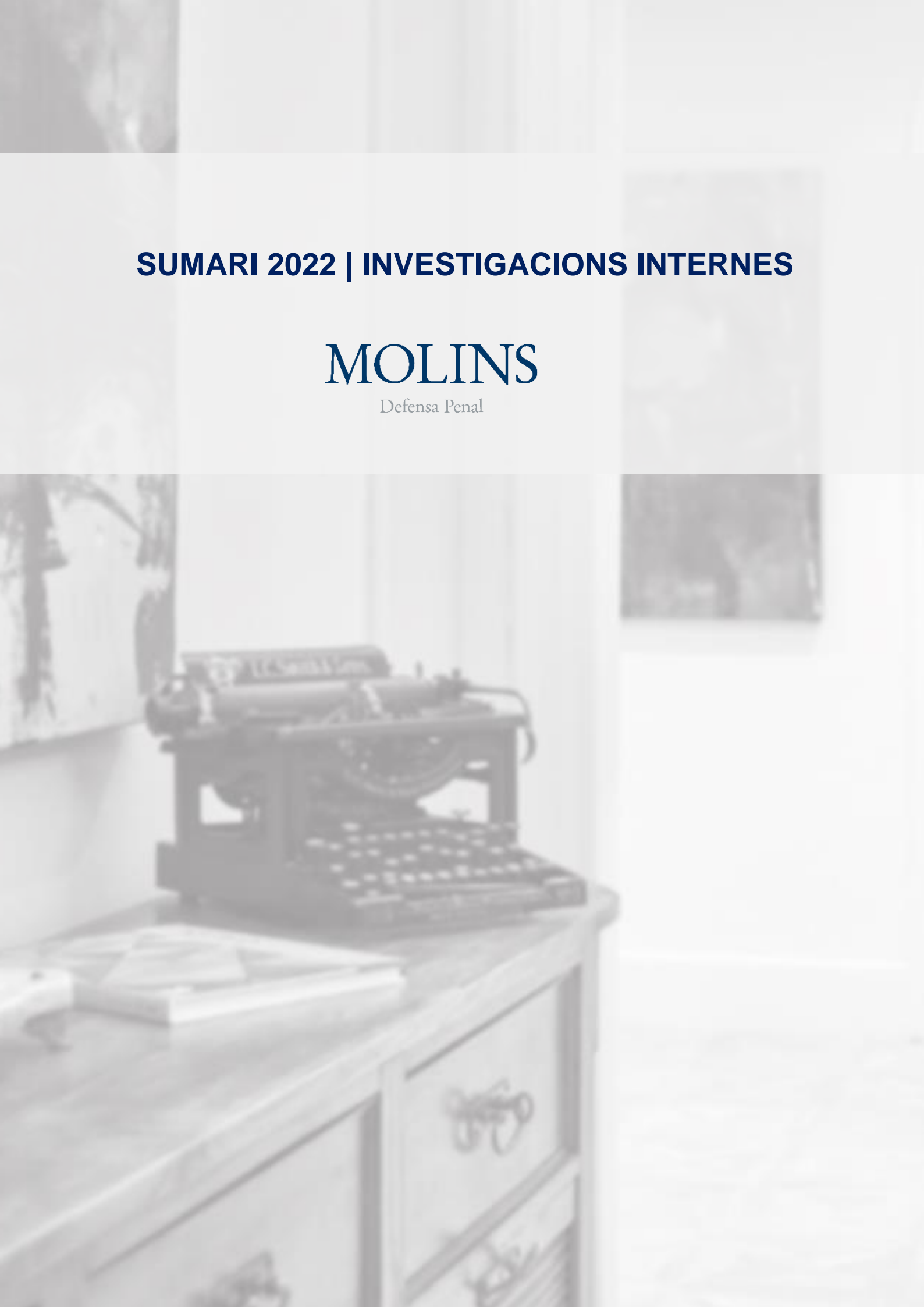


SUMARI 2022 | INVESTIGACIONES INTERNES

MOLINS

Defensa Penal



ÍNDICE

INTRODUCCIÓ	3
1. COMUNITAT INTERNACIONAL	5
International Organization for Standardization	5
U.S. Securities and Exchange Commission	5
□ Sanciones millonarias de la SEC por el uso sistemático de canales de comunicación informales con fines profesionales (<i>Whatsapp</i> , p.e.)	5
2. EUROPA	6
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	6
Comissió Europea: clàusules tipus en matèria de transferència internacional de dades	8
Comitè Europeu de Protecció de Dades: neix el primer sistema de certificació sota el RGPD aprovat pel CEPD.	8
Estats membres amb la Directiva (UE) 2019/1937 transposada	9
3. ESPANYA	12
Legislació	12
Jurisprudència	14
Sentència del Tribunal Constitucional (Ple) n.º 119/2022, de 29 de setembre, p. Narváez Rodríguez.	14
Sentència del Tribunal Constitucional n.º 42/2022, cas OMNIUM CULTURAL15	
<i>Temàtica:</i> sancions per transmissió internacional de dades personals.	15
Sentència del Tribunal Suprem (Ple de la Sala de lo social) n.º 692/2022, de 22 de juliol, p. García-Perrote Escartín.	16
Sentència del Tribunal Suprem (Sala de lo penal) n.º 132/2022, de 24 de gener, p. Hernández García	17
Sentència del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 671/2022, de 23 de setembre, p. Moreno González-Aller:	18
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya n.º 5693/2022, de 28 de octubre, p. Bono Romera:	19

INTRODUCCIÓ

Excepte als EUA, **la conducció de recerques empresarials internes no és una pràctica assentada ni recurrent en la major part de sistemes jurídics del món.** La seva rellevància en l'escena jurídic-econòmica sol estar al deixant de l'existència i del grau d'implantació dels règims de responsabilitat penal de les persones jurídiques dels corresponents països. Sent la persecució penal de les empreses i altres organitzacions una tendència polític-criminal nova també en el pla internacional, no és d'estranyar que la proliferació d'aquesta mena d'indagacions encara estigui en les albors.

Amb tot, l'any 2022 ha donat alguns fruits rellevants en aquest procés de maduració. En el pla internacional resulta destacable el projecte de Guia per a la conducció de recerques internes desenvolupada per la *International Organization for Standardization (projecte d'ISO/DTS 37008)*.

A Europa, l'any passat ha vingut marcat per la finalització del termini concedit als Estats membres de la Unió Europea per a implementar la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 d'octubre, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del Dret de la Unió. Els Estats tenien fins al 17 de desembre de 2021 per a aprovar la normativa de transposició. El mandat europeu consisteix a imposar el deure d'establir canals de denúncia interna i sistemes de protecció del delator (*whistleblower*) enfront de possibles represàlies a les entitats del sector públic i a les del sector privat amb més de 250 treballadors. Les entitats més petites, de menys de 250 treballadors, però amb més de 50, també estan en el punt de mira, però respecte d'elles el termini d'implementació s'estén fins al 17 de desembre d'aquest any 2023.

Avui dia el termini no ha estat observat per un nombre important d'Estats, entre els quals es compten Alemanya, Itàlia, Àustria, Polònia i Espanya. Entre els quals poden presumir de més puntualitat estan França i Portugal.

Del vell continent també cal destacar la finalització del termini per adaptar-se a la Decisió de la Comissió sobre clàusules tipus en matèria de transferència internacional de dades, qüestió sensible en qualsevol investigació transfronterera, això com el primer sistema de certificació aprovat pel Comitè Europeu de Protecció de Dades respecte de les mesures exigides pel RGPD. A nivell jurisdiccional cal mencionar la Sentència del Ple del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, sobre l'abast del deure de secret professional dels advocats, arran de les obligacions de comunicació d'operacions fiscals de risc a les autoritats competents imposades per la DAC 6 (Directiva dirigida a la prevenció del frau fiscal). La preservació dels resultats de les investigacions davant del

requeriment o requisició per part de les autoritats públiques depèn, entre altres coses, de l'abast atorgat al deure de secret professional, de manera que la postura adoptada pel Ple del TJUE sobre aquest deure/dret, encara que sigui en altres àmbits, es necessàriament d'interès.

Pel que fa a Espanya, a part de l'aprovació del projecte de Llei de protecció dels informants, destaquen diverses sentències dels nostres Tribunals en matèria de validesa de les fonts de prova obtingudes mitjançant sistemes d'enregistrament de la imatge i/o de la veu, o mitjançant registres d'aparells informàtics i/o de telecomunicació. Entre elles es troba una sentència dictada pel Ple del Tribunal Constitucional, que es va dividir en dos blocs oposats arran de la problemàtica jutjada: abast del deure d'informar de manera específica als treballadors de l'existència d'un sistema de vídeo-vigilància. La fallada compta amb cinc vots particulars dels onze emesos. També està una sentència del Ple de la Sala social del Tribunal Suprem, sobre la mateixa problemàtica. En aquest cas la decisió es va dictar per unanimitat. Que en un sol any recaiguin dues resolucions de plens i una amb el vot particular de la meitat menys un dels integrants del Tribunal és mostra que la qüestió tractada és tan rellevant com controvertida.

Amb l'esperable aprovació de les normatives nacionals en matèria de protecció dels denunciants (*whistleblowers*) dels estats membres que encara no han transposat la Directiva 2019/1937, inclosa Espanya, i amb la probable publicació de l'ISO 37008, sobre conducció de recerques internes, cal avançar que l'any 2023 es donaran fermes i importants passos cap endavant en la progressiva normalització de les recerques empresarials internes. Estem expectants.

A Barcelona, a 6 de febrer de 2023.

Equip d'Investigacions Internes

Molins Defensa Penal

1. COMUNITAT INTERNACIONAL

Del passat any 2022, en el pla internacional, destaquen el projecte de guia sobre recerques internes de la *International Organization for Standardization* i la sanció milionària imposada per la SEC a 16 empreses d'inversió en la borsa de *Wall Street* per l'ús sistemàtic d'aplicacions de missatgeria informals (*Whatsapp*, p.e.) per a fins professionals.

International Organization for Standardization

- Projecte d'ISO 37008 – Guia per a la conducció de recerques internes.

El projecte d'[ISO/DTS 37008](#), actualment en fase de desenvolupament, consisteix en una guia sobre la conducció de recerques internes dirigida a qualsevol tipus d'organització, sigui del sector públic, privat o de beneficència (ONGs, fundacions, associacions, etc.).

El seu objectiu és proporcionar orientació a les entitats per a identificar millor quines ha ocorregut, per què ha ocorregut (causa arrel), així com per a decidir qui hauria de dur a terme la recerca, com hauria de dur-la a terme, quines mesures correctores adoptar, quines i com denunciar i com prevenir eventuais represàlies.

El projecte de guia es troba en un estadi avançat del procés de tramitació. Ha superat les fases de proposta, preparació i estudi del projecte en comitè, així com el període de consultes. Actualment es troba en fase d'aprovació. Una vegada convalidat el següent pas serà la seva publicació ¹.

U.S. Securities and Exchange Commission

- Sanciones millonarias de la SEC por el uso sistemático de canales de comunicación informales con fines profesionales (*Whatsapp*, p.e.).

La normativa dels EUA reguladora dels mercats financers obliga a les entitats d'inversió autoritzades per a operar en la borsa de *Wall Street* a registrar i conservar totes les

¹ Es pot veure el detall del procediment a https://www.iso.org/stage-codes.html#50_00.

comunicacions mantingudes pels seus empleats en el marc de la seva activitat professional.

Després de la corresponent indagació, l'autoritat dels mercats financers estatunidenc, l'*U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC), va arribar a la conclusió que els empleats de setze d'aquestes empreses, entre els quals s'inclouïen alts directius, havien estat usant de manera sistemàtica aplicacions de missatgeria informals (*Whatsapp*, p.e.) respecte de les quals les respectives empreses no guardaven el degut registre de comunicacions ni efectuaven la supervisió exigida.

Setze entitats van acceptar els fets imputats i van arribar a un acord amb el regulador. Entre elles estan BARCLAYS CAPITAL INC., MERRILL LYNCH, CITIGROUP GLOBAL MARKETS INC., CREDIT SUISSE SECURITIES (USA) LLC, DEUTSCHE BANK SECURITIES INC., GOLDMAN SACHS & CO. LLC, MORGAN STANLEY & CO. LLC i UBS SECURITIES LLC. La multa imposada a cadascuna de les esmentades ascendeix a **125 milions de dòlars**. L'acord aconseguit inclou el monitoratge del procés d'adequació a la normativa financera.

2. EUROPA

Tribunal de Justícia de la Unió Europea

Pocs dies abans que finalitzés l'any 2022 es va publicar la Sentència del Ple del Tribunal de Justícia de la Unió Europea en l'assumpte C-694/20, l'objecte del qual era una qüestió prejudicial sobre la compatibilitat amb el dret a la vida privada (art. 7 de la Carta de Drets Fonamentals de la UE) de les obligacions de comunicació d'informació a tercers imposades als advocats per la Directiva *DAC 6.

En el marc de les polítiques i mesures de prevenció del frau fiscal adoptades per les institucions de la Unió, l'any 2018 es va aprovar la Directiva (UE) 2018/822, també coneguda com DAC 6, en la qual s'obliga els Estats membres a establir determinats deures de comunicació als advocats que, d'alguna manera, intervinguin en el disseny, comercialització, organització, posada a disposició per a la seva execució o gestió de l'execució d'un mecanisme transfronterer de planificació fiscal potencialment agressiu, subjecte a comunicació d'acord amb la normativa DAC.

Si bé la normativa DAC exigeix als intermediaris subjectes al deure de secret professional de l'obligació d'informar les autoritats públiques competents, en l'art. 8 bis ter de la DAC 6 s'obliga els Estats membres a imposar a tals intermediaris, entre els quals es compten els advocats, el deure d'informar els altres intermediaris que participin en la configuració o execució del mecanisme de planificació fiscal potencialment agressiu que, a causa del seu deure de secret professional, no compliran amb l'obligació de comunicació prevista en la DAC.

Com posa de manifest el Tribunal, aquest deure implica una doble ingerència en el dret al secret de les comunicacions entre advocat i client, contingut en el dret a la vida privada previst en l'art. 7 de la CDFUE. En primer lloc, el dret es veu afectat pel fet que l'advocat hagi de comunicar a un tercer l'existència de la consulta o assessorament prestat al client, la seva valoració que la mateixa fa referència a un mecanisme de planificació fiscal potencialment agressiu, així com la seva identitat. La segona ingerència, indirecta, consisteix en la comunicació que l'intermediari està obligat a realitzar a les autoritats tributàries sobre la identitat de l'advocat que ha informat del seu dispensa, així com de l'existència de la consulta del client.

Apreciada l'existència d'aquesta doble ingerència en el dret fonamental, el Ple del TJUE examina si l'afectació està justificada. En aplicació del test de proporcionalitat conclou que, si bé la mesura és idònia per a maximitzar la prevenció del frau fiscal (fi legítimament perseguida), és innecessària per a garantir que les administracions tributàries tinguin coneixement de l'existència d'un mecanisme transfronterer de planificació fiscal potencialment agressiva. Perquè tant els altres intermediaris com el client, quan no existeixin intermediaris obligats a informar, tenen el deure de comunicar l'existència del mecanisme a les autoritats. Per tant, el deure impost als advocats en virtut de la DAC 6 no és imprescindible perquè les administracions tributàries puguin tenir coneixement del mecanisme.

La Sentència resol una qüestió prejudicial plantejada pel Tribunal Constitucional belga en relació amb la seva normativa de transposició de la DAC 6. A Espanya la normativa de transposició, integrada per la Llei 10/2020, de 29 de desembre, el Reial decret 243/2021, de 6 d'abril, i l'Ordre HAC/342/2021, de 12 d'abril, es troben recorregudes davant el Tribunal Suprem i l'Audiència Nacional per part de l'Associació Espanyola d'Assessors Fiscals. Igual que a Bèlgica, la citada normativa espanyola imposava als advocats els deures de comunicació comentats sota amenaça de sancions pecuniàries,

en fidel compliment del manat pel legislador europeu. A la llum de la Sentència del Ple del TJUE cal esperar que aquest deure serà derogat.

La resolució resulta important en matèria de recerques internes en la mesura en què és un reflex de la posició del Ple del Tribunal de Justícia de la Unió Europea en relació amb l'abast del deure de secret de les comunicacions entre l'advocat i el seu client. És aquesta una qüestió especialment delicada en l'àmbit de les recerques internes, en el qual a la llum de la praxi estatunidenca i de la coneguda Sentència del Tribunal Constitucional alemany de 2018 plana el temor que les autoritats públiques competents puguin requerir o confiscar els resultats d'una recerca interna.

Comissió Europea: clàusules tipus en matèria de transferència internacional de dades

El passat 27 de desembre de 2022 va finalitzar el període transitori per a modificar les clàusules contractuals tipus en matèria de transferència internacional de dades personals.

Actualment han d'emprar-se les clàusules tipus previstes en la **Decisió de la Comissió Europea 2021/914**, sota risc d'incórrer en sancions per incompliment de la normativa de protecció de dades continguda o derivada del Reglament General de Protecció de Dades.

Comitè Europeu de Protecció de Dades: neix el primer sistema de certificació sota el RGPD aprovat pel CEPD.

L'autoritat competent en matèria de protecció de dades a Luxemburg, la *Commission nationale pour la protection donis données* (CNPD), ha desenvolupat el [primer sistema de certificació](#) sota el Reglament General de Protecció de Dades (RGPD) aprovat pel [Comitè Europeu de Protecció de Dades](#) (CEPD — EDPB, en anglès).

El CEPD és un organisme europeu independent que contribueix a l'aplicació coherent de les normes de protecció de dades en tota la Unió Europea i promou la cooperació entre les autoritats nacionals competents d'aquesta matèria a la UE.

El sistema de certificació desenvolupat per l'autoritat luxemburguesa, denominat GDPR-CARPA, es basa en un informe ISAE 3000 Tipus 2, el qual permet emetre una opinió sobre la correcta implementació del mecanisme de control amb l'assumpció de responsabilitats formals per part de l'auditor.

Atès que és un sistema desenvolupat i aplicat per l'autoritat de protecció de dades de Luxemburg tan sols poden optar a aquesta certificació les entitats que operin en aquest país. No obstant això, constitueix un referent per a les autoritats nacionals de la resta d'estats membres de la Unió Europea, que de bé segur seguiran els passos de la seva homòloga luxemburguesa

Estats membres amb la Directiva (UE) 2019/1937 transposada

Fins avui setze (16) estats membres han aprovat ja la normativa nacional de transposició de la Directiva reguladora del *Whistleblowing*, deu (10) han iniciat els tràmits legislatius, sense haver arribat a aprovar la norma d'implementació i un (1) encara no ha iniciat el procés de tramitació legislativa (Hongria) .

Entre els Estats impuntuals es compten Àustria, Polònia, Itàlia, Alemanya i Espanya. En la llista dels més disciplinats figuren, entre altres, Dinamarca, Finlàndia, Suècia, Bèlgica, Grècia, Irlanda, Holanda, França i Portugal.

La Directiva obliga els Estats membres a aprovar les disposicions normatives nacionals que siguin necessàries per a imposar a les entitats del sector públic i a les del sector privat amb més de 50 treballadors el deure d'establir canals interns de denúncia, així com adoptar mesures per a protegir els delators enfront de represàlies, en relació amb determinades infraccions del Dret de la Unió. Això sense perjudici que els Estats membres puguin estendre tals deures a denúncies sobre infraccions de Dret intern, internacional o d'un altre àmbit.

El legislador europeu obliga al fet que els canals interns de denúncia i les mesures de protecció no sols estiguin disponibles per als empleats de les entitats afectades, sinó també per a ex emprats, persones de l'entorn de l'informant o periodistes.

Un aspecte molt important de la Directiva és que obliga a conferir protecció als delators independentment que la seva primera comunicació no hagi estat a través del canal intern de l'entitat afectada. El legislador europeu exigeix que l'informant pugui triar entre el sistema de denúncia intern o l'extern, consistent en els canals habilitats per l'autoritat

pública competent. La comunicació pública (a través de mitjans de comunicació) també ha de ser possible en primera instància, però en aquest cas han de complir-se determinades condicions: o bé haver tractat d'esgotar els canals intern o institucional, o bé que existeixi un interès públic apressant (art. 15).

Finalment, s'ordena als Estats membres a imposar sancions efectives, proporcionades i dissuasives a les persones físiques o jurídiques que: I) dificultin la interposició de denúncies; II) prenguin represàlies contra els denunciants; III) no preservin la confidencialitat del denunciant (art. 23).

En el que segueix es fa un breu esment als aspectes més destacables de dos dels Estats membres que ja han complert amb el deure de transposició. Per raons de proximitat geogràfica i comercial s'ha parat esment al règim aprovat a França i a Portugal.

➤ França:

Aprovada el 21 de març de 2022, la Loi núm. 2022-401, dirigida a millorar la protecció dels alertadors, també coneguda com a “Llei Wasserman”, va entrar en vigor el passat 1 de setembre per a totes les entitats, públiques o privades, amb més de 50 empleats.

França ja comptava amb un règim de protecció dels delators abans de l'aprovació de la Directiva (UE) 2019/1937. Es tracta de les previsions contingudes en la “Llei Sapin II” (Loi núm. 2016-1691).

La nova Llei de 2022 ha reformat en aspectes substancials el règim previst en la “Llei Sapin II”, en la qual el legislador francès adoptava una posició més equilibrada entre els interessos del denunciant, els de la generalitat i els del denunciat. Per a complir amb les exigències de la Directiva (UE) 2019/1937 cal un model més centrat en els interessos de l'informant i els de la comunitat. En aquest sentit, la Loi núm. 2022-401 ha derogat l'anterior protocol de tres passos que havia de seguir el denunciant: 1) primer recórrer al sistema de denúncia interna de l'entitat; 2) Després, en el cas que la denúncia interna no es tramités adequadament, recórrer al sistema de denúncia institucional externa; 3) com a últim recurs, procedir a la difusió pública del fet. Ara, després de la reforma, el delator pot triar lliurement entre el sistema de denúncia interna o l'institucional extern. La difusió pública és també una opció, però subjecta a majors condicions. Tot això d'acord amb el que es preveu en la Directiva.

Quant al tipus d'infraccions denunciades, el legislador francès ha ampliat l'objecte de les denúncies a: I) qualsevol delictes o falta; II) amenaces o danys a l'interès general; violacions o intents d'ocultar violacions de compromisos internacionals ratificats o aprovats per França, o actes unilaterals d'una organització internacional basats en tals compromisos; IV) violacions de la Llei o de la normativa de la Unió Europea.

Resulten també interessants els incentius previstos a favor dels informants. Se'ls eximeix de responsabilitat penal respecte de les apropiacions indegudes, sostraccions o ocultacions de documents relacionats amb l'objecte de la denúncia als quals hagin accedit de manera legítima. També se'ls exonera de la responsabilitat civil pels danys o perjudicis que pugui haver causat la denúncia presentada de bona fe.

En matèria de sancions el legislador francès ha previst una multa civil de 60.000 € per les actuacions dilatòries o abusives de les entitats afectades, dirigides a dificultar o a ocultar la denúncia. Els qui discriminin o prenguin represàlies contra l'alertador poden ser condemnats a 3 anys de presó i multa de 45.000 €.

➤ Portugal:

Al país lusità la Directiva (UE) reguladora del *Whistleblowing* va ser transposada a través de la Lei núm. 93/2021, sobre el règim general de protecció dels denunciants d'infraccions. Va entrar en vigor el passat 18 de juny de 2022.

A Portugal ja existien un bon nombre de normes sectorials que imposaven a determinades empreses i entitats el deure de comptar amb canals de denúncia interna i altres mesures previstes en la Directiva. La Lei núm. 92/2021 no deroga tals règims específics, sinó que actua com a norma general subsidiària.

Des de juny de 2022 totes les entitats del sector públic o privat amb més de 50 empleats, així com els municipis amb més de 10.000 habitants, han de comptar amb canals interns de denúncia.

Del règim lusità destaca la prioritització dels canals de denúncia disponibles per a l'informant. El legislador portuguès condiona les mesures de protecció al fet que el delator hagi seguit el següent ordre: 1) primer recórrer al canal intern de denúncies; 2) en segon lloc recórrer als canals institucionals externs, si a nivell intern no s'ha rebut una resposta adequada; 3) en última instància es permet difondre públicament els fets.

En matèria de sancions es distingeix entre faltes molt greus i greus, així com entre les infraccions comeses per persones jurídiques i les atribuïbles a persones físiques:

<p>Faltas muy graves</p> <p><i>Exemples:</i> impedir la presentació o seguiment d'una denúncia; represàlies; vulneració del deure de confidencialitat.</p>	<p>Persones físiques: 1.000 € a 25.000 €</p> <p>Persones jurídiques: 10.000 € a 250.000 €</p>
<p>Faltes greus</p> <p><i>Exemples:</i> no establir canals de denúncia interna; incomplir amb les garanties dels canals (independència, imparcialitat).</p>	<p>Persones físiques: 500 € a 12.500 €</p> <p>Persones jurídiques: 1000 € a 25.000 €</p>

3. ESPANYA

Legislació

El passat 23 de setembre de 2022 va ser publicat el **Projecte de Llei regulador de la protecció de les persones que informen sobre infraccions normatives i de lluita contra la corrupció** per la que es transposa la Directiva (UE) 2019/1937 reguladora del *Whistleblowing*.

El projecte de Llei espanyol amplia l'àmbit d'aplicació de la Directiva. Les infraccions que poden comunicar-se a través dels canals de denúncia prevists per la norma projectada i que donen dret a les mesures de protecció en ella previstes són les que segueixen:

- Infraccions del Dret de la Unió Europea previstes en la Directiva 2019/1937, infraccions que afectin els interessos financers de la UE, així com infraccions que incideixin en el mercat interior.
- Infraccions penals
- Infraccions administratives greus o molt greus.

En l'àmbit subjectiu, els canals d'informació interns passen a ser obligatoris per a les **empreses privades** que comptin amb **més de 50 treballadors**. S'inclouen els partits polítics, sindicats i organitzacions empresarials, així com les fundacions creades per aquests, sempre que rebin o gestionin fons públics.

Així mateix, s'estén l'obligació a totes les entitats del **sector públic**, excepte els municipis de menys de 10.000 habitants o amb menys de 50 treballadors.

El Projecte de Llei exigeix a les empreses permetre les **comunicacions anònimes** (art. 7.3). Les denúncies a través dels canals institucionals externs també poden ser de caràcter anònim (art. 17.1)

En el projecte s'indica expressament que el **canal intern** serà el preferent (art. 4.1). No obstant això, en el capítol regulador dels **canals externs** s'estableix que l'informant pot recórrer a ell després d'esgotar la via interna o directament. Tret que l'esment al caràcter preferent del canal intern sigui una mera declaració d'intencions sense efectes normatius vinculants, estem davant una evident contradicció interna que hauria de resoldre's durant la tramitació legislativa del projecte, perquè afecta un aspecte fonamental del fenomen de la delació. La Directiva sembla exigir llibertat d'elecció entre el canal intern i l'institucional extern, tal com preveu la regulació francesa, però és cert que països com Portugal estableixen una prioritització a favor del sistema intern. Veurem si la compatibilitat d'aquest segon model amb la Directiva es veu qüestionada davant el TJUE en el futur pròxim.

S'estableix un **règim sancionador** que, en el seu article 63, classifica les infraccions en "molt greus", "greus" o "lleus". Convé advertir que els **subjectes responsables** poden ser tant les entitats (persones jurídiques) com les persones físiques que les integren, fins i tot després de finalitzada la relació laboral o contractual amb l'empresa afectada (art. 62.3).

Exemple d'infracció molt greu és l'incompliment de l'obligació de disposar d'un sistema intern d'informació, podent ser objecte de sanció amb una multa que oscil·li entre 600.001 i **1.000.000 euros** per a les persones jurídiques i entre 30.001 i **300.000 euros** per a les persones físiques. En comparació amb els règims sancionadors de França i Portugal el projecte de Llei espanyol és, sens dubte, moltíssim més sever (vegeu comentari *supra*).

Jurisprudència

Sentència del **Tribunal Constitucional (Ple)** n.º 119/2022, de 29 de setembre, p. Narváez Rodríguez.

Temàtica: validesa probatòria d'imatges captades per sistema de video-vigilància.

El Ple del Tribunal Constitucional va conèixer la demanda d'empara interposada per un empresari al qual se li va inadmetre com a font de prova vàlida en un procés laboral per acomiadament disciplinari l'enregistrament obtingut pel seu sistema de vídeo-vigilància sobre una determinada actuació de l'empleat acomiadat.

En les imatges es posava de manifest que el treballador s'apropiava de béns de l'empresa i posteriorment els alienava a tercers quedant-se amb els diners. La inadmissió de la prova va comportar la declaració de l'acomiadament com a improcedent, per descansar la base probatòria sobre les imatges de vídeo.

La raó de la inadmissió esgrimida pel Tribunal Superior de Justícia del País Basc va ser que l'empresari no havia complert amb el seu deure «d'informar amb caràcter previ, i de manera expressa, clara i concisa» als treballadors de l'existència del sistema de vídeo-vigilància i del seu ús amb la finalitat de controlar el seu acompliment laboral, deure previst per l'art. 89.1 de la Llei orgànica de Protecció de Dades (LOPD, d'ara endavant).

L'ocupador sí havia complert amb el deure general d'informar de l'existència de cambres mitjançant el cartell visible homologat per l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (vinya. art. 22.4 LOPD i Instrucció núm. 1/2006 de l'AEPD). Per això l'empresari va invocar l'excepció prevista pel segon paràgraf de l'art. 89.1 LOPD: «[e]n el supòsit que s'hagi captat la comissió flagrant d'un acte il·lícit pels treballadors o els empleats públics s'entendrà complert el deure d'informar quan existís almenys el dispositiu al qual es refereix l'article 22.4 d'aquesta llei orgànica».

No obstant això, el TSJ del País Basc va desestimar la seva aplicació perquè era la segona vegada que el demandant d'empara recorria al seu sistema de vídeo-vigilància per a acomiadar a un empleat. Cinc anys abans ja havia recorregut a ell en un cas similar. El Tribunal va entendre la falta de regularització de la situació en relació amb el deure d'informar de manera específica als treballadors com «una interpretació unilateral de la facultat excepcional, atribuïnt-se mitjans i facultats que l'Ordenament Jurídic sol ha previst de manera excepcional i que de cap manera serveixen per a ometre els deures que enfront dels drets fonamentals competeixen a l'empresa».

El Ple del Tribunal Constitucional va estimar la demanda d'empara de l'empresari, anul·lant la Sentència del TSJ del País Basc, per entendre que l'excepció del paràgraf segon de l'art. 89.1 LOPD era aplicable, malgrat els antecedents de l'empresari. El rellevant, segons la majoria del Ple, és que l'empleat hagi incorregut en una conducta il·lícita i que el sistema li hagi captat in fraganti. Que l'empresari hagi tingut necessitat de recórrer al sistema de vídeo-vigilància en ocasions prèvies no afecta en absolut als dos únics criteris rellevants: a) que el treballador hagi comès un fet il·lícit, i b) que les cambres l'hagin captat en plena execució (flagrància).

Aquesta sentència compta amb el vot particular de 5 dels 11 magistrats que integraven el Ple en el moment en què va ser dictada. Entre ells estan l'actual President, l'Excm. Sr. Conde-Pumpido, l'actual Vice-Presidenta, l'Excma. Sra. Montalbán, així com el Excm. Sr. Sáez i l'Excma. Sra. Balaguer. En la seva opinió, la majoria estaria «posant en un mateix nivell valoratiu la regla general i l'excepció». Si d'ells depèn: «[n]o bastarà que es verifiqui que concorre una situació de flagrància en la captació de la imatge i la presència en el lloc de treball dels cartells anunciadors de l'existència del sistema per a legitimar, des de la perspectiva de l'art. 18.4 CE, l'ús d'aquesta imatge amb finalitats disciplinàries. Caldrà, a més, en atenció a la naturalesa essencial i principal del deure específic d'informació als treballadors com a garantia del dret fonamental, que es donin complertes raons per part de l'ocupador respecte del seu incompliment».

Havent canviat substancialment la composició del Ple no cal descartar que la postura minoritària en la data d'aquesta resolució s'imposi en un futur, en una sentència sobre un assumpte nou similar.

Sentència del **Tribunal Constitucional** n.º 42/2022, cas OMNIUM CULTURAL
Temàtica: sancions per transmissió internacional de dades personals.

En aquesta resolució el Tribunal Constitucional desestima el recurs d'empara interposada per ÒMNIUM CULTURAL contra la Sentència de la Sala contenciós-administrativa de l'Audiència Nacional, en la qual es confirma la sanció per import de **90.000 €** imposada per l'Agència Espanyola de Protecció de Dades contra l'entitat.

Al juliol de 2014 l'associació ÒMNIUM CULTURAL va signar un contracte amb la mercantil BLUE STATE DIGITAL, Inc. (BSD), perquè aquesta empresa, en qualitat de

responsable del fitxer, emmagatzemés un arxiu de l'entitat amb nombroses dades personals en els seus servidors situats als EUA.

En el moment de subscripció del contracte la transferència internacional de dades estava emparada per la Decisió de la Comissió 2000/520/CE, segons la qual els EUA eren considerats un “port segur” (*safe harbour*) per a allotjar dades personals de ciutadans europeus.

No obstant això, en la seva Sentència de 6/10/2015, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea va invalidar la Decisió de la Comissió esmentada pel que fa a la consideració dels EUA com a port segur en matèria de protecció de dades.

Si bé ÒMNIUM CULTURAL va tractar de rescindir el contracte amb BSD durant els mesos posteriors a la publicació de la Sentència del TJUE, fent-se efectiva l'extinció del contracte i l'eliminació del fitxer al setembre de 2016, l'AEPD li va imposar una sanció de 90.000 € per haver incomplert la prohibició prevista en l'art. 33 LOPD (versió de 1999, vigent en el moment dels fets).

L'Agència havia rebut la denúncia de dos particulars a l'abril de 2016 i, després d'iniciar expedient sancionador contra ÒMNIUM, van detectar que l'entitat no havia marcat el camp relatiu a transferències internacionals de dades en el Registre General de Protecció de Dades, a pesar que en el seu moment havien inscrit l'arxiu en qüestió. Així mateix, l'Agència va retreure a l'entitat que no l'informés de l'existència d'un fitxer als EUA després de la publicació de la Sentència del TJUE, malgrat que el 19/10/2015 l'AEPD va publicar en la seva pàgina web un comunicat informant dels efectes de la sentència.

La sanció imposada a ÒMNIUM va ser la segona aplicada per l'AEPD per un incompliment en matèria de transferència internacional de dades.

Sentència del **Tribunal Suprem (Ple de la Sala de lo social)** n.º 692/2022, de 22 de juliol, p. García-Perrote Escartín.

Temàtica: validesa probatòria d'una càmera oculta instal·lada per la empleadora.

En aquesta sentència el Ple de la Sala social del Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per una ocupadora de la llar a la qual el Tribunal Superior de Justícia

d'Astúries havia inadmes com a prova vàlida les imatges captades per la cambra oculta instal·lada en el seu domicili, amb la consegüent improcedència de l'acomiadament de la seva treballadora domèstica.

A la propietària de l'habitatge li havien sostret 30.000 € en metàl·lic, una caixa amb joies i altres objectes de valor situats en l'armari de la seva habitació i altres estades de la casa. Després de l'incident va instal·lar una cambra oculta davant de l'armari on tenia la caixa forta. Setmanes més tard, revisant les imatges captades, va comprovar que la seva empleada de la llar havia intentat forçar la caixa forta.

L'ocupadora de la llar, que tenia a diverses persones que l'ajudaven per ser tetraplègica, no va informar els seus empleats de manera específica sobre la (possible) existència de cambres. Tampoc va instal·lar el cartell homologat per l'AEPD (vinya. art. 22.4 LOPD i Instrucció núm. 1/2006 de l'AEPD).

La Sala quarta va entendre que, en aquest cas particular, la mesura era proporcionada, per la qual cosa no considera vulnerat el dret fonamental a la protecció de les dades personals de l'empleada (art. 18.4 CE). Entre els múltiples arguments emprats per a fonamentar la seva decisió destaca un. Segons la Sala s'ha de distingir entre sistemes de vídeo-vigilància permanents i puntuals. En els primers el compliment del deure genèric d'informar amb el cartell homologat (art. 22.4 LOPD) és pràcticament ineludible. En les instal·lacions puntuals, aquest deure admet major relativització.

Sentència del **Tribunal Suprem (Sala de lo penal)** n.º 132/2022, de 24 de gener, p. Hernández García.

Temàtica: validesa probatòria de la prova obtinguda mitjançant el registre del correu electrònic corporatiu.

En aquesta resolució la Sala penal del Tribunal Suprem afirma la doctrina establerta en les seves Sentències núm. 489/2018, de 23 d'octubre, p. del Moral García i núm. 328/2021, de 22 d'abril, p. Marchena Gómez, en les quals s'examinen les condicions en les quals un empresari pot accedir al correu electrònic d'un empleat de manera legítima.

L'accés al correu electrònic del treballador solament és lícit si es compta amb el consentiment previ del treballador. La seva anuència pot ser expressa o tàcita. En tot cas, és imprescindible un **anunci previ** de la possibilitat d'inspecció dels aparells i sistemes informàtics i/o telemàtics llocs a la disposició de l'empleat. L'advertiment ha de

determinar amb claredat i precisió les condicions de l'eventual registre: «*qui, com, quan, per què i amb quin abast*» es pot produir l'accés.

El cas presenta una particularitat destacable: la persona que va accedir als correus electrònics va ser un **soci** de la mercantil. Òbviament la part adversa va qüestionar la legitimitat del seu accés pel simple fet de mancar de competències per a això. Si bé la Sala no va entrar en el fons amb un pronunciament sobre aquest extrem, sí que va manifestar que «*resulta[a] molt discutible que la mera condició de soci d'una mercantil, sense atribució de cap responsabilitat gestora, habiliti per a exercir funcions de control i supervisió de l'activitat empresarial, fora dels llits del dret a la informació que garanteix la legislació sectorial*»

Sentència del **Tribunal Superior de Justícia de Madrid** n.º 671/2022, de 23 de setembre, p. Moreno González-Aller:

Temàtica: validesa probatòria de la gravació d'una conversa telefònica entre dos treballadors obtinguda per l'empresari.

El Tribunal Superior de Justícia de Madrid va conèixer el cas d'un empresari que, en el marc d'un procediment laboral per acomiadament, va aportar l'enregistrament de la conversa telefònica mantinguda pel treballador cessat amb un altre company, en la qual el primer insultava i amenaçava al segon.

Del text de la Sentència s'infereix que l'enregistrament va ser obtingut per l'empresa, no pel treballador insultat i amenaçat. No obstant això, va ser aquest qui va denunciar l'ocorregut als seus superiors, estant d'acord que la mercantil usés l'enregistrament com a font de prova en els procediments judicials que la seva ocupadora tingués enfront de l'altre treballador. El consentiment de l'enregistrament per part d'un dels interlocutors s'hauria produït *ex post*.

Sense esplaiar-se en l'examen de proporcionalitat de la mesura adoptada per l'empresa, el Tribunal conclou que la prova és vàlida, per la qual cosa confirma la sentència d'instància, desestimant de la demanda del treballador per acomiadament improcedent.

Sentencia del **Tribunal Superior de Justicia** de Catalunya n.º 5693/2022, de 28 de octubre, p. Bono Romera:

Temática: validez de la prueba obtenida por el empresario de las redes sociales del trabajador.

El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya es pronuncia en aquesta resolució sobre la possibilitat que un empresari utilitzi com a font de prova vàlida en un procediment laboral les fotografies que, de si mateixa, hagi pogut penjar una empleada en el seu compte personal de *Facebook*.

La Sala social del TSJ de Catalunya confirma l'admissibilitat de la prova amb l'argument que l'empleada hauria realitzat un acte de liberalitat respecte de les fotografies personals penjades en la xarxa social, sense cap restricció als seus contactes, als qui permet l'accés al seu perfil, sobre el seu eventual ús o difusió.

Fiscalia General de l'Estat

El 20 de desembre de 2022 la Fiscalia General de l'Estat va publicar la Circular núm. 2/2022, sobre l'activitat extraprocesal del Ministeri Públic en l'àmbit de la recerca penal, revisant i actualitzant els criteris previstos sobre la matèria en la Circular núm. 4/2013, sobre Diligències de Recerca.

En el que aquí interessa cal destacar tres apartats de la Circular. El relatiu al tractament degut a les denúncies anònimes (punt 4.2.3), el referit a l'admissibilitat de les proves obtingudes per particulars (punt 5.9) i el dedicat a l'assegurament de les dades o informacions inclosos en sistemes informàtics, com a mesura cautelar (punt 7.2.).

- Denúncies anònimes (punt 4.2.3)

En paraules de la Fiscalia General de l'Estat, amb independència de les irregularitats de naturalesa formal que puguin concórrer en la denúncia formulada davant el Ministeri Fiscal, res impedirà la seva admissió a tràmit i la consegüent incoació de les oportunes diligències de recerca quan els fets d'aparença delictiva comunicats presentin indicis de versemblança.

- Admissibilitat de proves obtingudes per particulars (punt 5.9)

Respecte de la validesa de la prova obtinguda per particulars la Fiscalia fa seva la doctrina assegurada pel Ple del Tribunal Constitucional en la STC núm. 97/2019 (assumptes *Falciani*).

La instrucció dirigida als integrants del Ministeri Públic és que la prova obtinguda pel particular vulnerant drets fonamentals no hauria de ser, per regla general, admesa. No obstant això, a la llum de la doctrina assegurada pel Ple del Tribunal Constitucional, els Fiscals hauran de valorar la conveniència de tenir-les en compte sobre la base dels següents paràmetres:

- i) L'índole i característiques de la infracció, ponderant la seva connexió instrumental, objectiva o subjectiva amb la recerca desenvolupada per les autoritats públiques.
- ii) El resultat de l'actuació i, en concret, el seu major o menor incidència en el nucli essencial del dret violentat.
- iii) El risc de propiciar pràctiques que comprometin pro futur l'efectivitat del dret fonamental en joc per al supòsit d'admetre's la valoració en el cas concret de la prova, és a dir, el seu possible efecte anomenada.

Particularment interessant resulten les indicacions contingudes en relació amb els enregistraments de converses privades. Es reproduïxen literalment, pel seu especial interès:

- a) La utilització en el procés penal d'enregistraments de converses privades realitzades per un dels interlocutors no vulnera el dret al secret de les comunicacions.
- b) Tampoc vulnera el dret a la intimitat, excepte casos excepcionals en els quals el contingut de la conversa afectés el nucli de la intimitat personal o familiar d'un dels interlocutors.
- c) Els enregistraments realitzats des d'una posició de superioritat institucional (agents de l'autoritat o superiors jeràrquics) per a obtenir una confessió extra processal arrencada mitjançant engany vulneren el dret fonamental a no declarar contra si mateix i a no confessar-se culpable i, en conseqüència, incorren en nul·litat probatòria.

d) Els enregistraments realitzats en l'àmbit particular no vulneren el dret fonamental a no declarar contra si mateix i a no confessar-se culpable.

e) Pot vulnerar el dret a un procés amb totes les garanties aquell enregistrament en la qual la persona ha estat conduïda a la trobada utilitzant argúcies amb la premeditada pretensió de fer-li manifestar fets que poguessin ser utilitzats en contra seva, i en aquest cas hauran de ponderar-se el conjunt de circumstàncies concurrents.

Almenys dos extrems ens semblen destacables. Primer la possibilitat de considerar vulneradora del dret a la intimitat els enregistraments que tinguin per objecte converses sobre aspectes nuclears de la intimitat (punt b)), la qual cosa suposa una relativització de la regla, que semblava assentada, que l'enregistrament de la conversa per part dels interlocutors és (ja no) sempre lícita.

Segon, que l'engany sobre els fins o la naturalesa de la conversa per part d'un dels interlocutors o d'un tercer poden comportar que l'enregistrament resulti contrària al dret a un procés amb totes les garanties. Aquesta consideració resulta especialment rellevant en l'àmbit de les recerques internes. Segons el que es preveu en la Circular cal deduir que no val recórrer a **entrevistes o interrogatoris encoberts o subrepticis**, gravats sense haver informat prèviament l'interlocutor.

- Assegurament de dades o informacions contingudes en sistemes informàtics (punt 7.2)

La Circular aclareix que la mesura cautelar d'assegurament de dades contingudes en sistemes informàtics no requereix d'autorització judicial prèvia ni d'una motivació qualificada per part seva, atès que, amb aquesta mesura, no s'afecta el dret a la intimitat ni al secret de les comunicacions. L'assegurament no implica un accés als continguts. Simplement garanteix la seva conservació.