

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche



Trabajo Fin de Grado

**DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR
FRENTE AL CONTROL EMPRESARIAL.
PARTICULAR REFERENCIA AL CORREO
ELECTRÓNICO**

Alumno: Amador Carvajal García

Tutora: Rosario Tur Ausina

Grado en Derecho

Curso académico 2015/2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....4

PRIMERA PARTE.....6

DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL AMBITO EMPRESARIAL

1. DERECHO A LA INTIMIDAD/PRIVACIDAD EN LA CE.....6

1.1. Configuración del art. 18 CE.....7

1.2. Límites y garantías.....9

2. LA INTIMIDAD Y SU AFECTACIÓN POR LA LIBERTAD DE EMPRESA CONSAGRADA EN EL ART. 38 CE.....10

2.1. Configuración constitucional.....10

2.2. Límites de la libertad de empresa respecto a la privacidad de los trabajadores.....11

2.3. Empresa privada versus empresa pública.....12

3. PRIVACIDAD EN EL AMBITO LABORAL.....15

3.1 El contrato de trabajo como lugar de desarrollo de los derechos fundamentales del trabajador.....15

3.2 Fiscalización del trabajador.....22

3.2.1. Control al trabajador.....23

3.2.2. Límites del empresario en la actividad laboral.....26

3.2.3. La obligación del empresario de informar a los trabajadores de los controles instaurados.....28

3.3. La inviolabilidad de la persona del trabajador. En particular ante registros sobre su persona o sus efectos.....	31
3.3.1. <i>Forma de efectuar los registros: límites y garantías.....</i>	<i>36</i>
3.3.2. <i>Presencia de los representantes de los trabajadores.....</i>	<i>41</i>
3.3.3. <i>Carga de la prueba de los hechos que pretenden justificar el control empresarial.....</i>	<i>43</i>
3.4. Consecuencias del resultado de los registros y medidas de control.....	45
3.4.1 <i>Responsabilidades de los trabajadores.....</i>	<i>46</i>
3.4.2. <i>Responsabilidades empresariales.....</i>	<i>47</i>

SEGUNDA PARTE.....51

INTIMIDAD, NUEVAS TECNOLOGIAS Y RELACIÓN LABORAL

1. COMO AFECTAN LAS NUEVAS TECNOLOGIAS AL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA.....51

1.1. Nuevas tecnologías en el derecho a la intimidad en la empresa.....	51
1.1.1. <i>Aproximación general a las TIC.....</i>	<i>52</i>
1.1.2. <i>Las TIC en el ámbito de la empresa.....</i>	<i>53</i>
1.2. Revolución tecnológica al servicio del empresario.....	54
1.3. Abuso de los recursos informáticos de la empresa.....	55
1.4. Ausencia de respuesta jurídica al uso de los medios informáticos en la empresa.....	55

2. PRIVACIDAD EN EL AMBITO LABORAL EN EL USO INDIVIDUAL DEL CORREO ELECTRÓNICO.....56

2.1. Derechos fundamentales de los trabajadores en el uso del correo electrónico.....	56
2.2. Derecho a la intimidad del trabajador en el uso del correo electrónico.....	57
2.2.1. <i>El Tribunal Constitucional y su interpretación del derecho a la intimidad en el uso del correo electrónico.....</i>	<i>58</i>
2.2.2 <i>La perspectiva del Tribunal Supremo.....</i>	<i>62</i>

2.2.3. <i>Critica a través de la jurisprudencia de Tribunal Europeo Derechos Humanos</i>	64
2.3. Facultad de dirección empresarial y control sobre el correo electrónico en su uso extralaboral (o equipos informáticos)	67
2.4. Modelo para el control empresarial ejemplar	77
CONCLUSIONES	79
BIBLIOGRAFIA	83



INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El trabajo presentado pretende arrojar algo de luz a la problemática existente en el equilibrio entre las nuevas tecnologías y el respeto a los Derechos Fundamentales, más en concreto, a la privacidad en el trabajo por parte de los trabajadores en el uso del correo electrónico. La elección de este tema rubrica en su actualidad debido a la era de la información en la que nos vemos inmersos, como esta se ha instalado en la esfera laboral y averiguar cómo influye en un derecho fundamental como es la intimidad, entiendo que me va a ser de gran utilidad comprender cómo se comporta la doctrina ante un derecho tan importante y conocer la casuística para poder dominar un tema tan presente en nuestros tiempos.

Por lo que analizaremos como se ve afectado el derecho a la intimidad del art.18.1 de la Constitución Española (en adelante CE) en el ámbito de las relaciones laborales, con gran implicación en la fiscalización por parte del empresario, además de marcar donde están los límites respecto del derecho a la intimidad (privacidad), y como afectan estas nuevas tecnologías a la hora de vigilar y controlar el trabajo de los empleados, poniendo de manifiesto las restricciones y límites que tienen los empresarios a la hora de controlar la actividad de estos.

Por lo tanto, no se trata de hacer un estudio general de las implicaciones constitucionales de las nuevas tecnologías, siendo más bien el objetivo el de analizar el impacto del derecho a la privacidad en el entorno laboral, centrándonos en la vigilancia al trabajador y sus límites respecto del uso del correo electrónico (o análogo) en su parcela privada.

Para ello, en primer lugar se abordara la configuración del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento jurídico desde la perspectiva empresarial, su enclave constitucional como Derecho Fundamental, exponiendo su fundamento, con especial referencia a la perspectiva de su limitabilidad y garantías. Donde, expondremos como afecta la privacidad desde el prisma de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 CE, así como su regulación, los límites respecto a la privacidad en el trabajo y cómo pueden afectar tales derechos cuando estamos ante una sociedad pública o privada. También, haremos

referencia a la legislación vigente sobre la privacidad en el ámbito laboral, su desarrollo en el contrato de trabajo y el tratamiento general en la fiscalización del trabajador efectuado por el empresario, la inviolabilidad de la persona del empleado, como efectuar los registros y sus posibles consecuencias en las medidas de control efectuadas.

En la segunda parte, exponemos como afectan las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante NTIC) en relación a la intimidad en el ámbito empresarial. Cómo ha supuesto una revolución tanto a la hora de comunicarse entre las personas-trabajadores y su repercusión como modo de control y vigilancia. Entraremos a fondo a analizar la controversia entre el derecho del trabajador a la intimidad y el control empresarial, las facultades del empresario para llevar a cabo ese control, con especial referencia a la problemática del uso individual de los correos electrónicos, la existencia de los límites al uso extralaboral de los medios informáticos, y cuál es la respuesta que ofrece nuestro tribunales a tales usos.



PRIMERA PARTE

DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL AMBITO EMPRESARIAL

1. DERECHO A LA INTIMIDAD/PRIVACIDAD EN LA CE

Este Derecho se encuadra dentro de los derechos de la personalidad, establecido en el art. 18.1 CE¹, y su correspondiente desarrollo legislativo se efectúa a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En cuanto a la delimitación de los derechos que se mencionan en el art. 18.1 CE, el art. 7 de la LO 1/1982 establece, sin hacer distinción alguna, que constituye una intromisión ilegítima:

1. *El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.*
2. *La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.*
3. *La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.*
4. *La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.*
5. *La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2².*
6. *La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.*

¹ Art. 18.1 CE. *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

² Art. 8.2 de la LO 1/1982. *En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:*

a) *Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.*

b) *La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.*

c) *La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.*

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

7. *La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*

1.1. Configuración del art. 18 CE

La intimidad, es un término metajurídico, con una intrincada definición por ser cambiante a lo largo del tiempo y lugares³, en nuestro ordenamiento jurídico no podemos encontrar una definición de este concepto, resultando jurídicamente indeterminado. Afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia 171/1990: *“Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial.”* Por lo tanto el contenido del derecho a la intimidad es delicado y fluido, variable, en definitiva, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. En la misma sentencia manifiesta que: *“El derecho a la intimidad persigue el reconocimiento de un ámbito a salvo de injerencias de extraños; el derecho a no ser molestado y a guardar reserva sobre datos que una persona no quiera revelar. En definitiva, el derecho a mantener una vida privada sin interferencias y poder desarrollar una mínima calidad de vida.”*

No obstante, respecto al contenido del derecho, la LO 1/1982 parece exigir la lesión del derecho al honor para entender vulnerada la intimidad (art. 7.2)⁵, previsión legislativa que es de dudosa constitucionalidad, pues se trata de una restricción del ámbito constitucional de la intimidad que limita su contenido esencial, ya que son derechos diferenciados por la jurisprudencia y entendemos que una lesión a la intimidad no tiene por qué dañar el honor de la persona y tampoco guarda relación con lo que respecta al derecho a la propia imagen, así se afirma en las sentencias de Tribunal Constitucional 117/1994 y 139/2001⁶.

³ ALVAREZ CONDE E. y TUR AUSINA R.: “Derecho Constitucional”, 5ª Ed., Tecnos, 2015, pág. 150

⁴ Véase en el mismo sentido STC 209/1998.

⁵ Art. 7.2. *La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.*

⁶ *“el derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 CE al tiempo que el honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos. El derecho a la propia imagen tiene valor autónomo, pues queda protegido aun cuando no resulte afectada la intimidad ni el honor”.*

El Tribunal Constitucional ha perfilado las condiciones que han de cumplirse para entender que no existe vulneración de la intimidad y son las siguientes: un fin constitucionalmente legítimo, es decir, un interés público ligado a la investigación del delito; que la medida invasora este prevista en la ley; la idoneidad de dicha medida y su necesidad; y el cumplimiento del juicio de proporcionalidad (STC 115/2013)⁷.

Por otra parte, la intimidad no tiene solo una dimensión personal sino también relacional. Entre dichas relaciones cabe destacar la que la persona mantiene en su entorno familiar. De esta manera, la STC 231/1988 señala: *“En principio el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no solo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 protegen.”*

Por lo que respecta al derecho a la intimidad en las relaciones laborales, el Tribunal Constitucional sigue la misma línea de conceptualización de la intimidad en su sentencia 110/1984: *“es abierta y evolutiva en base que en sí mismo se esté considerando y las circunstancias que lo rodean”*. Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), se pronuncia respecto de la intimidad en relación con el control por el empresario en el Caso Halford y el caso Copland, estableciendo que existe una expectativa razonable de intimidad pero esta no puede convertirse en un impedimento permanente de este control, ni imponerlo cuando los medios son proporcionados por la empresa, y existen unas normas establecidas, abordaremos este tema más en profundidad en los siguientes epígrafes.

Hemos de plantearnos cuál es la naturaleza de estos derechos, y por lo tanto saber cuál es el bien jurídico protegido, en el sentido de determinar cuál sea el sistema de relaciones existentes entre estos tres derechos fundamentales. Es decir, cuestionar si estamos en presencia de tres auténticos derechos fundamentales, pudiendo hacer una

⁷ Por acceder la policía a la agenda de un teléfono móvil.

⁸ En similar sentido ha afirmado la STS (1ª), de 4 de noviembre de 1986 que: *“La delimitación de la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudencialmente, delimite el ámbito digno de la protección”*.

distinción entre ellos, o por el contrario, tienen una base común. A este respecto, hay posturas doctrinales que van desde afirmar que el bien jurídico protegido es la intimidad, siendo los otros una puntualización de este, otras que señalan que el derecho al honor tiene sustantividad propia, a diferencia del derecho a la intimidad del cual si debe considerarse como una auténtica manifestación del derecho a la propia imagen. Quizás una solución consista en proclamar la sustantividad propia de cada una de estos derechos fundamentales, pudiendo afirmar que el bien jurídicamente protegido es distinto en unos y otros, aunque la intimidad destaque frente a los demás.

Hemos de mencionar en cuanto al contenido de estos derechos que nuestra Constitución, siguiendo las pautas establecidas por el texto portugués, se sitúa al frente del constitucionalismo europeo, poniendo de relieve el significado de estos derechos fundamentales en un Estado democrático.

1.2. Límites y garantías

El contenido del derecho a la intimidad afecta a los límites de este derecho fundamental. Prescindiendo ahora de su relación con otros derechos fundamentales, especialmente los reconocidos en el art. 20.1⁹, ya que estos derechos de la personalidad constituyen un auténtico límite para el ejercicio de la libertades allí constitucionalizadas, tal y como dispone el art. 20.4¹⁰, hay que señalar que el límite absoluto es el correspondiente ilícito penal tipificado en los delitos contra el honor y la propia imagen, ya que la protección penal, por ser más efectiva, tiene una aplicación preferente.

Ahora bien, la garantía penal no constituye una protección suficiente de estos derechos fundamentales.¹¹ Por ello, la Ley de 5 de mayo de 1982, ha extendido esta protección al ámbito civil, enumerándose la posibles intromisiones ilegítimas en el ámbito de estos derechos fundamentales, que no queda solamente determinado por lo que

⁹ Art. 20.1 CE: *Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

¹⁰ Art. 20.4 CE: *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

¹¹ ALVAREZ CONDE E. y TUR AUSINA R.: "Derecho Constitucional", cit., pag.155.

dispongan las leyes, sino por los usos sociales existentes, ya que los conceptos de honor y de intimidad tienen un eminente carácter histórico que viene determinado por las ideas y convicciones que prevalezcan en cada sociedad y por el propio concepto que tenga cada persona de sus propios actos y pautas de comportamiento.

En relación con esta cuestión, nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 297/1994, señala que a través de las vías penales y civiles no se protegen las mismas injerencias frente al honor, aplicable a la intimidad, pues la finalidad es distinta. La civil afecta a todo tipo de injerencias o intromisiones ilegítimas en los términos del art. 7 de la LO 1/1982 y está orientada a obtener una reparación económica. Por su parte, en la vía penal se protege el derecho al honor en cuanto a las injerencias o intromisiones que puedan ser constitutivas de delito, persiguiendo el acusador particular la imposición de una pena. Y es que, a la hora de utilizar una u otra vía, parece llegado el momento de dar una preferencia a la vía civil, pues, como señala dicha sentencia: *“El juez civil tiene un elenco de posibilidades para apreciar la efectiva vulneración del derecho al honor más amplio que el juez penal, que para poder determinar la existencia de una infracción al honor, ve ceñido su examen a que efectivamente exista un delito tipificado en el Código Penal”*.

2. INTIMIDAD Y SU AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DE EMPRESA CONSAGRADA EN EL ART. 38 CE

2.1. Configuración constitucional

El derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE forma parte de lo que ha sido denominado como "Constitución económica"¹², este derecho debe modularse en función de un parámetro como es la economía de mercado, que no contiene un concepto técnico jurídico, sino que se remite a consideraciones de carácter económico con el propósito de establecer el modelo global del sistema económico y social.

Por ello se hace necesario referirse a la doctrina del Tribunal Constitucional para determinar el alcance y contenido del artículo 38. La STC 37/1987, de 26 de marzo, señala

¹² ALZAYA VILLAAMIL, O. “Comentarios a la Constitución Española de 1978”. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1998.

que esta disposición constitucional garantiza el ejercicio de la libre empresa al tiempo que la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos.

La libertad de empresa deber ejercerse en el marco de la economía de mercado debiéndose entender esta última, de acuerdo con el Tribunal Constitucional en sus SSTC 1/1982, 208/1999, *“como la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica”*.

2.2. Límites de la libertad de empresa respecto a la privacidad de los trabajadores

No cabe duda que el trabajador, en su condición de tal, también goza plenamente de los derechos fundamentales que le reconoce la Constitución, pues como ha señalado la doctrina constitucional de forma reiterada, *“la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, (...) y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de Empresa, que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1 CE)”*¹³.

¹³ SSTC 88/1985, 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 106/1996, 186/1996, 90/1997, 98/2000, 186/2000, 196/2004, 125/2007.

Más en concreto y por lo que se refiere al derecho a la intimidad de los trabajadores, las SSTC 98/2000 Y 186/2000, reconocieron expresamente que ese derecho *“es aplicable al ámbito de las relaciones laborales”* e *“implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”*.

Desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, el derecho a la intimidad del trabajador se reconoce en el ET art. 18, al regular la inviolabilidad de la persona del trabajador en relación con los registros que puede practicar el empresario, señalando que *“se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador”*.

Sin embargo, los problemas más graves que se vienen produciendo en relación con la eventual vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores, tienen que ver con las facultades de dirección y control de la actividad laboral que el ET art. 20 reconoce al empresario. Concretamente se dispone en su aptdo. 3 que *“El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”*.

2.3. Empresa privada versus empresa pública

Como hemos visto y veremos más en profundidad, el trabajador detenta unas garantías respecto a su intimidad en el desempeño de su actividad laboral, en el caso de las personas bajo la dirección de una empresa del sector público, es decir, dependientes de las Administración Pública, se le otorgan los mismos derechos del art. 18 que a un trabajador del sector privado.

El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público establece en su apartado sobre los derechos individuales de los empleados públicos en su art. 14 letra h¹⁴ el

¹⁴ Artículo 14. *Derechos individuales. Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio:*

b) Al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral.

respeto a la intimidad entre otros, además de un Código de Conducta, que no por ello hace decaer este derecho fundamental reconocido constitucionalmente (art. 18 CE).

Por lo tanto, podemos afirmar que en el ámbito público el funcionario goza de este derecho en los mismos términos que cualquier empleado del sector privado. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 Septiembre de 2007, declara que las empresas que, en un momento dado, necesiten acceder al ordenador del trabajador y quieran garantizar el derecho a la intimidad de éstos, previamente deben de establecer unas reglas de uso, y haber informado de éstas reglas a los trabajadores, así como de los medios que se van a emplear para ello.

En el mismo sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 18 de noviembre de 2011, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia establece estas mismas reglas para el ámbito público. En el caso que nos ocupa, el juzgado de lo contencioso administrativo en primera instancia entendió que el acceso al ordenador de un funcionario público suponía la vulneración de su derecho a la intimidad:

“el Ayuntamiento de Abarán no había actuado correctamente al inspeccionar el ordenador del recurrente sin la presencia del interesado, ni cuál ha sido el alcance de la inspección, aunque por el informe realizado se detallan documentos personales del recurrente, por lo que no se ha respetado la intimidad del recurrente, ya que, además, el Ayuntamiento no había establecido para los trabajadores y funcionarios un código de conducta o protocolo acerca de la utilización del ordenador y acceso a internet, al que deberían sujetarse los funcionarios. Por lo que se ha vulnerado el derecho a la intimidad debiendo proceder a la devolución del disco duro y copias extraídas, cuyo contenido no podrá ser utilizado.”

El ayuntamiento recurre la decisión del juzgado entendiendo que el acceso a los ordenadores se encuentra dentro de su facultad de control y vigilancia, en los mismos términos que se suponía anteriormente para el sector privado:

“La medida adoptada por el Ayuntamiento ante la sospecha de un incumplimiento grave por el recurrente de sus obligaciones, se revela como la única forma de hacer valer el derecho de dirección, ya que en otro caso la facultad de control y vigilancia queda vacía de contenido.”

Como hemos hecho referencia, el ayuntamiento entiende que se pueden realizar dichas funciones amparándose en que no se encuentra en el ámbito laboral sino en el ámbito de una Administración Pública, donde el trabajador (funcionario) está sometido a un Estatuto y su Código de Conducta.

“En cuanto a la consideración que hace la sentencia de que el Ayuntamiento no había establecido un código de conducta o protocolo acerca de la utilización del ordenador y acceso a internet, señala el Ayuntamiento que es preciso llamar la atención de que el demandante no trabaja para cualquier empresa privada, sino que es funcionario de carrera de una Administración Pública y se encuentra sometido a la normativa prevista en la Ley 7/2007 por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público que establece (arts. 52 y ss.) un "Código de Conducta" , por lo que la sentencia está extrapolarlo lo que en el ámbito de las relaciones sujetas al derecho laboral se ha considerado un exigencia de buena fe.”

El Tribunal Superior de Justicia ratifica lo afirmado, y da la razón al juzgado de primera instancia, estableciendo que también en la Administración Pública se debe cumplir con los mismos requisitos que los recogidos en la Sentencia del Tribunal Supremo para el sector privado, es decir, deben establecerse previamente las reglas de uso de esos medios, informando a los trabajadores o funcionarios de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos.

“Por tanto, entrando a examinar únicamente y por las razones expuestas, si entiende la Sala que, como señala la sentencia apelada, se ha producido una vulneración del derecho a la intimidad con la inspección e intervención del disco duro del ordenador, o si por el contrario, como señala el Ayuntamiento demandado, dicha actuación es ajustada a Derecho, idónea, necesaria y ponderada o equilibrada. La respuesta entiende la Sala que es la que recoge la sentencia apelada. En primer lugar, porque como señala el apelado la inspección del ordenador no puede entenderse desconectada del traslado del recurrente y de las actuaciones llevadas a cabo en este sentido por el Ayuntamiento, actuaciones que van unidas y son estudiadas desde ese aspecto por la sentencia apelada, que es como lo planteó el recurrente. (...) Por ello se ha dicho por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias de 25 de junio de 1997 y 3 de abril de 2007, que para actuar de acuerdo con las exigencias de buena fe deben establecerse previamente las reglas de uso de esos medios, informando a los trabajadores o funcionarios de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos; de forma que si el

medio puesto en manos del trabajador se utiliza para usos privados en contra de las prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podría entenderse que se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad".

Por lo que se confirma la vulneración del derecho a la intimidad del funcionario por haberse producido el acceso a su ordenador sin cumplirse los requisitos establecidos.

3. PRIVACIDAD EN EL AMBITO LABORAL

Como se puede apreciar, el derecho a la intimidad manifestado en nuestra Constitución lo podemos encontrar en el ámbito laboral con la misma configuración, tanto en el sector público como en el sector privado, eso sí, siempre que se cumplan los requisitos establecidos, ya que todo trabajador goza de él.

3.1. El contrato de trabajo como lugar de desarrollo de los derechos fundamentales del trabajador

En el contrato de trabajo, uno de sus caracteres principales, es la reciprocidad, por lo que se establecen una serie de obligaciones jurídicamente exigibles para cada una de las partes. Esta característica implícita en cualquier relación laboral, genera cierta tensión cuando los derechos de una parte, generalmente el trabajador, deben ceder ante los poderes empresariales que prevé la legislación laboral (art. 20 ET), y que le confieren la potestad de erigirse en ordenador de la actividad laboral del trabajador. Corolario de este poder de dirección, es la facultad de controlar el desarrollo del trabajo, así como su calidad y demás aspectos accesorios de la prestación laboral: lugar, tiempo, forma, etc. Porque, como se afirma, "el desarrollo del contrato de trabajo requiere algún grado de vigilancia y control sobre la conducta del trabajador, y también el acceso a datos personales cuyo conocimiento por el empresario es necesario para el desarrollo de la relación de trabajo y el cumplimiento del contrato"¹⁵. Así pues, puede afirmarse que el vínculo contractual genera un complejo entramado de derechos y obligaciones recíprocas que modula no sólo los derechos estrictamente laborales, sino también, los derechos fundamentales y libertades públicas

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Intimidad del trabajador y contrato de trabajo", Relaciones Laborales, t. I., 2004, pg. 94. La misma idea en otro trabajo del mismo autor: "Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo", La Ley, t. III, 2004, pág. 1824.

otorgados a todos los ciudadanos, y no solamente a los trabajadores, por la Constitución Española de 1978.

Hay que precisar que ambas circunstancias imponen, por la misma influencia de los derechos en conflicto, que determinadas manifestaciones del ejercicio de derechos fundamentales que en ámbitos estrictamente privados no tendrían relevancia jurídica a efectos de su limitación, sí pueden tenerla en el estricto ámbito laboral, en la medida en que dicha relación debe respetar también los derechos fundamentales del empresario, especialmente los de contenido constitucional. Pero debemos tener presente que el desarrollo de los derechos en cuestión, en los lugares de la empresa donde se desarrolla la actividad laboral, pueden producirse intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad de los trabajadores por parte del empresario cuando se accionan las posibilidades de control que la normativa le concede (SSTC 98/2000 y 186/2000).

Esto nos lleva a plantearnos, en primer lugar, que el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito laboral debe ejercitarse conforme a las exigencias ordinarias que impone el principio de la buena fe (STC 197/1998), aunque también las restricciones empresariales a dicho ejercicio deben guiarse mediante este patrón genérico de cumplimiento de los deberes laborales, ya que del propio contrato de trabajo, deviene exigible a las dos partes de la relación contractual (STC 213/2002), la buena fe cimenta la limitación fáctica por parte del empresario en el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores¹⁶. Por lo tanto debemos acudir a su concepto para averiguar cuándo, por qué, y si ha existido una legítima restricción del ejercicio de un derecho fundamental del trabajador por parte del empresario¹⁷.

Como advierte el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/1983¹⁸:

¹⁶ PRADOS DE REYES, J.: "Contrato y relación de trabajo", en AAVV (Coords.: RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y ELORZA GUERRERO, F.): Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 181.

¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo", en AAVV: (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V., y Coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): El modelo social en la Constitución Española de 1978, MTAS, Madrid, 2003, pág. 217.

¹⁸ En el mismo sentido véanse las SSTC 88/1985 y 7/1995: "*la existencia de un genérico deber de lealtad, con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial*". Más recientemente, en idéntica línea, las SSTC 213/2002 y 192/2003: "*validar límites al ejercicio de los derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de una relación contractual en modo alguno imprescindibles para el adecuado desenvolvimiento [...] de la actividad empresarial*".

"los condicionamientos impuestos por tal relación han de ser matizados cuidadosamente, ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección".

El TS, entiende, por su parte, que *"la buena fe es exigencia que ha de impregnar toda relación contractual"* (STS de 22 de febrero de 1990) durante toda la vida de la misma (STS de 20 de noviembre de 1989), y la ha definido como *"un principio general de Derecho que impone un comportamiento ajustado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos"* (STS de 22 de mayo de 1986).

En realidad, ningún derecho, ni siquiera los considerados fundamentales por la CE, pueden ejercitarse faltando al principio de la buena fe, *"con independencia de que la Constitución exija expresamente o no su observancia"*. En el ámbito que barajamos, la buena fe se traduce en la realización del trabajo de una forma leal, fiel, honorable y sin que exista un abuso de confianza¹⁹, así declarado en el art. 5 a) ET: *"cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia"*. Como veremos la trasgresión de esta buena fe o abuso de confianza puede ser motivo de despido disciplinario, descrito en el art.54.2 d) ET.

Hemos de señalar que no basta la mera afirmación del poder de dirección (o del interés) empresarial para coartar indiscriminadamente el ejercicio de los derechos fundamentales que concede la CE a todos los ciudadanos, dada la posición prevalente que éstos alcanzan en nuestro sistema jurídico constitucional (STC 99/1994), pues su respeto tiende a equilibrar la desigualdad subyacente en la relación laboral²⁰.

¹⁹ SARAZÁ, J.: "La transgresión de la buena fe contractual y figuras afines: Una aplicación Práctica". Navarra: Editorial Aranzadi, 2014, pág. 44.

²⁰ ORTIZ LALLANA, C.: "Derechos fundamentales y relación laboral", RMTAS, n.º. 13, 1998, pág. 19.

Los derechos fundamentales se erigen en un primer límite general a las facultades organizativas y controladoras del empresario (SSTC 90/1997 y 29/2002). Precisamente por ello, el ejercicio de dichas facultades debe interpretarse de manera restrictiva, por la posición que atesoran los derechos fundamentales en el ordenamiento laboral, es decir, dentro de los límites al compromiso contractual y al poder de dirección se incluye el respeto a los derechos fundamentales e implica elevar de rango esos límites y configurarlos como auténtico orden público constitucional, de modo que el derecho fundamental operaría "frente" a la relación de trabajo y fuera de ella, como derecho de defensa frente a limitaciones innecesarias o ilegítimas que puedan sufrir los derechos fundamentales con ocasión del desarrollo del programa contractual²¹.

Con carácter general, la restricción de los derechos fundamentales de los trabajadores-ciudadanos deberá someterse a la ponderación de intereses, en cada caso concreto, lo que se denomina "juicio de proporcionalidad"²². Constituye éste, un límite general a la restricción empresarial del ejercicio, por parte de los trabajadores, de derechos fundamentales en el seno de la empresa. Con ello el TC abre una nueva perspectiva, que puede catalogarse de menos contractualista, para apreciar la efectividad de los derechos fundamentales en el desarrollo de una relación laboral, reafirmando, indirectamente, la superioridad de los derechos fundamentales de los trabajadores en relación con los de la empresa²³.

El TC ha evolucionado desde una óptica contractualista a una perspectiva fundamentalista²⁴, es decir, desde considerar la intimidad en el plano de la legalidad ordinaria de las conductas atentatorias de derechos fundamentales, a una perspectiva que atiende esencialmente a la naturaleza de la trasgresión de los derechos fundamentales, y

²¹ 12 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La integración de los derechos fundamentales...", cit., pág. 216.

²² Sobre el particular véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J. R.: "Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio", en AAVV: (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V., y Coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): El modelo social en la Constitución Española de 1978, Mº Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 257-261. En el mismo sentido ORTIZ LALLANA, C.: "Derechos fundamentales...", cit., págs. 19-21.

²³ PRADOS DE REYES, J.: "Contrato y relación de trabajo", en AAVV (Coords.: RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y ELORZA GUERRERO, F.): Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional, Tecnos, Madrid, 2001. pág. 182.

²⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: Los Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo, Civitas, Madrid, 2005, pág. 55 y 58.

menos a la adecuación a derecho de la orden empresarial restrictiva del ejercicio del derecho.

En la STC 99/1994, es la primera vez que el TC aborda esta cuestión en el ámbito laboral, es decir, el contenido de la ponderación de los derechos y bienes constitucionales en juego, utilizando para ello conceptos originarios de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional alemana en lo que a los llamados límites de los límites de los derechos fundamentales se refiere.

Este juicio de proporcionalidad limitador del ejercicio del poder de dirección del empresario nos lleva a entender que dicha restricción al disfrute de los derechos fundamentales de los trabajadores debe venir medida por las tres circunstancias, que se asocian con lo que se conoce como juicio de proporcionalidad²⁵. Porque nada legitima que el trabajador soporte limitaciones injustificadas y omnímodas de sus derechos fundamentales, ya que *"la desigual distribución del poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador"* (STC 129/1989).

En primer lugar, deberá observarse si la medida restrictiva que se pretende emplear por el empresario es *"susceptible de conseguir el objetivo propuesto"*, lo que se denomina *"juicio de idoneidad"*, en el sentido, especialmente, de no emplear medios restrictivos de Derechos Fundamentales de los trabajadores que no consigan, en ningún caso, la tutela del interés empresarial pretendido (SSTC 20/2002 y 213/2002).

En segundo lugar, deberá cuestionarse si la medida empleada es absolutamente necesaria e imprescindible para la limitación del derecho fundamental de los trabajadores que se pretende sin que éstos, por la adopción de esta medida, se vean lesionados. Es decir, deberá cuestionarse si existen otras eventuales limitaciones más moderadas que aseguren, con idéntica eficacia, el correcto desenvolvimiento de la actividad laboral y el ejercicio del derecho fundamental, lo que se denomina *"juicio de necesidad"*. En palabras de la STC

²⁵ SSTC 292/1993, 99/1994, 6/1995, 66/1995; 55/1996; 136/1996, 207/1996; 6/1998; 37/1998, 98/2000; 186/2000; 14/2003.

99/1994, de 11 de abril²⁶: *"los requerimientos organizativos que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos [derechos fundamentales] deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra"*.

Y, en tercer lugar, debe valorarse si la medida empresarial restrictiva es ponderada, en el sentido de que se deriven de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, lo que se denomina *"juicio de proporcionalidad en sentido estricto"* (STC 66/1995)²⁷.

Ello supone, en definitiva, que el control que debe realizar el TC de las resoluciones judiciales recurridas en amparo ha de recaer, precisamente, sobre el enjuiciamiento de si, como exige su reiterada doctrina, el órgano jurisdiccional ha ponderado adecuadamente si el empresario en cuestión ha respetado en cada caso el derecho a la intimidad personal del trabajador, de conformidad con las exigencias del referido principio de proporcionalidad (STC 98/2000).

Este enjuiciamiento es fundamental en la materia, pero no se pueden establecer reglas generales sobre la misma, especialmente si pivotan sobre diferentes derechos fundamentales, por lo que no se pueden obtener soluciones absolutas que den una respuesta de carácter general. Es más, aunque el propio TC en sus sentencias haga extensible por razones de interés la eficacia de un determinado derecho fundamental, no puede extenderse su doctrina, en referencia, a los demás derechos fundamentales o a todas las circunstancias, dificultando aún más los intentos de exponer una teoría general sobre la cuestión²⁸.

Podemos apreciar una evolución de la propia doctrina del TC a la hora de enjuiciar este comportamiento empresarial restrictivo, pues existe un perfeccionamiento, es decir, una no intromisión del empresario en el derecho fundamental, en el sentido de que la

²⁶ SSTC 186/1996 y la 126/2003.

²⁷ Véase también, en el mismo sentido, las SSTC 55/1996, 207/1996 y 37/1998.

²⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La integración de los derechos fundamentales...", cit., pág. 219.

intervención debe respetar el ejercicio del derecho fundamental en juego no interfiriendo en su desarrollo natural, hacia otro aspecto más dinámico de los deberes empresariales, acomodando su comportamiento restrictivo hacia el favorecimiento del ejercicio del derecho fundamental en cuestión, en dos matices esenciales: fomento de su ejercicio, y garantía de ejercicio del mismo sin represalias ulteriores.

Debemos tener en cuenta una serie de circunstancias para concretar el disfrute del derecho fundamental a la intimidad del trabajador, que también ciudadano, ya que ambas cohabitan en la esfera laboral.

En primer lugar, la cierta indeterminación de la expresión constitucional, pues, además de unir intimidad personal con el aspecto familiar ("intimidad personal y familiar" dice la norma), circunstancia que complica sobremedida la determinación de los espacios de intimidad personal que no se relacionan con el ámbito familiar²⁹, parece como si la expresión hubiese querido hurtar la protección de ámbitos diferentes al de la vida privada en sentido estricto, circunstancia que facilitó, en una primera interpretación del precepto, la negación del derecho a la intimidad en el ámbito laboral³⁰, concepción ahora afortunadamente superada por la teoría que defiende la proyección de los derechos constitucionales en la relación laboral, así como por la conocida eficacia horizontal, y no solamente vertical, de los derechos de contenido constitucional, lo que implica un desarrollo de los mismos también en la relación jurídica que une al trabajador y al empresario.

En segundo lugar, el escaso tratamiento legislativo específico sobre la materia, lo que obliga a establecer una constante referencia al texto constitucional, circunstancia que determina un espectro de influencia del mismo realmente enorme.

Y, en tercer lugar, pero ciertamente relacionado con lo anterior, la necesaria atención que debe prestársele a la labor de los tribunales jurisdiccionales, y del propio Tribunal Constitucional, en la interpretación del derecho fundamental debatido.

²⁹ Véase GONZÁLEZ GAITANO, N.: "El deber de respeto a la intimidad", Universidad de Navarra, Pamplona, 1990, pág. 198.

³⁰ SEMPERE RODRÍGUEZ, C.: "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en AA VV (Dir. ALZAGA VILLAMIL, O.: Comentarios a las Leyes Políticas, t. II, Edersa, Madrid, 1984, pág. 460.

De esta manera, la interpretación jurisdiccional y constitucional sobre la materia es de vital importancia para el correcto conocimiento de los matices que existen en ella, aclarando y perfilando las imprecisiones que se deducen de la proyección del derecho fundamental sobre el ámbito de lo laboral, pero no obsta para que surjan pronunciamientos judiciales contradictorios entre sí, provocando así una cierta inseguridad jurídica que a veces es difícil de superar por el intérprete³¹. Si bien, la casuística desmesurada con la que se enfrenta el TC propicia la dificultad obtener reglas y criterios generales sobre la materia. Sin embargo, la evolución del derecho a la intimidad en la relación laboral sí cuenta con una doctrina más depurada que otros derechos fundamentales inespecíficos como son la libertad religiosa o el derecho a la educación.

Con todo, y como hemos mencionado, estamos en presencia de un concepto jurídico tan amplio como indeterminado (y claramente extrajurídico, o metajurídico, si se prefiere), lo que nos lleva a que sea la propia función interpretativa la que delimite, atendiendo particularmente a las circunstancias (personales y objetivas) concurrentes en cada concreto, el ámbito de la protección que ampara el derecho en cuestión, así como los límites a las posibilidades restrictivas de los empresarios. Por ello, la STC 110/1984, nos advierte de que la propia conceptualización de la intimidad³²: *"es abierta y evolutiva en base al tema que en sí mismo se esté considerando y las circunstancias que lo rodean"*. De lo que se colige que lo que en un momento concreto y determinado puede ser considerado como fuera del concepto de intimidad, puede ser que pasado el tiempo sí se considere incluido en él, y al contrario.

3.2. Fiscalización del trabajador

Debemos atender a las manifestaciones del derecho fundamental a la intimidad en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), expuesto en el art. 18 en relación a la

³¹ SALA FRANCO, T.: "El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral", en AA VV (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.): Trabajo y libertades públicas, La Ley, Madrid, 1999, pág. 205.

³² En similar sentido ha afirmado la STS (1ª), de 4 de noviembre de 1986 que *"La delimitación de la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudencialmente, delimite el ámbito digno de la protección"*.

inviolabilidad de la persona del trabajador y como afecta tal consideración en el control del empresario respecto de las obligaciones y deberes de sus empleados (art. 20.3 ET).

3.2.1. Control al trabajador

El art. 20.3 ET dispone que: *"El empresario podrá adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso"*.

Prevé el precepto la posibilidad de que el empresario pueda vigilar y controlar a los trabajadores para verificar, exclusivamente, el cumplimiento de sus obligaciones laborales, es decir, no se establece el tipo de control o vigilancia que pueden llevarse a cabo, sino se limita a reseñar que serán *"las medidas que estime oportunas"*, lo que en principio nos lleva, a que puedan adoptarse cualquier tipo de medidas conducentes a dicho fin, siempre que los medios empleados para ello sean lícitos. En segundo lugar, porque la expresión *"cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales"* puede amparar un control extensible del puesto de trabajo, lo cual debe ser interpretado restrictivamente, ya que el control del trabajador fuera del mismo constituye una excepción al principio general. En tercer lugar, porque el único límite a esta actuación empresarial viene expresado en términos tan amplios como: *"consideración debida a su dignidad humana"*, que su concreción puede venir modificada por las diferentes coordenadas subjetivas, objetivas y temporales en que se contextualice la posibilidad de control³³.

Con respecto a la primera cuestión, es decir, *"las medidas que estime oportunas"*, cabe señalar que la jurisprudencia ha entendido legítimas multitud de medidas variopintas de control, que podemos enumerar de manera no exhaustiva: instalaciones de tornos con relojes a la entrada y salida del centro de trabajo³⁴; establecimiento de un sistema de identificación (tarjeta personal) personal para ir al servicio ubicado en dependencia anexa a donde se realiza el trabajo³⁵; grabación videográfica del trabajador mientras realiza su

³³ Sobre estos límites, véase DEL VALLE, J. M. "El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo", Asuntos Laborales, t. III, 1991, págs. 493-5.

³⁴ STSJ de Murcia, de 3 de febrero de 2003.

³⁵ STSJ de Murcia, de 3 de febrero de 2003.

cometido laboral³⁶; el empleo aparatos de escucha³⁷ y grabación de conversaciones³⁸, como características son las "cajas negras" de los aviones³⁹, y también los mecanismos de monitorización central del ordenador, también portátiles si son propiedad de la empresa⁴⁰, que emplea el trabajador⁴¹ e instalación de programas "espías" de seguimiento y grabación automatizada de las páginas web visitadas⁴².

Por lo tanto no es un catálogo de medidas de control cerrado, dada la discrecionalidad que con respecto a las mismas establece el precepto⁴³. Lo que sí parece claro es que habría que diferenciar, para ver cómo se comportan estas medidas en relación con la eventual lesión del derecho a la intimidad, entre aquellas medidas impersonales (tarjetas mecánicas de entrada y salida, protección de puertas de acceso a locales, etc.) de aquellas otras que más directamente dejan traslucir qué persona concreta es la controlada (aparatos de vigilancia y escuchas, monitorización del ordenador que sólo emplea un determinado trabajador, etc.)⁴⁴. En principio puede afirmarse que cuanto más concreta sea la medida de control, más potencialmente lesiva de los derechos fundamentales se comporta⁴⁵.

³⁶ SSTSJ de la Rioja, de 5 de diciembre de 2001, de Andalucía (Sevilla), de 9 de marzo de 2001; de Galicia, de 29 de marzo de 2001, del País Vasco, de 25 de septiembre de 2001; de Asturias, de 22 de marzo de 2002.

³⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 11 de enero de 2001. Aunque, la STSJ de Cataluña, de 25 de abril de 1994, precisa que la toma de imágenes es una medida de control menos agresiva que la grabación de las comunicaciones.

³⁸ STSJ de Cataluña, de 19 de diciembre de 2004.

³⁹ En este sentido, GOÑI SEIN, J. L.: El respeto a la esfera privada del trabajador, Civitas, Madrid, 1988, pág.139.

⁴⁰ Así, por ejemplo, STSJ de Madrid, de 10 de abril de 2003.

⁴¹ SSTSJ de Cataluña, de 29 de julio de 2001, de Galicia, de 4 de octubre de 2001, de Madrid, de 31 de enero de 2002, de Asturias, de 1 de marzo de 2002; de Cataluña, de 22 de julio de 2004.

⁴² Así se reconoce por ejemplo, en el ATS de 30 de abril de 2004. También en la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 8 de noviembre de 2004, cuando afirma que *"Ahora bien, aunque se entendiera que el acceso a Internet se encuentra amparado por mencionado derecho a la intimidad, la actuación de la empleadora al encargar a una empresa especializada que registrase, copiando el disco duro, las entradas efectuadas por el actor en Internet y las páginas visitadas, se ajusta a la doctrina constitucional sobre los límites del derecho a la vigilancia y control, en relación con el derecho a la intimidad de los trabajadores..."*.

⁴³ Así, por ejemplo, MONTOYA MELGAR, A.: "El poder de dirección del empresario", en AA VV: El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después, Civitas, Madrid, 2000., pág. 591. Véase, en este sentido, la STSJ de Andalucía (Málaga), de 13 de noviembre de 2003, que considera justificada *"la medida de impregnación de tinte invisible en el billete que había sido previamente introducido en un monedero depositado en los vestuarios"*, y el posterior examen de las manos de la trabajadora para comprobar si había tocado el referido billete.

⁴⁴ Como hace GOÑI SEIN, J. L.: El respeto a la esfera privada..., cit., págs. 139-41.

⁴⁵ ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SANCHEZ, F.: "El Derecho de los trabajadores a la intimidad". Cuadernos de Aranzadi Social n.º. 26, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona. 2006.

Con todo, las cautelas al empleo de este tipo de control vienen medidas por tres circunstancias: que exista sospecha fundada de un incumplimiento contractual por parte del trabajador; que el empresario no tenga otros medios eficaces para comprobar la veracidad del incumplimiento que sospecha (STS de 19 de julio de 1989), es decir, que no puedan emplearse medidas menos invasoras de la privacidad del trabajador⁴⁶; y, por último, que no se empleen para preconstituir una prueba⁴⁷. La validez de este tipo de pruebas es meramente testifical⁴⁸.

La ausencia de causa legítima para ejercer el control deslegitima la medida empresarial adoptada⁴⁹. El TC ha declarado, en este sentido, que se considera insuficiente la medida de control adoptada, genéricamente, por mero "*interés empresarial*", porque la mera "*conveniencia*" de la empresa no justifica, en sí misma, la medida invasora (STC 98/2000)⁵⁰.

Una vez argüida la causa legítima para proceder al control del trabajador entraría en juego el juicio de ponderación de intereses: proporcionalidad, idoneidad y necesidad, anteriormente comentado, que modula la medida concreta en relación con la invasión que se produce en el derecho fundamental del trabajador.

Sin embargo, no se exige que las irregularidades de las que se tiene constancia produzcan un daño efectivo y real en la empresa⁵¹, bastando para legitimar la medida que se contravengan los espirituales valores inmanentes de la relación laboral: "*lealtad, honorabilidad,*

⁴⁶ En relación con esta particularidad, véase la STS de 15 de julio de 1986, en la que se consideraba procedente el despido por trasgresión de la buena fe contractual de un trabajador de un casino de juego que dirigía, a la vez y de forma no concurrente con la empresa una agencia de detectives, dado que "*siendo la misión de estas agencias la averiguación de datos y la información sobre las personas, la obtención de estos datos puede verse facilitada por la posición laboral del actor en el casino, al conocer el croupier la intensidad de la afición al juego de los clientes, las personas que les acompañan, su solvencia económica y el riesgo que asumen, y, lógicamente, la clientela experimentará la consiguiente reacción de recelo y desconfianza hacia una empresa, en la que su dedicación al juego puede convertirse en objeto de información para terceros*".

⁴⁷ En este sentido véanse las SSTS de 17 de junio de 1996, de 24 de febrero de 1992, de 6 de noviembre de 1990, de 19 de julio de 1989; de 17 de julio de 1984 ; y de 28 de septiembre de 1983. Véase también, en el mismo sentido, las SSTSJ de Cataluña, de 26 de junio de 1998 , y de Aragón, de 27 de septiembre de 1999.

⁴⁸ Así, por ejemplo, véase la STSJ de Galicia, de 30 de noviembre de 2001.

⁴⁹ MOLERO MANGLANO, C.: "El derecho al honor y la intimidad del trabajador", Asuntos Laborales, n.º. 21, 2001, pág. 500. Con todo, la STSJ de Madrid, de 20 de enero de 2004, lo interpreta de otra manera, pues entiende que aunque la grabación videográfica estaba orientada a preconstituir una prueba (grabación de una conversación con los superiores de una empresa), ello era como respuesta al chantaje que el trabajador pretendía hacerle a la empresa.

⁵⁰ Así, RODRÍGUEZ COARASA, C.: "Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral", Revista Derecho Político., n.º. 51, 2001. pág. 194.

⁵¹ Así, por ejemplo, véanse las SSTS de 14 de febrero de 1990, y de 30 de abril de 1991.

*probidad, confianza... por lo que a pesar de la inexistencia de perjuicio alguno a la empresa no se enerva la trasgresión para cuya consideración también deben valorarse las condiciones personales y profesionales del trabajador y la confianza depositada en el mismo*⁵².

Debe tenerse presente, por otra parte, que el propio art. 20.3 ET *in fine* reconoce como límite adicional a la facultad de control empresarial "*...la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso*". Aunque no parece que el lugar de ubicación de esta regla sea el más adecuado⁵³, de la lectura del mismo se refuerza una conclusión anteriormente comentada: que la facultad de control empresarial se otorga por el ET para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales, y no con otra finalidad, porque si no fuese así carecería de sentido la mención a la "*capacidad real de los trabajadores discapacitados*".

3.2.2. Límites del empresario en la actividad laboral

Así pues, por un lado tenemos que el trabajador, en su condición de persona, tiene reconocido el derecho a que se respete su intimidad personal, incluso en el seno de la empresa para la que presta servicios; y, por otro lado, está la facultad empresarial de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los trabajadores a su servicio. Inmediatamente surge la cuestión de decidir cuándo ese control empresarial invade la intimidad personal del trabajador y, consecuentemente, se convierte en ilegítimo.

El análisis de la cuestión debe partir de un principio general reiterado por la doctrina constitucional, según el cual, los derechos fundamentales no son absolutos, sino que están sujetos a limitaciones en su ejercicio, " *pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho*" (TC 57/1994, y TC 143/1994). En concreto y por lo que se refiere al derecho a la intimidad de los trabajadores en relación con el ejercicio por el empresario de su poder de dirección, se razona en el TC 186/2000, que el "*empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 E.T., intromisiones ilegítimas*

⁵² En este sentido APILLUELO MARTÍN, M.: "Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial", pág.87 Asuntos Sociales, nº4, 2003.

⁵³ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A.: "El poder de dirección...", cit., pág. 592.

en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo. Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos⁵⁴. Y continúa diciendo la STC 186/2000, “que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador⁵⁵, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél⁵⁶”.

La doctrina que se termina de exponer, que se ha extraído, esencialmente, del TC, sentencias 98/2000 y 186/2000, está sólidamente asentada, como lo demuestran las abundantes referencias que se contienen en ellas a pronunciamientos anteriores del propio tribunal. El problema surge, como es normal, cuando se trata de aplicarla a supuestos concretos. Los supuestos más conflictivos sobre los que se han pronunciado recientemente tanto el Tribunal Supremo como el propio Tribunal Constitucional, son los referidos al control por el empresario del uso que el trabajador hace de los medios informáticos (sobre todo del ordenador) facilitados por la empresa; y a la utilización de la grabación de las imágenes del trabajador en su puesto de trabajo como medio de probar un determinado incumplimiento laboral.

A partir de esta sentencia y de la 186/2000, la Sala IV del Tribunal Supremo comenzó a elaborar su propia jurisprudencia al respecto, siendo destacable en este proceso de elaboración la STS de 26 de septiembre de 2007 a cuya doctrina se remiten otras posteriores como la de 8 de marzo de 2011. Se abordaba en aquella la cuestión referida al control por el empresario del uso de los medios informáticos por parte de los trabajadores. Se argumenta que en el uso de tales medios estos tienen “una expectativa razonable de intimidad” en los términos que establecen las sentencias del TEDH (Caso Halford y Caso Copland), si bien tal expectativa no puede “convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio”. Por consiguiente, esa expectativa de intimidad cede si el trabajador

⁵⁴ Véase en el mismo sentido STC 292/1993.

⁵⁵ así, entre otras, SSTC 94/1984, 108/1989, 171/1989, 123/1992,134/1994 y 173/1994.

⁵⁶ STC 11/1981.

utiliza el soporte informático para fines privados, en contra de la prohibición expresa de la empresa y conociendo los controles establecidos para verificar su uso adecuado, como iremos viendo más en profundidad a lo largo de este estudio.

Así pues, para que en estos casos el derecho a la intimidad del trabajador no se vea vulnerado, no solo se requiere que la conducta sancionada esté expresamente prohibida, sino que, además, es necesario que el trabajador tenga conocimiento de los controles establecidos por el empresario. El alcance de esta última exigencia es, precisamente, sobre la que pivotan las diversas posiciones que se están manifestando en la jurisprudencia.

Previamente al examen de tales posiciones, conviene precisar que quedan fuera del debate los supuestos en que los controles empresariales se establecen como consecuencia de una sospecha razonable de una actuación ilícita por parte del trabajador. En tales casos, la actuación empresarial se justifica por esa sospecha previa siempre que la medida adoptada supere el juicio de proporcionalidad; es decir, si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

3.2.3. La obligación del empresario de informar a los trabajadores de los controles instaurados

En nuestra jurisprudencia podemos observar dos criterios distintos en relación con el deber empresarial de informar a los trabajadores de los medios instaurados para controlar la actividad laboral. La posición más flexible es la mantenida por el TS 6 de octubre de 2011 y por el TC 170/2013, y la más rigorista es la expresada en el TC 29/2013 y en el TS de 13 de mayo de 2013. Todas ellas con sus respectivos votos particulares, lo que da a entender que la cuestión no está zanjada.

La posición más flexible se formula claramente en el TS de 6 de octubre de 2011 en los siguientes términos: *“La cuestión clave -admitida la facultad de control del empresario y la licitud de una prohibición absoluta de los usos personales- consiste en determinar si existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando, en contra de la prohibición del empresario o con una*

advertencia expresa o implícita de control, utiliza el ordenador para fines personales. La respuesta parece clara: si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo”.

En esta misma línea de pronuncia el TC en su sentencia 170/2013, de la que parece desprenderse que basta que conste la prohibición de la conducta para que el empresario pueda controlar la actuación de los trabajadores sin necesidad de ninguna información adicional. Así, se razona en ella que *“cabe entender también en el presente supuesto que no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial. La expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe [arts. 5.a) y 20.2 y 3 ET”.*

En ambas sentencias se relativiza la exigencia de que el empresario informe a los trabajadores de los mecanismos instaurados para controlar el uso que hacen de los instrumentos de trabajo puestos a su disposición y, en general, para el control de la actividad laboral⁵⁷. Así, en una de las sentencias se alude a una *“advertencia explícita o implícita de control”*; y en la otra se dice que la prohibición lleva *“implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización”*.

Sin embargo, esta doctrina ya fue cuestionada por varios magistrados que formularon un voto particular a la sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, en el que se insiste que no basta con que el empresario comunique a sus trabajadores la prohibición del uso de medios de la empresa para fines particulares, sino que es necesario que se les

⁵⁷ LLUCH CORELL, F.: “Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable”, Revista de Jurisprudencia, nº 1, 2014.

informe tanto de los controles establecidos, como de los medios que se van a utilizar para comprobar la corrección del uso del ordenador.

Se adivina, pues, en este voto particular una postura más estricta en torno al control de la legalidad de la actuación empresarial. Y esta posición no ha quedado reducida a un voto testimonial, sino que ha tenido continuidad tanto en la doctrina constitucional como en la jurisprudencia ordinaria.

Entendemos que esta postura más rigurosa, hace posible que el trabajador advierta con mayor efectividad las consecuencias de las diferentes conductas, por lo tanto, consideramos que no sirve una mera comunicación de prohibición, siendo necesario que se pongan a disposición de los trabajadores una exposición detallada de los controles y el modo en el que se van a efectuar. Por eso la necesidad de postular unos códigos de conducta como veremos más adelante.

Por lo tanto, existe una jurisprudencia vacilante sobre los límites del derecho a la intimidad de las personas en el marco de sus relaciones de trabajo y el alcance del control por el empresario de esa actividad laboral, en lo que atañe a la obligación empresarial de informar a sus trabajadores de los medios implantados para verificar el correcto cumplimiento de sus obligaciones laborales. Estas sentencias que se han analizado cuentan con votos discrepantes e incluso alguna de ellas ignora precedentes inmediatos. La posición más exigente es la mantenida por el TC 29/2013 y por el TS de 13 de mayo de 2013. Como hemos visto, se insiste en esta última en la necesidad de que el trabajador sea informado no solo de que está siendo grabado, sino también de que esa grabación se puede utilizar para imponer sanciones disciplinarias. Por el contrario, para el TS de 6 de octubre de 2011 y para el TC 170/2013, dictada con posterioridad a aquellas, la prohibición de una determinada conducta lleva implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, sin necesidad de tener que suministrar ninguna información adicional a los trabajadores. Es cierto que estas últimas sentencias no se refieren a supuestos de captación de imágenes, sino al control del uso de los medios informáticos, pero también aquí está en juego el secreto de las comunicaciones y el eventual uso que pueda hacer la empresa de los datos obtenidos del registro del ordenador. Así pues, el debate sigue abierto y, probablemente, sean las circunstancias concretas que concurran en cada supuesto las que inclinen la balanza hacia uno u otro lado.

3.3. La inviolabilidad de la persona del trabajador. En particular ante registros sobre su persona o sus efectos

El art. 18 ET, bajo el epígrafe "*Derechos y deberes de contrato*", incluido en la Sección Segunda del Capítulo II establece, la "*Inviolabilidad de la persona del trabajador*", en la que se afirma que: "*Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos personales, cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa siempre que ello fuera posible*".

En el precepto están presentes todo el cúmulo de ponderaciones jurídicas y obligaciones que subyacen en el propio contrato de trabajo, como se ha expuesto anteriormente, pues la acomodación de las conductas empresariales a su dictado permite, de un lado, el control más intenso de todo el ET al trabajador, siendo el mismo susceptible de generar una muy fuerte intromisión en la intimidad del trabajador⁵⁸.

El precepto ha sufrido muy duras críticas por parte de la doctrina, en primer lugar, porque se albergan dudas sobre su adecuación constitucional, en la medida en que no se respeta la reserva de Ley Orgánica en la regulación de esta materia, en conexión con lo dispuesto en los art. 18 y 14 CE. En segundo lugar, también ha sido objeto de crítica por permitir la vulneración de la intimidad de los trabajadores en defensa de la propiedad privada del empresario, en quien se delega, groseramente, un poder de policía inusitado, y se conceden, de esta manera, unas medidas de control excesivas en relaciones jurídicas entre personas privadas. También se ha subrayado, desde este punto de vista crítico, "la desigualdad del trabajador respecto a otros ciudadanos por estar sometido a las facultades

⁵⁸ Durísimamente se ha llegado a afirmar que "*la norma no tiene precedente ni siquiera en la legislación franquista*", DEL VALLE, J. M. "El derecho a la intimidad del trabajador durante...", cit., pág. 502.

generales de las autoridades competentes y, además, a ese poder delegado del empresario"⁵⁹.

Frente a tales argumentos puede argumentarse, en primer lugar, que no siempre que se regula cualquier aspecto de un derecho fundamental de contenido constitucional se necesita una Ley Orgánica, debiendo diferenciarse, en este sentido, lo que se considera "núcleo duro" del contenido del derecho, que parece razonable que, en cualquier situación se regule mediante este tipo de norma, de lo que son aspectos accesorios del mismo, cuya regulación sí puede contenerse en una ley ordinaria. Téngase presente, en este sentido, que es viable el desarrollo de un derecho fundamental por un convenio colectivo, de lo que se infiere que también puede desarrollarse, a mayor abundamiento, por lo dispuesto por una Ley ordinaria o una norma con fuerza de Ley, como es el ET.

Debe tenerse presente, en este orden de cosas, que el derecho a la intimidad está regulado por la LO 1/1982, por lo que el art. 18 ET vendría a ser, como observa MOLERO MANGLANO, "*un aspecto incidental o al menos aislado de la cuestión*" y no, desde luego, una regulación básica del derecho fundamental a la intimidad⁶⁰. Téngase presente, además, que el TC tiene declarado que "*la reserva de Ley Orgánica ha de ser interpretada restrictivamente*", no exigiéndose en aquellas situaciones "*que simplemente afectan a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre el ámbito o límite de un derecho o libertad*" (SSTC 161/1987 y 212/1996).

Así pues, en el ámbito de los registros laborales nos encontraríamos con una estructura de regulación legal subsumible en el artículo 8 LO 1/1982, según el cual "*No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley...*". Desde esta perspectiva, debe considerarse que el empresario es autoridad competente a efectos de considerar legítima la intromisión puntual en la intimidad del trabajador⁶¹, pero no toda intromisión por parte del empresario está facultada, ya que deben cumplir los presupuestos estipulados y salvaguardar las garantías.

⁵⁹ Las tres sucesivas apreciaciones son de GOÑI SEIN, J. L.: El respeto a la esfera privada..., cit., pg. 178; DE VICENTE PACHÉS, F.: El derecho del trabajador al respeto de su intimidad, CES, Madrid, 1998, pág. 237; y DEL VALLE, J. M. "El derecho a la intimidad del trabajador durante...", cit., pág. 510

⁶⁰ MOLERO MANGLANO, C.: "Inviolabilidad de la persona...", cit., pág. 550.

⁶¹ RUBIO SANCHEZ, F. Y ARIAS DOMINGUEZ, A.: "Derecho de los trabajadores a la intimidad", Cuaderno de Aranzadi social, n°26, Ed. Aranzadi, 2006.

En lo que se refiere al art. 18 ET, este precepto solo prevé de forma expresa un tipo de registro y no el que nos ocupa, pero entendemos que se deben cumplir las mismas exigencias.

Con carácter general debe indicarse, antes de proceder al estudio de las garantías que la norma reconoce, que sobre registros a la persona del trabajador o sus efectos personales, la regla general es que tales registros no pueden realizarse. Es decir, el art. 18 ET solamente permite los registros bajo las condiciones y parámetros que establece, presuponiendo que la concesión de este poder de registro al empresario constituye una excepción al principio general mencionado⁶².

También parece razonable concluir que el precepto solamente prevé de forma expresa la protección de la intimidad de los trabajadores en los supuestos de registros sobre su persona o efectos particulares ubicados en la empresa, pasando por alto otras situaciones o supuestos de indudable trascendencia en los que puede verse afectado el derecho fundamental que nos ocupa: ordenador, correos electrónicos o postales, etc., centrándonos en es este trabajo en los correos electrónicos.

Atendiendo pues, únicamente a las garantías que observa el art. 18 ET, debemos comenzar por indicar que para proceder al registro de un trabajador o de sus efectos es imprescindible que la decisión empresarial esté motivada por la necesidad de proteger "*el patrimonio empresarial*" o "*el de los demás trabajadores de la empresa*", como fórmula objetiva que pretende presentar (sin conseguirlo) el problema en términos objetivos o neutros⁶³.

La expresión "*patrimonio de la empresa*" debe entenderse de forma genérica, incluso amplia, entendiéndose incluido en él la facultad de registro no sólo cuando hayan desaparecido bienes materiales y tangibles de la misma, sino también cuando el trabajador realiza conductas lesivas para la empresa, como podrían ser, por ejemplo, la introducción de bebidas alcohólicas, estupefacientes, o cualquier otra sustancia, o instrumentos no permitido o susceptible de originar algún tipo de daño real o potencial para las personas o

⁶² Expresamente, DURÁN LÓPEZ, F.: "Inviolabilidad del trabajador...", ob. cit., pág. 536.

⁶³ DURÁN LÓPEZ, F.: "Inviolabilidad del trabajador", en AA VV (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.: Comentarios a las Leyes Laborales. El estatuto de los trabajadores, t. IV, Edersa, Madrid, 1983. pág. 537.

los bienes de la misma⁶⁴, como puede ocurrir para evitar un sabotaje⁶⁵, o cuando se arguyen motivos genéricos de seguridad, o se circunscribe el registro para evitar un espionaje industrial. Es decir, la expresión legal abarca tanto a los bienes materiales como a los inmateriales (STSJ de Murcia, de 18 de julio de 1995).

Probablemente, el sentido más intuitivo de la norma fuese prever el registro para proteger el patrimonio empresarial, aunque la norma refiere también como justificación la protección del patrimonio de compañeros de la empresa, casi como pretexto que "parece responder desde luego más que al núcleo del fundamento a un ánimo de igualación poco riguroso"⁶⁶.

Lo esencial, en estos casos, será poder determinar si los bienes tienen una "conexión con la actividad empresarial"⁶⁷. En cualquier caso, sí debe exigirse una extrema cautela para proceder al registro basándose en la protección del patrimonio de otros trabajadores, mucho más si la legitimación procede de la protección del patrimonio de terceros ajenos a la misma.

En la mayoría de las ocasiones en que se practica un registro, se inquiriere del trabajador, con carácter previo a su realización, la prestación de su consentimiento para la realización del mismo. Lo que en todo caso parece exigible es su presencia física durante el mismo (STSJ Castilla-La Mancha [Sala de lo Social] de 16 septiembre 1999), seguramente con el objetivo de garantizar, al menos mediatamente, una cierta contradicción en la búsqueda de los elementos de prueba.

Con respecto a esta cuestión conviene indicar, en primer lugar, que la negativa del trabajador a que se practique un registro que cumple con todas las exigencias legales constituye un incumplimiento que, según qué casos, puede incluso dar lugar a que concurra causa de despido disciplinario (STS de 28 de junio de 1990), u otra sanción pertinente⁶⁸.

⁶⁴ MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B., Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, 5ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 133.

⁶⁵ Ejemplo de DURÁN LÓPEZ, F.: "Inviolabilidad del trabajador...", cit., pág. 539.

⁶⁶ MOLERO MANGLANO, C.: "Inviolabilidad de la persona...", cit., pág. 548.

⁶⁷ DURÁN LÓPEZ, F.: "Inviolabilidad del trabajador...", cit., pág. 541.

⁶⁸ Expresamente, MOLERO MANGLANO, C.: "Inviolabilidad de la persona...", cit., pág. 552. También DURÁN LÓPEZ, F.: "Inviolabilidad del trabajador...", cit., pág. 551.

Parece razonable que para deducir esta conclusión el registro planteado se vaya a efectuar en horas y en el lugar de trabajo, pues en caso contrario la negativa del trabajador no puede comportar la máxima sanción empresarial.

En definitiva, el trabajador tiene derecho a negarse al registro empresarial, sin perjuicio de que tal hecho pueda ser constitutivo de infracción laboral por desobediencia y, en consecuencia, objeto de la correspondiente sanción disciplinaria, incluyendo aquí el despido. A pesar de lo dicho, parte de la doctrina es de distinta opinión. Así GOÑI SEIN entiende que únicamente pueden aplicarse sanciones que no anulen de hecho la libertad de elección del trabajador, su libre comportamiento, o que coarten su libertad, pues en caso contrario se estaría reconociendo que se reemplaza "la violencia física prohibida" por una "violencia moral"⁶⁹.

En segundo lugar, conviene advertir del peligro que supone la prestación de un consentimiento tácito al registro, en conexión con la irrenunciabilidad de derechos prevista en el art. 3.5 ET. Parece razonable concluir, que debe entenderse totalmente nulo el consentimiento prestado por el trabajador para que el empresario lleve a cabo cualquier tipo de actuación sin tener en cuenta las circunstancias que en cada caso concurren. Es decir, es ineficaz un consentimiento genérico por parte del trabajador para la realización de cualquier tipo de registros en cualquier momento o lugar. Quizá únicamente se consideraría válido este tipo de consentimiento expreso en empresas que trabajan con productos peligrosos (armas, explosivos, productos muy tóxicos, etc.), siempre que, como forma de control de tal situación, se extremasen con mucho rigor las garantías establecidas en la norma en cuanto a la forma técnica de practicar el registro (lugar y hora), especialmente las referidas a la presencia de los representantes de los trabajadores en el mismo.

El consentimiento, por tanto, prestado de forma irregular o abusiva, no debe considerarse eficaz, pues en esta materia la consideración de una medida como contraria o no al derecho fundamental a la intimidad no puede estar condicionada por la consecución

⁶⁹ GOÑI SEIN, J. L.: "El respeto a la esfera privada...", cit., pág. 207.

del objetivo perseguido a través de la incorporación de la correspondiente medida de control⁷⁰.

Ello supone, en esencia, que la sospecha o los indicios de que el trabajador venga cometiendo determinados actos que afecten al patrimonio del empresario o de otros trabajadores de la empresa no es causa en sí misma suficiente para proceder a realizar el registro al que se refiere la norma. Parece razonable, en este sentido, acudir previamente a la averiguación de la verdad material subyacente que legitimaría el registro mediante medidas menos invasivas del derecho fundamental, del mismo modo que lo afirmado respecto al principio de proporcionalidad en la restricción empresarial del ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador, en la medida en que las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales de los trabajadores, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993).

3.3.1. Forma de efectuar los registros: límites y garantías

La facultad de policía privada que el legislador atribuye al empresario para la defensa de su patrimonio empresarial⁷¹ no puede interpretarse extensivamente hasta el punto de convertir a éste en un garante también de la legalidad extralaboral en el interior de la empresa. Por lo tanto, no bastan las meras sospechas con respecto a una conducta inidónea o irregular del trabajador. La norma exige la presencia de un indicio de fuerte consideración con respecto a esta circunstancia, por ello se entiende doctrinalmente, que, en principio, no son legítimos los registros de carácter "preventivo", porque para proceder a los mismos "tienen que concurrir circunstancias concretas que fundamenten dichos registros"⁷².

Por ello la norma requiere que "*Sólo podrán realizarse... cuando sean necesario...*", lo que determina, en primer lugar, que la medida de control o registro es de carácter

⁷⁰ En este sentido, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "El derecho a la intimidad del trabajador". A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, de 10 de julio", Relaciones Laborales, nº 1, 2001, pág. 90.

⁷¹ Aspecto éste duramente criticado por DEL VALLE, que, en esencia lo considera abierta y flagrantemente inconstitucional por atentar contra la presunción de inocencia (art. 24 CE) y contra la intimidad (art. 18 CE). DEL VALLE, J. M. "El derecho a la intimidad del trabajador durante...", cit., págs. 503-4.

⁷² Ambas ideas son de DURÁN LÓPEZ, F.: "Inviolabilidad del trabajador...", cit., págs. 538-9.

absolutamente excepcional⁷³, y, en segundo lugar, que únicamente puede justificarse en las razones muy poderosas prevista normativamente: la protección del patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores (STSJ de Cataluña, de 23 de mayo 2000)⁷⁴.

Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido la legitimidad de los controles periódicos de carácter rutinario en supuestos como: entrada y salida constante de personas, dificultades para controlar los stocks de la empresa, etc., ejercer una facultad de control selectiva (STSJ de Madrid, de 2 de abril de 1998) y especialmente cuando el convenio colectivo aplicable prevé este control de forma expresa (STSJ de Cataluña, de 18 de febrero de 2005); por la existente imposibilidad material de obtener indicios bastantes para actuar conforme a los presupuestos establecidos debido a la celeridad de esa concreta empresa.

Por otro lado, si el indicio o presunción empresarial determinase la sospecha de la comisión de un ilícito de carácter penal, lo razonable sería que el empresario acudiese a las autoridades policiales o judiciales competentes para que, dentro de la más estricta legalidad, adopten éstos las medidas pertinentes⁷⁵.

La medida genérica prevista en el art. 18 ET refiere tres tipos de dispositivos concretos de vigilancia y control: registros sobre la persona del trabajador; sobre "sus taquillas"; y sobre sus "efectos particulares"⁷⁶.

El precepto une conceptualmente aspectos muy diferentes entre sí, lo que provoca que las garantías previstas en sede de legalidad ordinaria no estén correctamente ordenadas a la consecución del mismo ámbito protector. Por ello, lo más razonable, como observa RODRÍGUEZ-PIÑERO, es interpretar el precepto de forma restrictiva, como norma general, para evitar convertir la excepción, el control personal y directo del trabajador, en regla general⁷⁷.

⁷³ MOLERO MANGLANO, C.: "Inviolabilidad de la persona...", cit., pág. 545.

⁷⁴ Como afirma la sentencia, ello no asegura que exista: "*existe la menor evidencia que entre los efectos personales del actor existiera alguno que pusiera en peligro el patrimonio de la empresa o de los trabajadores de suerte que el registro aparece como un mero capricho empresarial*".

⁷⁵ GOERLICH PESET, J. M.: "Despido por relación con el tráfico de cocaína: trasgresión de la buena fe contractual y derecho a la intimidad del trabajador", Poder Judicial, n.º. 9, 1998, págs. 154-5.

⁷⁶ MOLERO MANGLANO, C.: "Inviolabilidad de la persona...", cit., pág. 546.

⁷⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Intimidad del trabajador y...", cit., pág. 102.

Con respecto a la primera cabe significar su agresividad, el cacheo, en contraposición con el tipo de control que se produce al registrar una taquilla o efectos. Dentro del concepto de cacheo, cabe incluir la exigencia empresarial de que el trabajador se someta, a la entrada y salida del trabajo, a detectores de metales, escáneres, y aparatos similares, bien realizados por el empresario, bien por el personal de seguridad de la empresa⁷⁸.

Los términos "taquilla" y "efectos" no presenta demasiados problemas, ni doctrinal ni jurisprudencialmente. Así, por ejemplo, se asimila al concepto de "taquilla", el uso por parte de un trabajador de un armario de la empresa que solamente era utilizado por él (STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2000), o el de los cajones propios de su mesa de trabajo, también de utilización exclusiva por parte del trabajador (STSJ Castilla-La Mancha [Sala de lo Social] de 16 septiembre 1999), estas garantías se extienden cuando la relación laboral ha dejado de existir (STSJ de Asturias, de 17 de noviembre de 2000)⁷⁹, o el contrato se encuentra suspendido (art. 45 ET)⁸⁰.

En referencia al concepto "efectos particulares", la STSJ de Canarias (Las Palmas), de 25 de julio de 2000 entiende que se incluye en tal concepto la bolsa personal que portaba una trabajadora y que se sospechaba que se utilizaba para sustraer determinados objetos (STS de 28 de junio de 1990). De lo que puede entenderse, de manera extensiva, que en el concepto de "efectos particulares" se incluyen todas aquellas pertenencias de los trabajadores con las que se entra en el centro físico de trabajo: chaqueta (STSJ de Castilla-La Mancha, de 29 de enero de 200), carteras de mano, bolsas (STSJ de Las Palmas, de 25 de julio de 2000), bolsos, paquetes, bultos (STS de 18 de marzo de 1987), así como la ropa de trabajo que se lleva a casa (STSJ de Aragón, de 11 de octubre de 1999), los vehículos que el trabajador haya introducido en el recinto empresarial (STS de 11 de junio de 1990), incluyéndose incluso los sobres cerrados que no tengan la consideración de carta de carácter postal (STS de 18 de marzo de 1987). Es decir, se entiende por efectos particulares todos "*aquellos que previamente hayan sido introducidos en el centro de trabajo*" por el trabajador.

⁷⁸ Así, por ejemplo, véase la STSJ de Cataluña, de 18 de febrero de 2005.

⁷⁹ Sobre el particular véase RODRÍGUEZ COPÉ, M^a L.: "El derecho a la intimidad del trabajador como límite...", cit., págs. 225 y ss. Además de STSJ del País Vasco, de 17 de mayo de 2005.

⁸⁰ Véase, en este sentido, el ATS, de 25 de enero de 2005 que entiende aplicable las garantías del art. 18 ET estando de baja laboral el trabajador.

Debe alertarse, sin embargo, de que el trabajador no puede extender el concepto de efectos personales más allá de lo razonable. Pues debe existir una conexión cierta y real entre el efecto y el trabajador, entendiendo, en este sentido, que no reúne dicha consideración, los instrumentales propios de trabajo que el empresario haya suministrado al trabajador para la realización de su quehacer laboral.

Con respecto a los límites empresariales para proceder al registro, el ET adopta una actitud clásica respecto a la ponderación de los derechos fundamentales en juego. Exige, en primer lugar, la concreta presencia de garantías muy específicas en el plano de la legalidad ordinaria⁸¹ esencialmente, en nuestro caso: que el registro se efectúe en horario de trabajo, y dentro del lugar de trabajo, además de contar con la presencia física de otros trabajadores de la empresa durante el mismo- estableciendo, en segundo lugar, una genérica cláusula de cierre del sistema de garantías al prever que el registro se practicara respetando *"al máximo la dignidad e intimidad del trabajador"*.

En consecuencia, los registros sólo podrán emplearse como la última de las medidas posibles para la consecución del fin perseguido por el empresario, es decir, cuando no existan otros mecanismos menos agresivos al derecho fundamental en juego y que puedan satisfacer, igualmente, el interés empresarial, por ejemplo, la prohibición de introducir determinados objetos en el centro de trabajo (STSJ de Cantabria, de 4 de diciembre de 1994).

La mención a la dignidad de la persona también debe comportar la ausencia de cualquier tipo de agresión física o verbal hacia el trabajador durante el registro⁸², así como que, en el supuesto de negativa total del mismo a ser sometido a un cacheo o registro personal, no puede efectuarse aquél, sin que pueda imponerse coactivamente la voluntad del empresario en sentido afirmativo, proscribiendo, especialmente, cualquier tipo de actuación coactiva al afecto.

⁸¹ Así, por ejemplo, GOÑI SEIN, J. L.: El respeto a la esfera privada..., cit., págs. 200-5. Igualmente RODRÍGUEZ-PINERO, M.: "Intimidación del trabajador y...", cit., pág. 100.

⁸² MOLERO MANGLANO, C.: "Inviolabilidad de la persona...", cit., pág. 548.

Que los registros personales deberán hacerse con la mayor discreción y la menor publicidad posible, especialmente hacia el interior de la empresa, lo que puede aconsejar que se realice en el momento en que haya menos concurrencia de personal en el centro de trabajo: momento de descanso, o al comienzo y al final de la jornada, etc. La exigencia de discreción alcanza tanto al empresario, en el momento de realización del mismo y después de él, como a los trabajadores presentes en el registro, incluso aunque no sean representantes de los trabajadores y se vean constreñidos, por esta razón, por el genérico deber de sigilo que se impone el ET a estos representantes. En el caso de que la medida necesariamente deba abarcar a varios trabajadores y no sea por tanto una medida selectiva sino genérica o ritual, no podrá procederse de manera discriminatoria o atentatoria contra el principio de igualdad y de no discriminación.

Con respecto a las garantías más específicas, el art. 18 ET refiere dos muy precisas, que se efectuó el registro a) "*dentro del centro de trabajo*", y, b) "*en horas de trabajo*", expresiones, ambas, que dejan en el aire la resolución de algunos supuestos que pueden presentarse en la práctica, pero que efectivamente centran sobremanera los parámetros temporales y espaciales en los que puede procederse al registro.

Con respecto al "*centro de trabajo*", puede concluirse que el registro abarca la totalidad del mismo, incluyendo aquí los parkings, almacenes, jardines y servicios comunes de la empresa: calles y plazas interiores, así como el recinto exterior del propio centro que usualmente se identifica como propiedad de la empresa, es decir, el art. 18 ET no alude al centro de trabajo técnicamente considerado, sino al recinto o espacio físico que conforma el lugar natural de ejercicio del trabajo.

Los registros deben realizarse "*en horas de trabajo*", es decir, dentro de la jornada laboral (STSJ de Madrid, de 25 de enero de 1996) del trabajador afectado. Por otra parte, la doctrina entiende que lo más razonable es que los registros se practiquen, o bien a la salida del trabajo, para el registro de las taquillas, o bien a la entrada para verificar los efectos personales que introduzca el trabajador en la empresa.

Es pues, que la norma general en cuanto al registro, no puede efectuarse (únicamente) en el horario de trabajo de la empresa, sino, más concretamente, en las "*horas de trabajo*" del trabajador afectado, pudiendo éstas (lógicamente) ser diferentes para cada

concreto trabajador, especialmente en aquellas empresas que trabajan en dos o más turnos, y cuando el trabajador presta sus servicios a tiempo parcial. Con ello se quiere asegurar, no sólo que la jornada laboral del trabajador no va a ser prolongada para este menester (STSJ de Madrid, de 25 de enero de 1996), sino también que la medida invasiva de la intimidad del trabajador se va a efectuar en el ambiente normal y natural de trabajo.

Por ello, sólo de manera muy excepcional se ha permitido (STC de 13 de febrero de 1981) el registro fuera del horario de trabajo, pero a condición de retribuir adecuadamente a los trabajadores en este caso, ya que *"el tiempo empleado en estas medidas no puede correr a cargo del trabajador"*, considerándose éste, probablemente, tiempo extraordinario de trabajo.

3.3.2. Presencia de los representantes de los trabajadores

El último inciso del art. 18 ET dispone que en la realización de los registros *"se contará con la asistencia de un representante de los trabajadores"*, y que, en ausencia de dicha figura en el centro de trabajo, se contará con la asistencia *"de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible"*.

Nos encontramos por tanto, con una exigencia alternativa y relativa, ya que la presencia de un trabajador ordinario, es decir, no representante de los trabajadores, dependerá de si en el momento de realizar el registro no se encuentre o no exista representante de los trabajadores en el centro de trabajo y, en el caso, de contar con la asistencia de un trabajador que no sea representante de personal queda supeditada a que *"ello sea posible"*, por lo que puede darse dos supuestos: que no haya ningún trabajador presente en ese momento en el centro de trabajo, o bien porque alguno de los presentes se niegue a participar en el registro, pudiendo deducirse, en este último caso, las responsabilidades laborales oportunas por desobedecer una directa orden empresarial⁸³. Debemos tomar la posibilidad como una excepción, pues el precepto exige la presencia de estos sujetos en el registro *"...siempre que ello fuera posible"*. Es decir, lo razonable y deseable es que el registro se practique con un trabajador presente, aunque no se niega la posibilidad de hacerlo sin ninguno presente (STSJ de Aragón, de 11 de octubre de 1999).

⁸³ DURÁN LÓPEZ, F.: "Inviolabilidad del trabajador...", cit., pág. 550.

Un supuesto en el que parece razonable prescindir de la regla general de presencia de un trabajador es cuando la realización del registro en ese preciso momento sea absolutamente necesaria para proteger el bien jurídico tutelado, es decir, cuando el registro deba realizarse sin dilación, porque, de otra manera, pierde su entidad y su razón de ser. En cualquier caso, corresponde al empresario poner todos los medios a su alcance para que el registro sea presenciado por aquéllos⁸⁴.

En el ámbito de la práctica habitual, parece razonable que, con carácter previo a la adopción de la medida de control, se proceda a la designación de los trabajadores que van a presenciar el registro de manera consensuada entre el trabajador afectado y el empresario, bien porque así este previsto en el convenio colectivo, o bien porque sobre la marcha, se acuerde, o bien, dando la opción a la elección corresponda al trabajador (STSJ de Castilla-La Mancha, de 29 de enero de 2001). Resulta conveniente para ambas partes la presencia en el registro de otro trabajador, sobre todo a efectos de acreditación de las circunstancias concretas que tras el mismo se evidencian. También debe tenerse presente que es bastante habitual que en la negociación colectiva se establezcan mecanismos y garantías adicionales que articulen el procedimiento a seguir en estos casos, como observa la STSJ de Cantabria, de 14 de diciembre de 1994.

Para finalizar, debemos añadir que el precepto no plantea una comparecencia puramente pasiva del representante o trabajador que presencia el registro, sino que el término legal "*asistencia*" debemos interpretarlo como una implicación activa y positiva, entendido como asistencia al trabajador registrado, no al registro en sentido estricto conllevando implícitamente la posibilidad de intervención, de advertir al empresario la ilicitud de alguna medida concreta, de aconsejar al trabajador la negativa u oposición a determinada práctica, la solicitud de paralización o suspensión del registro si se considera que transcurre por cauces inaceptables, etc.

⁸⁴ En este sentido, GARCÍA NINET, J. I.: "Comentario al artículo 18 ET", en AA VV, El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo, Edersa, Madrid, 1981, pág. 149.

3.3.3. Carga de la prueba de los hechos que pretenden justificar el control empresarial

Como hemos expresado, para que pueda procederse al registro debe existir, una causa de justificación que legitime dicha intervención con carácter previo. Pudiendo ser desde la sospecha fundada e individualizada, hasta las razones meramente generales y de carácter preventivo, en cuyo caso los registros podrán tener un carácter periódico o institucional. Para la determinación de lo que debe entenderse como indicio o sospecha fundada en habrá que acudir al ámbito de la seguridad ciudadana y, en general, al ámbito penal, es decir, si dicha conducta efectivamente produzca o vaya a producir un perjuicio para el empresario o para los bienes mismos de la empresa. Y es que, si la flagrancia o certeza absoluta de que un trabajador se ha apoderado de un bien ajeno no debe generar problemas, a partir de ese instante es preciso examinar prudentemente las circunstancias concurrentes para decidir llevar a efecto un registro por entender razonablemente que, siendo ésta la única medida posible o habiéndose agotado otras alternativas, el resultado de aquél presumiblemente permitirá constatar la antijurídica acción del trabajador y, en definitiva, servirá como elemento de prueba para poder depurar responsabilidades laborales y, en su caso, civiles y penales.

Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Esto nos puede llevar a que el trabajador exponga que se ha vulnerado su derecho fundamental, por lo que, en el caso de que el trabajador denuncie una posible vulneración de sus derechos, corresponderá a la parte demandada *"la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"*⁸⁵.

⁸⁵ Como por ejemplo, define y concreta muy adecuadamente, la STSJ de Madrid, de 12 de abril de 2005 al afirmar que: *"Como recuerda la doctrina constitucional, para que opere este desplazamiento del onus probandi no basta que el demandante alegue esa vulneración, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen... una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato, de forma que con esta prueba indiciaria, el demandado debe probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales, dentro de unos criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales"*.

De no ser así, la regla general es que debe soportar el trabajador demandante la carga de la prueba, siendo esta muy difícil de levantar procesalmente. Eso sí, no podemos decir que exista una inversión total de la carga de la prueba, ya que el demandante (trabajador) deberá acreditar la existencia indiciaria del hecho básico, que permita activar este especial sistema de prueba, así lo afirman las SSTC 266/1993 y 180/1994, siendo a partir de este instante cuando compete a la parte contraria (empresario, generalmente), mediante prueba concreta y directa, acreditar en su descargo la inexistencia de la vulneración del derecho fundamental que haya sido objeto de denuncia.

Por ello, no suele considerarse suficiente la aportación únicamente de pruebas testificales de compañeros de trabajo del trabajador acosado sexualmente en el trabajo⁸⁶, aunque sí es suficiente como presunción probatoria, la inicial confesión del agresor⁸⁷. Debe recordarse, en fin, como bien observa la STSJ de Cataluña, de 4 de septiembre de 2001, que las *"evidentes dificultades probatorias del acoso sexual en el trabajo... si no imposibilita la prueba directa, sí que ésta resulta extremadamente difícil por lo que en muchas ocasiones no existe más constancia que el testimonio de la propia víctima, dotando de especial relevancia su declaración. De ahí, que la estimación de suficiencia probatoria deba proyectarse sobre notas de verosimilitud subjetiva y objetiva"*⁸⁸.

Por indicio debe entenderse aquel hecho cierto y probado, mediante prueba directa, a partir del cual se puede acreditar otro hecho con el que está relacionado. Consideramos excesivamente arriesgado en términos de seguridad jurídica el criterio que sostiene un sector doctrinal para el que, pese a la remisión legal y jurisprudencial que se viene haciendo a los indicios, consideran que bastaría con crear un simple principio de prueba, bastando con que el juez alcance la convicción sobre la probabilidad de que los hechos, en efecto, son los que se esgrimen por el demandante, tesis a la que no es ajena alguna resolución judicial.

Una vez constatados los indicios de vulneración del derecho fundamental a la intimidad denunciada por un trabajador, corresponderá al empresario demandado probar que el hecho objeto de la denuncia obedece a motivos razonables ajenos a la circunstancia

⁸⁶ STSJ de Madrid, de 14 de diciembre de 2005.

⁸⁷ Así, por ejemplo, véase la STSJ de Andalucía (Málaga), de 13 de mayo de 2005.

⁸⁸ En el mismo sentido véanse la STSJ de Cataluña, de 16 de enero de 2003 y de Canarias (Las Palmas), de 2 de marzo de 2005.

sostenida por el trabajador y que, por ende, no se ha producido la meritada vulneración. En este sentido, son dos las estrategias procesales entre las que, dependiendo de las circunstancias concurrentes, puede optar el empresario: a) Tratar de probar directamente que no se ha producido hecho alguno susceptible de provocar vulneración alguna del derecho fundamental; b) Tratar de demostrar que existía justificación o proporción en el tratamiento dispensado al trabajador⁸⁹. En el primer caso, el demandado realiza una mera actividad probatoria, mientras que, en el segundo, se admite la existencia del hecho alegado por el trabajador, si bien se trata de justificar la conducta en cuestión mediante la privación de su antijuridicidad.

3.4. Consecuencias del resultado de los registros o las medidas de control

Cuando la empresa decide adoptar alguna de estas medidas de vigilancia o control de los trabajadores, lo hace, generalmente, de manera preventiva y con carácter disuasorio; es decir, para tratar de evitar que por parte de los trabajadores se cometan acciones contrarias a la buena fe que ha de presidir la relación de trabajo y, en su caso, para proteger el patrimonio de la empresa, fin este último que está en la base de la legitimación de la propia medida.

En determinadas circunstancias, el motivo de la puesta en práctica de tales medidas obedece a la existencia de sospechas o indicios de realización, por parte del trabajador, de conductas extrañas a las que deberían presidir la relación laboral, o bien, más sencillamente, porque se desconfa de la actitud del trabajador en el ejercicio de la relación laboral, destacándose como la medida más radical, y por ello la que más roza la inconstitucionalidad, la realización de registros personales sobre el trabajador o en sus dependencias privadas que se encuentran en la empresa.

En uno u otro caso, tanto en el supuesto de vigilancia o control de los trabajadores como en el de registro, se puede llegar a constatar fielmente que el trabajador ha cometido actos contrarios a las normas laborales o, incluso, de naturaleza penal, de lo que se

⁸⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: Igualdad y discriminación, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 292 y ss.

derivarán las correspondientes responsabilidades de una u otra naturaleza y, en su caso, las eventuales responsabilidades indemnizatorias civiles derivadas de aquéllas⁹⁰.

Puede suceder, por el contrario, que, tal y como se ha comentado, los indicios fueran inconsistentes o, por cualquier otra circunstancia, la medida de vigilancia o control adoptada, o el registro practicado, no deparase el resultado esperado y resulte infructuoso, en cuyo caso podría llegar a invertirse la responsabilidad, pudiendo exigirse del empresario la que proceda, según qué casos.

3.4.1. Responsabilidades de los trabajadores

Debe destacarse, como circunstancia característica en este tipo de situaciones, que la negativa del trabajador a someterse a un registro ordenado por el empresario, sobre su taquilla o efectos, siempre que en este proceder se respete su dignidad e intimidad, así como los demás límites espaciales y locales, puede llegar a constituir un incumplimiento contractual que eventualmente podría acarrearle una sanción de índole laboral, incluyendo, incluso, evidentemente en los casos más graves, el despido disciplinario, si los hechos revisten la entidad suficiente como para entender que nos encontramos ante un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones del trabajador (art. 54.1 ET)⁹¹.

Con todo, la respuesta empresarial no siempre tiene que ser obligatoriamente el despido del trabajador, pues, según dispone el art. 58.1 ET el empresario podrá imponer la oportuna sanción *"de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable"*. Probablemente, las propias previsiones convencionales, de existir éstas, sean las que mejor acomoden este principio gradualista a cada caso concreto, teniendo presente, en todo caso, que la imposición de sanciones no es obligada al empresario, sino que constituye una mera facultad que el ordenamiento deposita, en aras del principio de inclusión del trabajador en el círculo disciplinario del empresario, en el empleador.

⁹⁰ Así, por ejemplo, véase la ATS de 23 de noviembre de 2004. También, aunque negando que en este concreto supuesto proceda la indemnización, véase la STSJ Cataluña, de 19 de enero de 2005.

⁹¹ Así, por ejemplo, véanse las SSTs de 19 de julio de 1989, de 11 de junio de 1990 y de 28 de junio de 1990.

Más allá del ámbito estrictamente laboral, debe tenerse presente que la conducta del trabajador en la empresa puede llegar a ser constitutiva de algún tipo de ilícito de carácter penal tipificado como falta o delito por el Código Penal, en cuyo caso lo más razonable, con independencia de las consecuencias laborales a las que posteriormente se llegase, sería que se pusiese esa circunstancia en conocimiento de las autoridades competentes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 259 y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹². Quiérase indicar, únicamente, que las facultades de policía privada que determinados preceptos del ET confieren al empresario no alcanzan a concederle facultades de control sobre la legalidad abstracta de la conducta del trabajador en el terreno penal.

Por ello, debe llamarse la atención sobre la eventual reprochable conducta del empresario que de manera coactiva impone al trabajador la alternativa de que él extinga, por su propia voluntad, la relación laboral [art. 49.1.a) y d) ET] o bien se denuncie la comisión de algún ilícito de carácter penal. Especialmente cuando los hechos no revisten la entidad laboral suficiente como para proceder a la extinción del contrato, pues no todas las situaciones en las que un trabajador pueda ser castigado penalmente determinan, irremisiblemente, algún tipo de sanción (y mucho menos el despido) en el ámbito laboral.

Del mismo modo, debe llamarse también la atención sobre el hecho de que la responsabilidad del trabajador por la realización de determinadas conductas puede llevar aparejada la concurrencia, consecutiva o alternativa, de una determinada responsabilidad civil, contractual o extracontractual de los arts. 1101 y 1902, respectivamente, del CC, o, en su caso, de la responsabilidad civil *ex delicto* en los términos previstos en los arts. 109 y siguientes del CP. En estos casos, la exigencia de esta clase de consecuencias indemnizatorias podría deducirse conjunta o separadamente con las de carácter laboral.

3.4.2. Responsabilidades empresariales

⁹² Art. 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción... o funcionario fiscal más próximo ...". Art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratase de un delito flagrante".

En principio, no se produce lesión alguna del derecho a la intimidad personal del trabajador cuando la actuación de control empresarial está motivada por la existencia de razonables sospechas de la comisión, por parte del empleado, de algún tipo de irregularidad en el ejercicio de su trabajo⁹³. Como hemos indicado previamente, este tipo de indicios o sospechas permiten la adopción de la medida de control que en cada caso se establezca, constituyéndose éstos, en fin, en el título legitimador que permite la adopción de la medida.

El debate sobre la legitimidad de la medida se erige, en fin, en el fiel de la balanza de la ponderación de los intereses jurídicos en juego, poder de dirección del empresario versus derecho a la intimidad del trabajador, pero una vez superados los requisitos de idoneidad exigidos por la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, no puede considerarse que la medida concreta de control lesiona el derecho del trabajador, siempre que la medida adoptada sea proporcional al bien jurídico que se dice lesionado por el empresario.

Sin embargo, cuando el empresario lleve a efecto un registro o medida de control sin respetar los derechos fundamentales en juego, cabe, señaladamente, la posibilidad de ejercitar el procedimiento de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales previsto en el art. 53.2 CE, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el art. 9.2 LO 1/1982, según el cual *"La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados"*.

Con respecto a esta última cuestión, debe tenerse presente que entre las consecuencias de la actuación empresarial puede incluirse la necesaria indemnización al trabajador por los posibles daños y perjuicios sufridos por éste en la realización del control empresarial, incluyendo también los siempre difícilmente cuantificables daños morales.

⁹³ Véase, en este sentido, la STSJ de Cataluña, de 13 de marzo de 2001 con motivo de la localización en la mesa de un trabajador de un documento con el logotipo de otra empresa distinta que hacía presumir la actividad de concurrencia desleal de aquél que, a la sazón, quedó acreditada y fue motivo de despido disciplinario. La Sala considera que no se produjo lesión alguna del derecho a la intimidad del trabajador en cuestión, en la medida en que la sospecha previa legitimaba la adopción de la medida concreta.

En relación con esto, la STS de 9 de junio de 1993 a la luz de lo dispuesto en el artículo 9.3 LO 1/1982⁹⁴ ha afirmado que *"una vez acreditada la vulneración de un derecho fundamental, se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente, sin necesidad de que el sujeto que haya sido víctima de la lesión pruebe que se le ha producido un perjuicio"*. No obstante, ello *"no significa que la parte quede exonerada del deber de alegar en su demanda los indicios o fundamentos que permitan apoyar su concreta pretensión indemnizatoria, justificando suficientemente que la compensación exigida procede en el específico supuesto de hecho, por ser razonable y proporcionada al perjuicio sufrido, atendidas las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión sufrida"* (STS de 20 de enero de 1997)⁹⁵.

Dentro de este resarcimiento también deben incluirse las eventuales consecuencias indemnizatorias en supuestos de acoso moral o "mobbing", deducibles, ante la jurisdicción social, en cualquier caso, por la vía de la responsabilidad extracontractual del art. 1101 CC, esencialmente para aquellas secuelas morales derivadas del incumplimiento empresarial del deber de respetar la intimidad y la consideración debida a la dignidad del trabajador. Pues se considera compatible la indemnización por lesión de derechos fundamentales con la que procede por la extinción contractual (STS de 12 junio 2001)⁹⁶.

Es presupuesto de esta indemnización, como matiza la STSJ de Cataluña, de 3 de diciembre de 2004 *"que exista una actuación empresarial ilegítima que pueda valorarse en el Orden Social de la Jurisdicción por haberse desarrollado en el ámbito del contrato de trabajo"*⁹⁷. En este proceder indemnizatorio, como observa la STSJ de Madrid, de 30 de septiembre de 2004 *"uno de los principios que prevalecen en esta materia es el de proporcionalidad o, en otras palabras, la necesaria adecuación entre las consecuencias gravosas que al contraventor debe suponerle el reproche por su actuación ilícita y el alcance real del sufrimiento moral irrogado a quien hubo de soportarla..."*.

⁹⁴ Art. 9.3 LO 1/1982: *"La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma"*.

⁹⁵ En el mismo sentido véase la STS de 2 de febrero de 1998.

⁹⁶ Véanse, en la misma línea, las SSTSJ, de Murcia, de 2 de diciembre de 2001; de Cataluña, de 15 de julio de 2002; de Madrid, de 10 de febrero de 2000; del País Vasco, de 11 de julio de 1996; de Madrid, de 3 de abril de 1997; del País Vasco, de 24 de octubre de 2000; y de Madrid, de 10 de mayo de 1995.

⁹⁷ En el mismo sentido véase la STSJ de Cataluña, de 16 de septiembre de 2003.



SEGUNDA PARTE

INTIMIDAD, NUEVAS TECNOLOGIAS Y RELACION LABORAL

1. COMO AFECTAN LAS NUEVAS TECNOLOGIAS AL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

1.1. Nuevas Tecnologías en el Derecho a la Intimidad en la empresa

Los grandes avances y a la velocidad a la que se han producido las denominadas nuevas tecnologías han facilitado la comunicación entre las personas y un mayor flujo de información, en particular, el desarrollo que ha tenido Internet, planteando retos complejos y novedosos a nuestras sociedades, desde los más diversos puntos de vista. Esta situación novedosa suele requerir una regulación jurídica, y por ello el acercamiento del Derecho a estas nuevas tecnologías es imprescindible⁹⁸. El análisis de este fenómeno deviene complejo, y nosotros nos vamos a referir a las implicaciones relativas a los derechos fundamentales, en concreto, al derecho a la intimidad en las relaciones laborales respecto del uso del correo electrónico.

Una de las manifestaciones de la implantación generalizada de las tecnologías de la información en la empresa es la utilización masiva del correo electrónico como medio de comunicación en la empresa y, por lo tanto, como instrumento de trabajo por los trabajadores. La cuestión es que la utilización que de este instrumento de trabajo se realiza en la relación laboral es cada vez más privada. La utilización abusiva de un instrumento de trabajo para fines propios plantea, desde la perspectiva empresarial, numerosos inconvenientes o perjuicios, por lo que, ha comenzado a ser objeto de tratamiento doctrinal. Hemos de mencionar la trascendencia que estos fenómenos tienen sobre el conjunto del catálogo de los derechos, y más allá de ello sobre la propia teoría de los derechos fundamentales, su concepto y su propia naturaleza⁹⁹.

⁹⁸ DIAZ REVORIO, F.J.: Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales. Pensamiento Constitucional, 2012, vol. 14

⁹⁹ CARDONA RUBERT, M.B.: "Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas". Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales, País Vasco, 2003, pág. 157-173.

Como apreciamos, este trabajo no tiene unas pretensiones tan ambiciosas, pero sí pretende al menos llevar a cabo un acercamiento a los problemas que se plantean en este terreno, en relación, con el uso del correo electrónico por parte de los empleados en la relación laboral. Una de las características singulares de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (NTIC o TIC, en adelante), es su ambivalencia en el ámbito de los derechos fundamentales, es decir, estas tecnologías están pensadas para favorecer y facilitar el ejercicio de diversos derechos fundamentales (como las libertades de expresión en sentido amplio), sin embargo suponen una clara amenaza para otros, y en concreto para todos los vinculados a la vida privada¹⁰⁰; a la que nos referiremos, aunque también afecta muchas otras dimensiones más complejas.

1.1.1. Aproximación general a las TIC

Suelen utilizarse las expresiones “tecnologías de la información y de la comunicación”, “nuevas tecnologías de la información”, o simplemente “nuevas tecnologías”, para referirse a un conjunto de instrumentos desarrollados en las últimas décadas para la comunicación y la transmisión de la información. Se ha destacado que el aspecto más interesante de las nuevas tecnologías es la convergencia entre la tecnología de las telecomunicaciones, la informática y la radiodifusión. Desde esta perspectiva, y a efectos generales podemos considerar como “tecnologías de la información y de la comunicación” o “nuevas tecnologías”, y entre otros instrumentos de transmisión y recepción de comunicaciones e informaciones, la telefonía fija, el móvil, la radio y la televisión, el GPS, la informática y los ordenadores, el fax, la videoconferencia, los SMS y otros servicios de mensajería, mención especial del correo electrónico al que nos referiremos en profundidad, el *chat* o mensajería instantánea y ocupando un indiscutible protagonismo, Internet, que incluye hoy buena parte de las anteriores prestaciones.

Dada la amplitud de las infraestructuras, tecnologías e instrumentos utilizados, y a efectos de una mejor sistematización, cabría quizá distinguir las tecnologías según diversos criterios:

¹⁰⁰ SUÁREZ ESPINO, M.L.: “La intimidad de los trabajadores en el centro de trabajo y el poder de vigilancia del empresario”, Diario La Ley, Nº 7906, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 2012.

a) en función de la vía o canal de comunicación utilizado: cable telefónico, otros tipos de cables, tecnología telefónica inalámbrica, ondas hertzianas, satélite, etcétera;

b) en función del tipo de aparato utilizado como receptor (y, en su caso, también emisor): televisor, teléfono fijo o móvil, fax, receptor GPS, ordenador, otros electrodomésticos;

c) en función del tipo de contenido de la comunicación: contenido audiovisual, mensajes de todo tipo, voz, archivos informáticos (que a su vez pueden incluir cualquiera de los anteriores contenidos, o bien otros), otros datos;

d) en función del tipo de comunicación en sentido propio: televisión, radio, teléfono, páginas web, correo electrónico, *chat*, etcétera.

Este intento de clasificación pone de relieve que a un mismo tipo de comunicación puede accederse desde diferentes aparatos y por vías distintas, que a su vez son susceptibles de utilización para transmitir o recibir contenidos variados. Con este enfoque amplio podemos analizar, las implicaciones que estas nuevas tecnologías tienen sobre los correos electrónicos o análogos en el ámbito de la relación laboral¹⁰¹.

1.1.2. Las TIC en el ámbito de la empresa

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación han transformado la manera de trabajar y gestionar recursos y son un elemento clave para hacer que el trabajo sea más productivo: agilizando las comunicaciones, sustentando el trabajo en equipo. Pero también suponen una “amenaza” frente al empleador debido al uso excesivo y extralaboral de las mismas. Bien utilizadas, las TIC permiten a las empresas producir más cantidad, más rápido, de mejor calidad, y en menos tiempo y con un coste muy bajo¹⁰². Por ejemplo el correo electrónico nos permite enviar todo tipo de información y comunicados a nuestros clientes, además de hacer efectiva una relación más estrecha dentro del seno la empresa para poder actuar con mayor celeridad ante cualquier problema. En la actualidad, las TIC

¹⁰¹ DIAZ REVORIO, F.J.: “Tecnologías de la información y la comunicación...”, cit. pág. 35 y ss.

¹⁰² GUILLEM GORBE, T.: “Las TIC en la estrategia empresarial”, Ed. Anetcom, Madrid, 2007, pág. 59.

son un factor determinante en la productividad de las empresas, sea la empresa que sea y tenga el tamaño que tenga.

1.2. Revolución tecnológica al servicio del empresario

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación hace tiempo que están instauradas en los procesos productivos de las empresas, dando con ello un nuevo enfoque a la relación empresario-trabajador¹⁰³. El impacto que ha tenido este proceso ha revolucionado las relaciones laborales, generando controversias en el ámbito doctrinal y judicial en lo relativo al uso laboral y extralaboral, y en el control por parte del empresario en relación con las NTIC y en particular con Internet.

Cuando la llamada sociedad de la información se introduce en el lugar de trabajo, surgen diversos problemas jurídicos, que llevan a enfrentar el derecho empresarial, acotando y controlando el uso de las TIC de la empresa con fines personales, y el derecho de los trabajadores al uso de estas con los mismos fines. El empresario ejerce un control y una vigilancia sobre sus trabajadores, con el fin de garantizar la seguridad de los datos contenidos en los ficheros de la empresa y evitar el uso extralaboral de los medios informáticos (ordenadores, internet, correo electrónico), ya que estos son propiedad de la empresa puestos a disposición de los trabajadores para su uso en el cumplimiento de su prestación laboral¹⁰⁴. Esto conlleva el recelo de los propios trabajadores a dicha intromisión y la posible vulneración de su derecho a la intimidad, además de que dichas tecnologías permiten realizar controles más profundos y con un menor esfuerzo por parte del empresario haciendo más factible quebrantar los derechos fundamentales que le son inherentes a cada ciudadano-trabajador¹⁰⁵.

¹⁰³ CARDONA RUBERT, M.B.: “Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional”, *Lex Social*, vol. 5, nº. 2, Valencia, 2015, pág. 32.

¹⁰⁴ ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “Derecho social: Uso del correo electrónico e internet en el trabajo y medios de control del empresario”, *Revista de Contratación Electrónica*, nº 63, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 37 y ss.

¹⁰⁵ ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico por los trabajadores y control empresarial”, *Diario La Ley*, nº7188, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 2009, págs. 2-4.

1.3. Abuso de los recursos informáticos de la empresa

Es muy frecuente por parte de los trabajadores que disponen en su puesto de trabajo de conexión a internet acabar consultando el correo electrónico personal, chatear, leer periódicos virtuales, navegar por webs, etc., que nada tienen que ver con su cometido laboral, y hacerlo en horario laboral utilizando los medios y herramientas que ha puesto a su disposición la empresa¹⁰⁶. Por otra parte, la gran mayoría de los empleados defiende el derecho al uso privado del correo de la empresa, aunque admiten que debe ser un uso moderado del mismo¹⁰⁷.

Podemos afirmar que el uso irracional de los medios informáticos por parte de los empleados implica una reducción en la productividad y por lo tanto también de la empresa, y de ello podríamos deducir un incumplimiento contractual por parte del trabajador, como consecuencia, de una disminución deliberada y reiterada del rendimiento del trabajador¹⁰⁸. Ante este abuso el empresario ha respondido con la utilización de programas informáticos de espionaje laboral y sancionando a aquellos trabajadores que usan los medios informáticos facilitados por la empresa de una forma indebida¹⁰⁹.

1.4. Ausencia de respuesta jurídica al uso de los medios informáticos en la empresa

La revolución informática que conlleva estas NTIC no ha acarreado una adecuación de nuestro ordenamiento jurídico, tampoco específicamente en la legislación laboral para disciplinar las particularidades del uso y control de las herramientas laborales como los programas de gestión de correo electrónico, la revisión de ordenadores o el uso de seguimiento de navegación a través de internet. Por lo que no da una respuesta actual a los problemas jurídicos derivados de esta práctica, siguiendo vigente y de aplicación los

¹⁰⁶ CARDONA RUBERT, M.B.: “Intimidación del trabajador y comunicaciones...”, cit., págs. 34 y ss.

¹⁰⁷ ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo...”, cit..., pág. 5.

¹⁰⁸ DELGADO, A.: “Absentismo nada virtual: normativa, problemas y soluciones del uso de internet durante la jornada laboral”, *Emprendedores*, nº 116, 2007, págs. 76 y ss.

¹⁰⁹ BELLIDO ASPAS, M.: “La utilización del correo electrónico como motivo de despido laboral”, *Empresa y prueba informática*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, págs. 85 y ss.

preceptos expuestos anteriormente, que están dedicados a disciplinar el control del empresario en el entorno laboral (art. 18 y 20 ET)¹¹⁰.

No es menos cierto que han sido nuestros tribunales los que han ido delimitando la inmensa casuística relacionada con estos sucesos informáticos, sin embargo, debemos añadir la imposibilidad existente de dar un criterio general para este tipo de problemática¹¹¹. El Tribunal Constitucional ha desempeñado, durante este tiempo, un importante papel en la ponderación de los intereses enfrentados en supuestos en los que la utilización de tecnologías de la información y la comunicación en la empresa somete a examen los lindes entre el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y las facultades legítimas de dirección, control y organización del empleador¹¹². Además ante este vacío legislativo, la autonomía individual y los códigos unilaterales de conducta han cobrado relevancia como métodos para la regulación de la utilización de medios informáticos en la empresa¹¹³, por lo que ahondaremos en los diferentes supuestos, para poder dar la solución más adecuada para situación concreta.

2. PRIVACIDAD EN EL AMBITO LABORAL EN EL USO INDIVIDUAL DEL CORREO ELECTRÓNICO

2.1. Derechos fundamentales de los trabajadores en el uso del correo electrónico

Nosotros en este apartado nos vamos a centrar en el derecho a la intimidad personal reconocido en el art. 18 CE que es el que puede resultar más directamente afectado por el tipo de control que pueda ejercitar el empleador, también lo es el secreto de las comunicaciones, entre otros, pero sobrepasa el tema expuesto en este TFG. Sí cabe añadir, no obstante, que el secreto de las comunicaciones se suele presentar por la doctrina como una manifestación de la intimidad, pero, es bien cierto que aunque discutido el carácter autónomo del primero respecto del segundo, podemos afirmar que en la actualidad

¹¹⁰ MARTINEZ FONS, D.: “El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

¹¹¹ ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo...”, cit., pág.7.

¹¹² SUÁREZ ESPINO, M.L.: “La intimidad de los trabajadores en el centro...”, cit.

¹¹³ CARDONA RUBERT, M.B.: “Intimidad del trabajador y...”, cit., pág. 36.

se reconoce su existencia como derecho independiente, si bien nos resulta inabarcable en este trabajo incluirlo.

Debemos precisar que, en alguna ocasión, se ha señalado que el correo electrónico es similar a una postal y, que, por su propia naturaleza, no contiene ningún elemento amparado por el secreto, pero esta postura no se puede mantener ya que el correo electrónico está amparado efectivamente por el derecho al secreto de las comunicaciones¹¹⁴.

2.2. Derecho a la intimidad del trabajador en el uso del correo electrónico

En el ejercicio legítimo de las potestades de vigilancia y control del empresario, es imprescindible la utilización de técnicas que tengan en cuenta tanto las exigencias del empresario como las de los trabajadores. Ello requiere de un esfuerzo feroz en aras a hallar un equilibrio entre ambos. Sin embargo, el hecho de que no exista un sistema capaz de preservar la intimidad del trabajador de modo absoluto, no obsta para que no se le haya de dotar al mismo de las máximas garantías posibles¹¹⁵.

El problema que se plantea con el control empresarial del uso del correo electrónico u otro tipo de comunicaciones electrónicas, como chats, es que para realizarlo el empresario acudirá, en primer término, al sistema de control que permite de manera más eficaz conocer cuál ha sido el uso que el empleado ha realizado del correo o del chat: su monitorización, que comporta, ineludiblemente, la intromisión del empresario en el contenido de los mensajes. Examinaremos en el presente trabajo las más relevantes relativas al uso del correo electrónico, aunque haremos referencia a otras en relación con los ordenadores de la empresa y programas de mensajería por parte de los trabajadores para usos ajenos a los relacionados con la prestación laboral, ya que están estrechamente relacionadas.

¹¹⁴ ARAGÜEZ GUERRERO, J.: “Intimidad en el trabajo”, Revista Toga, N°4, Ed. Navarcorp, Navarra, págs. 47 a 54.

¹¹⁵ CARDONA RUBERT, M.B.: “Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas...”, cit. pág. 38.

2.2.1. El Tribunal Constitucional y su interpretación del derecho a la intimidad en el uso del correo electrónico.

Como ha señalado el TC en sentencia 241/2012, *“la esfera de intimidad personal está en relación con la acotación de la misma que realice su titular”*. En este caso, la recurrente, junto con una compañera, habían instalado un programa de mensajería instantánea en el ordenador de la empresa en que trabajaban. Otro trabajador encontró, al acceder al ordenador, unos mensajes en los que criticaban a sus compañeros, superiores y clientes, poniéndolo en conocimiento de la empresa. Una vez leídos por sus superiores se les amonestó verbalmente. El Tribunal Constitucional consideró al respecto que: no existe vulneración del derecho a la intimidad porque se trataba de un ordenador de uso común y sin clave de acceso, al cual podía acceder cualquier usuario; además la empresa había prohibido a los trabajadores la instalación de programas en el ordenador. Por tanto el Tribunal Constitucional refrenda la posibilidad que tiene el empresario, en el ejercicio de su poder directivo, de acceder a los datos necesarios para el ejercicio de su actividad¹¹⁶.

Entendemos que, cuando se entregan al trabajador herramientas idóneas para comunicaciones de carácter privado o íntimo, hay que contar con que tales herramientas se utilicen para lo que sirven. Como bien dice el voto particular a la STC 241/2012¹¹⁷, el contrato de trabajo no incomunica al trabajador, y ello, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, impide reconocer legitimidad a cualquier límite incondicionado de las comunicaciones de los trabajadores. Por otra parte, las comunicaciones tienen naturaleza privada, y, en su caso, íntima, incluso aunque no estén protegidas por clave de acceso, ya que la ausencia de dicha clave no autoriza a terceras personas a vulnerar las vidas privadas de otras personas¹¹⁸.

¹¹⁶ CARDONA RUBERT, M.B., “Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de septiembre”, Revista de Derecho Social, n.º. 60, 2012., págs. 169 y ss. En el mismo sentido BAZ RODRIGUEZ, J.: “control empresarial de la utilización, por parte de los trabajadores, de los medios informáticos de la empresa (correo electrónico). Inexistencia de vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar”, Ars Juris Salmanticensis, revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, n.º. 1, 2014, págs. 364-367

¹¹⁷ Voto al que se adhiere la magistrada Asua Batarrita.

¹¹⁸ En este sentido, consideramos más correcta la aproximación al tema que lleva a cabo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de septiembre de 2010.

Situándonos en un enfoque presidido por la necesidad de garantizar los derechos fundamentales, poner a disposición de los trabajadores un ordenador y un programa de correo electrónico no autorizaría al empresario a prohibir de forma general las comunicaciones privadas de aquéllos por correo electrónico. Por el contrario, la prohibición de las comunicaciones privadas por correo electrónico a través de medios proporcionados por la empresa debería quedar condicionada a que existiera una causa suficientemente grave en el ámbito de la empresa como para justificar dicha medida. Entre dichas causas, podríamos encontrar que el uso del correo electrónico afectara negativamente a la prestación de trabajo, o que el correo electrónico fuera utilizado para finalidades que pudieran conllevar un perjuicio al interés de la empresa. En este sentido podemos observar la siguiente sentencia, la STC 281/2005 que consideró contraria a la libertad sindical¹¹⁹ (art. 28.1 CE) la negativa de una empresa a poner a disposición de los sindicatos su sistema de correo electrónico para usos relativos a la actividad sindical, salvo determinadas excepciones¹²⁰.

Desde la misma perspectiva, la intervención por parte del empresario de las comunicaciones privadas de los trabajadores a través de medios de la empresa habría de quedar condicionada a que existieran indicios objetivos de que se dan las causas anteriores y debería aplicarse de forma motivada y proporcionada¹²¹.

Para finalizar entendemos que, en el caso resuelto por la STC 241/2012, la empresa no habría lesionado el derecho a la intimidad, si su actuación se hubiera limitado a comprobar quiénes habían instalado el programa de mensajería en el ordenador de la empresa, o, incluso, a eliminar dicho programa. Más aún, la instalación del programa podría merecer la sanción prevista conforme a la normativa laboral. Esta sentencia parece

¹¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y FERNÁNDEZ VILLARINO, R., “En torno a los derechos online de los trabajadores y de sus organizadores”, Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales, nº 14, 2005, pág. 38. En el mismo sentido DESDENTAO BONETE, A.: “Contrato de trabajo y nuevas tecnologías: una nota sobre algunas cuestiones de actualidad, prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico”, Revista del poder judicial, nº 88, 2009, págs. 241-265

¹²⁰ STC 281/2005: “no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental una negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa que resulten aptos y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados, lo que sucederá cuando la negativa constituya una mera resistencia que no encuentre justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario”.

¹²¹ SANCHIS CRESPO, C.: “Intervención empresarial de comunicaciones informáticas versus derechos fundamentales de los trabajadores. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de diciembre”, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías nº. 33, Editorial Aranzadi, 2013.

entender que la intervención empresarial se limitó a la comprobación de la instalación en el soporte informático de uso común, pero, lo cierto es que la empresa accedió al contenido de las comunicaciones de las empleadas, como lo prueba que el contenido de los mensajes fuera leído en su presencia, y en consecuencia, su posible lesión al derecho a la intimidad.

En el caso de la STC 170/2013, el recurrente fue despedido tras acceder la empresa a su correo electrónico, hallado en un ordenador portátil propiedad de la misma empresa, y descubrir que estaba ofreciendo información importante de la empresa a otra de la competencia. El Tribunal Constitucional entiende que no se ha vulnerado el derecho a la intimidad, a causa de que el empresario haya accedido al contenido de dichos correos¹²². En todo caso, el Tribunal Constitucional repite que estos supuestos deben ser contemplados a la luz de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas de titularidad empresarial y de las instrucciones que pudiera haber impartido el empresario¹²³. Esto es debido a que el convenio colectivo tipificaba como falta leve la utilización de los medios informáticos de la empresa para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral, por lo que de ello se derivaba la facultad de la empresa de controlar la utilización del correo electrónico, mediante una eventual inspección o fiscalización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, tal como se establece en los artículos 5.a) y 20.2 y 3 ET.

Con esta STC 170/2013, podemos afirmar que da un paso atrás en la garantías del derecho a la intimidad¹²⁴, ya que entiende como suficientes las previsiones de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y del convenio colectivo para habilitar al empresario a inspeccionar el uso por los empleados de los medios informáticos de la empresa, aunque dichas previsiones, por su carácter genérico, sumen en la incertidumbre la práctica, el alcance y la modalidad de los correspondientes controles.

¹²² SEPULVEDA GOMEZ, M.: “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites”, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 122, 2013, págs. 197-214.

¹²³ BAZ RODRIGUEZ, J.: “control empresarial de la utilización, por parte de los trabajadores...”, cit., pág. 367

¹²⁴ APARICIO TOVAR, J., Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica. A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013, en Revista de Derecho Social, nº. 64, 2014, pág. 136. En el mismo sentido, SEPULVEDA GOMEZ, M.: “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y ...”cit., pág. 206

Una interpretación alternativa, desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa, más allá de las consideraciones anteriores, deja entrever que quedaría pendiente dilucidar hasta qué punto llega la facultad del empresario de controlar el uso que el trabajador hace de los ordenadores o del correo electrónico que pone a su disposición la empresa¹²⁵.

Por otra parte, en este caso, resulta claro que la actuación del trabajador resultaba contraria a la buena fe que debe presidir el desarrollo de la relación de trabajo y que era acreedora de la correspondiente sanción conforme a la normativa laboral. Pero, a nuestro juicio, la empresa vulneró el derecho a la intimidad de aquél, al haber intervenido su correo electrónico sin haberle informado previamente de la posibilidad de hacerlo y de las circunstancias en que las inspecciones del correo electrónico podrían llevarse a cabo, siendo el contenido de algunas de las comunicaciones intervenidas versara sobre materias de naturaleza íntima, es decir, perteneciente a su vida privada.

Estos avances pueden suponer un “peligro” para las garantías del derecho a la intimidad¹²⁶, lo cual es debido a la gran variedad de supuestos que llevan a una interpretación, como en los últimos años en nuestra doctrina, a que impere el “derecho de propiedad”. Es decir, no se vulnera el derecho a la intimidad cuando los medios o equipos informáticos son puestos a disposición del trabajador por parte del empresario, y hace que prevalezca sobre este derecho fundamental, conllevando un retroceso e invadiendo la esfera privada de los trabajadores, como en los casos resueltos por el TC, en sus SSTC 241/2012 y 170/2013, que suponen, sin duda, una reinterpretación de los derechos a la intimidad del trabajador en la empresa¹²⁷. A pesar de que alguna de las aseveraciones que incluyen nos hacen retroceder a patrones a los que la STC 88/1985 se refiere como “*manifestaciones de feudalismo industrial*”. En estas sentencias, el derecho de propiedad de los instrumentos de trabajo y el poder de dirección y control de la actividad laboral de los trabajadores salen reforzados frente a los derechos fundamentales de los trabajadores. En

¹²⁵ TRUJILLO PONS, F., “Revelación de secretos empresariales a terceros por medio del correo electrónico. Posición del Tribunal Constitucional ante una supuesta vulneración a los derechos a la intimidad y al secreto de comunicaciones”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 36, Ed. Iustel, Madrid, 2014, págs.239-267.

¹²⁶ CARDONA RUBERT, M.B., Reinterpretación de los derechos de intimidad..., cit., pág. 144.

¹²⁷ APARICIO TOVAR, J.: “Los derechos fundamentales y el juicio...”, cit. En el mismo sentido, CARDONA RUBERT, M.B., “Reinterpretación de los derechos de intimidad...”, cit., págs. 180 y ss.

ellas “se soslayan los condicionantes que (...) imponen la libertad de las comunicaciones y el derecho al secreto de las mismas, con su carácter formal y que, en fin y en el contexto moderno de las innovaciones tecnológicas, brinda indudables ventajas para los procesos productivos y para el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, y, en última instancia, opta por avalar instrumentos de fiscalización abiertamente invasivos, lo que, al margen de acentuar la dependencia jurídica y la presión psicológica a los trabajadores, repercute negativamente en la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos a los trabajadores”.

Por lo tanto, se podría afirmar que el Tribunal Constitucional no ha tenido en cuenta la naturaleza intrínsecamente privada, y eventualmente íntima, de las comunicaciones que se efectúan a través del correo electrónico o de programas de mensajería.

2.2.2 La perspectiva del Tribunal Supremo.

Las sentencias que hemos comentado siguen la línea comenzada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011¹²⁸ que consideraba procedente el despido de una trabajadora por usar el ordenador del trabajo para fines personales en contra de la prohibición expresa de la empresa, incluso aunque para llegar a esta conclusión había necesitado acceder a contenidos propios del ámbito privado de la trabajadora. Igualmente se deben aportar las máximas garantías posibles, y aplicar con rigor la doctrina del Tribunal Constitucional del criterio de proporcionalidad, exigiendo la superación del triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (STC 98/2000)¹²⁹, lo que permite evaluar la legitimidad de los controles empresariales sobre el uso de las tecnologías de la información y la comunicación de los trabajadores.

Los equilibrios y limitaciones recíprocos que derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran

¹²⁸ Voto particular, que formula la Magistrada Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga, al que se adhieren los Excmos, Sres. Magistrados D. Luis Fernando de Castro Fernández, D. Jordi Agustí Julia, D.^a Rosa María Viroles Piñol Y D. Manuel Ramón Alarcón Caracul, en síntesis fundan su decisión en que, no basta con que el empresario comunique a sus trabajadores la prohibición del uso de medios de la empresa para fines particulares, sino que es necesario que se les informe tanto de los controles establecidos, como de los medios que se van a utilizar para comprobar la corrección del uso del ordenador. Véase págs. 24-26.

¹²⁹ Véase págs. 10 y ss.

limitadas por los derechos fundamentales del trabajador¹³⁰, quedando obligado el empresario a respetarlos (STC 292/1993). Se admiten no obstante modulaciones o limitaciones al ejercicio de tales derechos pero siempre deberán ser *“las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectante del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes”*. Es decir, se trata de aplicar el principio de proporcionalidad (STC 98/2000).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que analizaremos a continuación, exige a los empresarios informar a sus empleados de la posibilidad de llevar a cabo controles del uso del correo electrónico y de los mecanismos aplicables a tal fin, garantiza una cierta predeterminación de las circunstancias en las que puede controlarse el contenido de las comunicaciones llevadas a cabo a través de este medio en el ámbito de la empresa y así no ser vulnerado el derecho a la intimidad¹³¹. Ello dota a dichos controles de mayor previsibilidad, algo necesario, teniendo en cuenta que la puesta a disposición del correo electrónico y de ordenadores personales genera una cierta expectativa de tolerancia hacia el uso personal de tales instrumentos, de acuerdo con lo que hoy en día es un uso generalizado. La reversión de dicha expectativa debe ser adecuadamente notificada y precisada.

Según la STS de 26 de septiembre de 2007, Sala de lo Social¹³², *“lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales, e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones”*¹³³.

¹³⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: “Nuevas tecnologías y relaciones laborales”, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 42.

¹³¹ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R.: “Expectativa de privacidad en el correo electrónico laboral y prevención del delito”, La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº. 63, 2009, pág. 5

¹³² Véase en el mismo sentido STS 8 de marzo de 2011.

¹³³ En el mismo sentido, pueden verse las SSTs de 8 de marzo de 2011 y de 6 de octubre de 2011, ambas de la Sala de lo Social, respectivamente.

En definitiva, entendemos más adecuada al contenido del derecho a la intimidad la jurisprudencia habitual del Tribunal Supremo sobre este tema y en concreto de sus votos particulares, ya que la información del empresario, en estos casos, es el vehículo a través del cual se cumple el requisito de que la intervención de las comunicaciones se lleve a cabo mediante una previsión específica o de singular precisión.

Ni la Ley del Estatuto de los Trabajadores ni el convenio colectivo aplicable al caso, dada la generalidad de sus previsiones, cumplían la exigencia de especificidad y concreción requerida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para otros casos¹³⁴. Incluso, podría aceptarse que el desarrollo de la relación laboral configura la exigencia de que la previsión normativa correspondiente tenga naturaleza legal, pero entendemos que, si las previsiones legales sobre intervención de las correos electrónicos en la empresa no tienen la suficiente concreción, dicha carencia debe ser suplida por el convenio colectivo o, en el caso de que este tampoco lo haga, al menos, por la información que el empresario debe comunicar acerca de la posibilidad, supuestos y modalidades de dicha intervención.

2.2.3. Crítica a través de la jurisprudencia de Tribunal Europeo Derechos Humanos.

A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus SSTEDH de 3 de abril de 2007, caso *Copland contra Reino Unido* y de 1 de julio de 2008, caso *Liberty y otros contra Reino Unido*, podemos plantear una crítica a las citadas sentencias por la pérdida de valor o subordinación incondicionada el ámbito del derecho a la intimidad en el contexto de la comunicación telemática a lo que dispongan las leyes, los convenios colectivos o las instrucciones del empresario¹³⁵. Con ello, en la práctica, llevan a cabo una desnaturalización de tales derechos en este contexto, ya que lo característico de los derechos fundamentales es servir de límite para actuaciones que provengan, tanto de los poderes públicos, como, aun con ciertos condicionantes, de personas privadas, como ocurre en el ámbito de las relaciones laborales.

¹³⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R.: “Expectativa de privacidad en el correo electrónico...”, cit., pág. 6

¹³⁵ CARRASCO DURAN, M.: “El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa, Revista Aranzadi Doctrinal, n.º. 9, Ed. Aranzadi, 2014, pág. 3.

Eso sí, hemos de dejar de lado una de la máximas consolidadas en la jurisprudencia: la exigencia de que las actuaciones que puedan suponer intromisión en el derecho a la intimidad se regulen mediante una “*previsión legal específica*” (STC 207/1996) o ley de “*singular precisión*” (SSTC 49/1996 y 49/1999). Aplicando la doctrina general del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esto hace referencia a la calidad de la ley. De ello se deriva que la ley debe ser accesible, debe permitir prever las consecuencias de su aplicación y, para ello, debe expresarse en términos suficientemente claros¹³⁶. En el caso *Copland contra Reino Unido*, por ejemplo, la STEDH consideró contrario al artículo 8 del Convenio Europeo el seguimiento del correo electrónico de la persona demandante debido a la falta de habilitación legal para ello, y solo admitió la posibilidad de controlar el uso del correo electrónico e Internet en la empresa cuando ello pudiera considerarse “*necesario en una sociedad democrática*” en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo, es decir, la eficacia de tales derechos puede quedar modulada en determinadas circunstancias. Por lo tanto el TEDH no excluye que el seguimiento del uso por parte de un trabajador del correo electrónico e Internet en el lugar de trabajo.

En definitiva, El TEDH ha reconocido que los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo y la información derivada del uso personal de Internet pueden ser incluidos en los conceptos de “*vida privada*” y de “*correspondencia*” establecidos en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en sus SSTEDH de 3 de abril de 2007, caso *Copland contra Reino Unido* y de 1 de julio de 2008, caso *Liberty y otros contra Reino Unido*¹³⁷.

En el mismo sentido que nuestro TC, el TEDH ha establecido en su sentencia de 12 de enero de 2016 (Caso *Barbulescu*) que un empresario puede controlar el correo electrónico profesional de sus empleados, sin vulnerar por ello su derecho a la intimidad (art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), donde a un trabajador la empresa le encomienda que abra un chat

¹³⁶ CARRASCO DURAN, M.: “El Tribunal Constitucional y el uso del correo...”, cit., pág. 4. Véase SSTEDH de 30 de julio de 1988, caso *Valenzuela Contreras contra España* y de 3 de abril de 2007, caso *Copland contra Reino Unido*.

¹³⁷ Igualmente, la STC 34/2009 consideró razonable la interpretación de considerar documentos personales e íntimos la libreta de direcciones y de teléfonos de la denunciante, accediendo por este medio a la dirección de su correo electrónico y subsumir en aquel tipo penal el acceso a dichos documentos sin el consentimiento de su titular y subsumir tal comportamiento en el tipo del delito de revelación de secretos, conforme al artículo 197.1 y 2 del Código Penal.

a través de Yahoo Messenger para atender las quejas, sugerencias y comunicaciones varias de clientes. La empresa advierte al trabajador que el uso de dicho chat ha de ser única y exclusivamente profesional y que está totalmente vedado el uso del mismo para uso personal. El trabajador hizo caso omiso y utilizó el chat para comunicarse con familiares y con su novia, haciendo bromas de tipo íntimo. El empresario, haciendo uso de sus facultades de control tenía monitorizado el contenido del chat y en un primer momento y sin hacer mención al contenido de las concretas conversaciones mantenidas a través del chat, le dijo al trabajador que lo estaba usando para uso personal. El trabajador lo negó y es entonces cuando el empresario, en la comunicación de despido le expone las transcripciones de todas las conversaciones que en un determinado mes el trabajador había tenido con su novia y otros miembros de su familia. El trabajador acciona contra el despido alegando que se ha vulnerado su derecho a la intimidad. Sin embargo el más alto tribunal en materia de derechos humanos le niega la razón al trabajador porque la empresa le había advertido de que el uso del chat era solo para fines empresariales, de modo que el trabajador no podía tener expectativa alguna de intimidad. La empresa no funda el despido en el contenido de las conversaciones privadas, sino simplemente en la existencia de las mismas dentro de un chat donde estaba prohibido hacerlas. Sin embargo, nos encontramos con un interesante voto particular del magistrado portugués, Pinto de Albuquerque, en que discrepa del parecer de la mayoría y señala que “el caso presentaba una excelente oportunidad para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableciera jurisprudencia en el área de la protección de la privacidad en las comunicaciones a través de internet de los trabajadores¹³⁸”. En dicho voto asevera Albuquerque, que la correspondencia personal de Barbulescu durante el tiempo de trabajo no era ni prolongada ni perjudicial para la empresa para la que fue contratado¹³⁹. Y afirma que la destitución de Barbulescu fue “*desproporcionada*”, advirtiendo que a menos que las empresas establezcan claramente su política de uso de Internet¹⁴⁰, “*la vigilancia en Internet en el lugar de trabajo corre el riesgo de ser objeto de abuso por los empresarios que actúan como desconfiados Gran Hermano al acecho*

¹³⁸ FERNANDEZ HERNADEZ, C.: “TEDH: el control por el empresario de la cuenta de correo profesional del trabajador no supone una violación del derecho a la intimidad”, Noticias Jurídicas, Noticias de actualidad, jurisprudencia y sector legal, 2016.

¹³⁹ BAÑOS, J.M.: “Privacidad en el ámbito laboral: ¿puede controlar el empresario conversaciones de un trabajador llevadas a cabo mediante chats profesionales?”, Derecho Laboral Privacidad, LestLaw, 2016.

¹⁴⁰ HUMPBHREY, H.: “Boss reading your private messages?”, Últimas noticias, Deutsche Welle, Alemania, 2016.

sobre los hombros de sus empleados, como si éste había vendido no sólo su mano de obra, sino también su vida personal a los empleadores”.

2.3. Facultad de dirección empresarial y control sobre el correo electrónico en su uso extralaboral (o equipos informáticos)

El poder de dirección del empresario, reconocido expresamente en el art. 20 ET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de *“adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”.*

Como bien sabemos, se impone una vez más la necesidad de proceder a una adecuada ponderación de los bienes y derechos constitucionalmente protegidos, que esclarezca el posible recorte que se produce a través de esos medios de vigilancia y control para que resulte justificado y proporcional¹⁴¹ en los términos recogidos por el TC en sus SSTC 98/2000 y 186/2000, donde afirma en diversas ocasiones que el derecho fundamental a la intimidad personal es aplicable al ámbito de las relaciones laborales de forma ineludible. Para lo cual habrá que atender, como veremos más adelante, no sólo al concreto medio utilizado sino también a otros elementos de juicio: si se ha autorizado o no la utilización de las TIC para fines extralaborales, si los sistemas de control son conocidos o han sido instalados subrepticamente, o si existen razones de seguridad por el tipo de actividad que se desarrolla¹⁴².

Es doctrina constitucional reiterada que la celebración de un contrato de trabajo no priva a los trabajadores de los derechos que la CE les reconoce como ciudadanos. Sin embargo, la existencia de una relación laboral modula el ejercicio de tales derechos en la medida imprescindible para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva en la empresa de conformidad con los derechos de propiedad (art. 33 CE) y de libertad de

¹⁴¹ ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico...”, cit., pág. 7

¹⁴² CARRIZOSA PRIETO, E.: “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”, Temas Laborales, nº 116, 2012, págs. 251-267.

empresa (art. 38 CE) igualmente consagrados en el texto constitucional¹⁴³. Por dicha razón, se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de los derechos fundamentales que “*en otro contexto serían legítimas no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral*”¹⁴⁴.

En la actualidad, no podemos afirmar la existencia de un derecho de los trabajadores al uso de las nuevas tecnologías con fines personales que implique un uso ilimitado e incondicional a las descritas tecnologías. Sin embargo, cosa distinta es que no pueda existir un ámbito lícito de uso extralaboral de las nuevas tecnologías¹⁴⁵. La STC 281/2005 ha venido a consagrar el uso de los sistemas de comunicación empresarial para finalidades extralaborales (por ejemplo en los casos de información de los sindicatos a los trabajadores por vía del correo electrónico¹⁴⁶). Esto desecha la posibilidad de que la mera propiedad del medio de comunicación sea suficiente para justificar la limitación del uso extraproductivo¹⁴⁷. Igualmente, se exige que no se afecte a la actividad normal de la empresa, que no desfigure la finalidad de la herramienta de trabajo y, en fin, que no comporte costes económicos adicionales para la misma. La cuestión se reconducirá a la proporcionalidad de la sanción disciplinaria derivada de la violación de la buena fe contractual¹⁴⁸.

Unido a la sanción del comportamiento ilícito del trabajador, se plantea la cuestión de cómo se obtiene el conocimiento de los ilícitos contractuales cometidos por el trabajador cuando se sirve de los medios productivos proporcionados por el empresario. Así, habrá que medir la extensión de las facultades de control y vigilancia empresariales en relación con el uso de las TIC de la empresa¹⁴⁹. La Ley establece, pues, un equilibrio entre la

¹⁴³ En el mismo sentido SEPULVEDA GOMEZ, M.: “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y ...” cit., pág. 202

¹⁴⁴ (STC 120/1983, 6/1988, 129/1989, 99/1994, 4/1996, 126/2003, 170/2013, entre otras).

¹⁴⁵ GARRIDO, A. Y LARRAURI, U.: “Medios de control ejercidos por el empresario y vulneración de derechos fundamentales del trabajador: donde está el límite”, *Economist & Jurist*, nº 17, Difusión Jurídica, Barcelona, 2009, págs. 42-47.

¹⁴⁶ Véase STS de marzo de 2015, un envío máximo de correos sindicales que eran bloqueados por la empresa.

¹⁴⁷ SÁENZ-TORRE DE TORRE, I.: «El derecho a la intimidad personal en el ámbito laboral», *REDUR*, nº 13, 2015, págs. 335-361.

¹⁴⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: “Uso extralaboral del correo electrónico empleando medios informáticos de la empresa. Control empresarial, requisitos”, *Actualidad laboral*, nº 2, 2014, pág. 4

¹⁴⁹ ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico...”, cit., págs. 18-20

necesidad que tienen los empresarios de obtener información de sus trabajadores y el derecho de esos trabajadores a su intimidad y dignidad humana¹⁵⁰.

Ciertamente, lo difícil es distinguir a la hora de obtener esta información, si el empleador irrumpe dentro de la esfera privada de cada trabajador en el ámbito laboral. Ya que en muchos casos, los empresarios informan a sus trabajadores del uso que deben hacer de sus equipos informáticos, y si estos deben dedicarse exclusivamente al ámbito laboral y, por tanto, podrán ser revisados por el empresario. Por lo tanto, la proyección de las tecnologías de la información y comunicación sobre las relaciones laborales individuales, sin tener presente la individualización específica que supone cada cuestión, plantea un mismo orden de temas, que pueden simplificarse en dos: los límites al uso extralaboral de los medios informáticos, propiedad de la empresa, por los trabajadores, y la legitimidad de los controles empresariales y de vigilancia de dicho uso¹⁵¹.

Estas tecnologías de la información y comunicación no incluyen conflictos distintos o nuevos en cuanto a la utilización de medios propiedad de la empresa para fines privados y del derecho del empresario a controlar tal utilización, pero la utilización de estas multiplica las facultades de control empresarial y, por lo tanto, su capacidad para fiscalizar la ejecución de la prestación laboral.

No se trata, únicamente, de un incremento cuantitativo sino fundamentalmente cualitativo. La posibilidad de monitorizar los ordenadores, los controles sobre la navegación en internet, el correo electrónico, acceso a redes sociales, etc., permiten realizar controles más incisivos, con menor esfuerzo por parte del empresario. Dichos controles, aun siendo realizados dentro del más riguroso respeto al Derecho, pueden llegar a poner en riesgo el derecho a la intimidad de los trabajadores.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2007 menciona que tanto la persona del trabajador como sus efectos personales y la taquilla forman parte de la esfera privada de aquel y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al

¹⁵⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C., Nuevas tecnologías y relaciones laborales, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 42.

¹⁵¹ ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: "Facultades empresariales de control, TICs y privacidad del Trabajador", Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, n.º. 37, 2015, pág. 3.

que se extienden los poderes del artículo 20 del E.T. También se menciona que las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran dentro del ámbito normal de los poderes concedidos al empresario en el artículo 20 del E.T., ya que el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario y con él se ejecuta la prestación del trabajo. En consecuencia el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento¹⁵².

Podemos proceder a recopilar diversos supuestos de control o de “cibervigilancia” que se pueden dar en el lugar de trabajo:

- Registro del contenido de los ficheros de los ordenadores o servidores de la empresa (para poder verificar, por ejemplo, la introducción por el trabajador de un programa informático que produce fallos en la red informática de la empresa).
- Control de la conexión irregular a Internet, verificando la navegación a través de la red y los ficheros registrados (comprobando así las visitas a las webs de ocio).
- Control del correo electrónico (para comprobar la correspondencia electrónica personal del trabajador).
- Instalación previa de programa informático con la finalidad de controlar el uso del ordenador, o instalación de filtros que restringen el acceso a Internet en el sistema informático de todos los ordenadores de la empresa.

Con independencia de que el control de las herramientas informáticas engloba las posibles situaciones de registro de ordenador y servidor, instalación de programas espía, control de la navegación irregular, nos centramos en el análisis del control del correo electrónico¹⁵³.

Pese a la exorbitante casuística de los pronunciamientos de la doctrina, entendemos que es posible individualizar diversos principios que permiten evaluar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción aplicada. La exégesis de estos criterios que pueden identificarse son los siguientes:

¹⁵² AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R.: “Expectativa de privacidad en el correo electrónico laboral...”, cit., pág. 5

¹⁵³ ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico...”, cit., pág. 20.

a) Los costes para el empresario: dado que los costes económicos directos para la empresa acostumbran a ser bajos, cuando no prácticamente nulos, la valoración del perjuicio económico para la empresa acostumbra a identificarse con los gastos indirectos; esto es, con los gastos derivados del tiempo de trabajo dedicado a actividades extralaborales¹⁵⁴.

Debido a lo cual, no existe un criterio claro en la valoración de los costes que representa la utilización de las NTIC de la empresa, a título de ejemplo, la navegación indebida de una media de 30 minutos diarios durante 10 días trabajados, la conexión durante más de 60 horas en un espacio temporal de 15 días, de cinco horas durante dos días consecutivos, la conexión en tres días consecutivos a páginas web extralaborales y chats o en multitud de ocasiones durante el tiempo de trabajo, descargarse películas de Internet provocando la práctica imposibilidad de que se conectaran otros trabajadores de la empresa, los daños provocados por un virus informático derivado de la conexión a Internet, esto no solo repercute en el rendimiento del propio trabajador sino también en el de los demás compañeros mediante, por ejemplo, el envío de correos o mensajes de contenido extralaboral, estas causas revisten la suficiente gravedad para justificar el despido..

En la calificación de la gravedad es indiferente la naturaleza o valoración moral que merezcan las páginas web visitadas, y, en particular, el acceso y descarga de archivos de contenido pornográfico¹⁵⁵; salvo cuando la navegación indebida pueda ser tipificada penalmente como ocurre en relación con la pornografía infantil (STC 173/2001¹⁵⁶). En

¹⁵⁴ ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico...”, cit., pág. 8.

¹⁵⁵ Véase STS de 26 de septiembre de 2007.

¹⁵⁶ Agentes de la Policía Nacional habían accedido a los archivos almacenados en el ordenador personal del recurrente en amparo y descargados a través del programa Emule, sin autorización judicial y sin consentimiento ni conocimiento de aquél, en el cual se descubrieron fotografías y vídeos de menores de edad desnudos y llevando a cabo prácticas sexuales, como resultado de lo cual fue condenado como culpable de un delito de corrupción de menores. El Tribunal Constitucional entiende que, el denunciante no vulneró el derecho a la intimidad del recurrente al acceder a los archivos y entregar el ordenador a la policía porque aquél le había entregado voluntariamente su ordenador portátil para una reparación e, incluso, indicó que podía acceder a su contenido sin necesidad de introducir una contraseña; Y la policía tampoco vulneró este derecho al entrar en el ordenador portátil del recurrente sin autorización judicial porque perseguía un fin legítimo, existiendo habilitación legal para que los agentes practicasen las diligencias necesarias a efectos de comprobar los delitos, descubrir su autores y recoger los efectos, instrumentos o pruebas, debido a la celeridad que requerían las circunstancias, la dificultad de la persecución penal del delito, la gravedad de los hechos y el riesgo de eliminación de pruebas.

este sentido, podemos observar diversas sentencias que estiman procedente el despido por un uso desmedido en la navegación por internet, STSJ La Rioja de 23 de Mayo de 2011, Cataluña de 28 de Enero de 2005, Comunidad Valenciana de 28 de Septiembre de 2010, entre otras. Muchas de estas sentencias llevan aparejadas más de una de las razones expuestas para que se justifique el despido, como veremos. En relación con visitas a páginas pornográficas, analizaremos la STS de 27 de septiembre de 2007 que estima procedente el despido por la inclusión de un virus en la red pos visitas a páginas de contenido pornográfico. En este suceso, el actor, Director General de la empresa demandada, prestaba servicios en un despacho sin llave, en el que disponía de un ordenador carente de clave de acceso y conectado a la red de la empresa que dispone de ADSL. Consta también que un técnico de una empresa de informática fue requerido para comprobar los fallos de un ordenador que *"la empresa señaló como del actor"*. En la comprobación se detectó la existencia de virus informáticos como consecuencia de *"la navegación por páginas poco seguras de Internet"*. En presencia del administrador de la empresa se comprobó la existencia en la carpeta de archivos temporales de *"antiguos accesos a páginas pornográficas"*. La sentencia considera el despido procedente, apreciando el grave incumplimiento que se produce como consecuencia de la realización de esa actividad durante el tiempo de trabajo y en un instrumento proporcionado por la empresa, valorando, por una parte, la reducción del tiempo de trabajo y el injustificado gasto para la empresa, y, de otra, la perturbación de la disponibilidad del equipo informático en una materia tan grave como el aterrizaje y el despegue de aviones. La sentencia excluye la aplicación de las garantías del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, porque el ordenador no es un efecto personal del trabajador, sino una *"herramienta de trabajo"* propiedad de la empresa.

En relación con el uso extralaboral del correo electrónico (o de programas de mensajería instantánea), la doctrina judicial acostumbra a tomar en consideración, bien el número de mensajes electrónicos enviados (y en algún caso recibidos), bien la naturaleza del contenido de los mensajes remitidos por el trabajador. En este sentido, la STSJ Cataluña de 14 de noviembre de 2000, declaró procedente el despido de un trabajador, que sin contar con el conocimiento ni autorización de la empresa, envió a través del correo electrónico que esta le tiene asignado, 140 mensajes a 298 destinatarios. Dichos mensajes eran *"ajenos a la prestación de servicios"*, y tenían naturaleza obscena, sexista y humorística, siendo remitidos en horario laboral, cuando la empresa sólo permite utilizar el referido

sistema de comunicación por motivos de trabajo¹⁵⁷. Posterior a esta, la STSJ Andalucía de 12 de Febrero de 2015¹⁵⁸, también estima procedente el despido por el envío de correos de temática jocosa en similares condiciones, al entender que existe una trasgresión de la buena fe y abuso de confianza.

b) El destino dado a las herramientas informáticas y de comunicación: se estima procedente el despido por haber empleado el ordenador, es decir, el correo electrónico (internet), para realizar prestaciones a favor de terceras personas cuando no para la competencia directa de la empresa. Hay que añadir que la mera existencia de archivos personales en el ordenador del trabajador no es suficiente para acreditar el incumplimiento laboral, salvo que pueda probarse que efectivamente se realiza una prestación a favor de tercero durante el tiempo de trabajo. Existen otros supuestos, por ejemplo, cuando el trabajador remite datos confidenciales a la empresa competidora a través de Internet; suplanta la personalidad de otro trabajador enviando correos electrónicos desde la cuenta de correo del trabajador suplantado; accede al ordenador de otros trabajadores burlando los sistemas de seguridad informática de la empresa, acceso a datos confidenciales de la empresa (sueldos de todos los trabajadores), sin divulgarlos a terceros¹⁵⁹. En el caso que nos ocupa, la STSJ Madrid de 15 julio de 2009, el demandante se dedica a la actividad de químico industrial para la obtención de alcaloides (morfina, codeínas), que consiste en el cultivo de la planta adormidera y su posterior tratamiento en sus instalaciones industriales. Al demandante se le notificó despido disciplinario por transgresión de la buena fe, por haber proporcionado indebidamente información confidencial de la empresa a personal de otra entidad mercantil, sin haber pedido nunca autorización para ello y utilizando en dicha transmisión medios que eran propiedad de la empresa (teléfono móvil y correo electrónico). De manera específica, desde el correo electrónico de la empresa, el demandante había transmitido todos los datos relativos a la previsión de la cosecha de 2007 y 2008 a esa otra entidad, incluyendo extremos especialmente sensibles de cuya importancia

¹⁵⁷ Anterior a esta, la STSJ Comunidad Valenciana de 24 de septiembre de 1996, sostuvo “*que la utilización desviada que el trabajador despedido realiza de los instrumentos facilitados por el Banco, como en este caso el correo electrónico, para fines distintos de los ligados a la actividad productiva, durante el horario laboral y sin autorización de la empresa, constituye en sí misma una infracción del principio de buena fe y un abuso de confianza*”.

¹⁵⁸ Véase en el mismo sentido, STSJ Andalucía de 14 Noviembre d 2013, Galicia de 25 de Enero de 2006 y Cataluña de 16 de junio de 2015, en esta última el tema de los correos electrónicos eran vejaciones e insultos a compañeros, superiores, etc.

¹⁵⁹ ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico...”, cit., pág. 18-20.

era conocedor, cuando no debían transmitirse en ningún caso a nadie de fuera de la empresa.

c) La seguridad de los sistemas informáticos: la existencia de ordenadores de uso personal pero no exclusivo de manera individualizada, el hecho de que el ordenador estuviera siempre encendido pudiendo acceder cualquier otro trabajador de la empresa y el acceso a Internet se producía a través de un canal común para todos los trabajadores de la empresa, la conexión en red de los ordenadores de la empresa, su utilización indistinta por los trabajadores, la ausencia de contraseñas de acceso individualizadas impiden atribuir el uso indebido de las NTIC al trabajador¹⁶⁰, pues como hemos visto en los casos expuestos, por ejemplo STS de 27 de septiembre de 2007 entre otras¹⁶¹, la determinación del despido disciplinario es ocasionado por otras razones, pues la simple ausencia de claves no es determinante para el cese laboral del trabajador en cuestión. Podemos afirmar en sentido contrario, que la presencia de un login y password confidenciales o contraseña personal para cada trabajador, justifican de manera indubitada la atribución de la conducta al trabajador. Burlar las medidas de seguridad informática dispuestas por la empresa para poder emplear las herramientas informáticas en beneficio propio viene considerándose como conducta del trabajador que merece la sanción del despido disciplinario.

d) La eventual existencia de un marco regulador del uso de las NTIC de la empresa: bien de su reglamentación expresa través de la autonomía colectiva o del poder de organización del empresario, bien de la propia práctica o tolerancia empresarial. Por lo tanto otra de las causas en que se estima la procedencia del despido, es cuando el trabajador tenía expresamente prohibido el acceso a Internet en horas de trabajo, el uso del ordenador para actividades distintas de las estrictamente profesionales. En la STS de 6 de octubre de 2011 se considera procedente el despido de una trabajadora por usar el ordenador del trabajo para fines personales en contra de la prohibición expresa de la empresa. En los mismos términos se expresa el TSJ La Rioja de 23 de Mayo d 2011, donde ha considerado procedente el despido de una trabajadora quien, tras ser advertida en repetidas ocasiones para que cesara en su comportamiento, dedicaba una parte importante de su tiempo de trabajo a conexiones a Internet, visitando, entre otras, páginas como facebook, hotmail o

¹⁶⁰ ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico...”, cit., pág. 9.

¹⁶¹ Véase TC 241/2012, TS 28 de Junio de 2008, TSJ Galicia de 25 de enero de 2006.

analytics, ninguna relacionada con su actividad laboral. Además la trabajadora conocía los criterios de uso de los sistemas informáticos e Internet en la empresa, que había declarado que los recursos tecnológicos estaban puestos a disposición del usuario para el desarrollo de sus obligaciones laborales y que su uso para fines personales estaba permitido siempre que no se generara un coste adicional para la empresa, no se consumieran recursos necesarios para la actividad empresarial y se realizara de forma coherente y de buena fe, prohibiéndose la navegación por páginas inapropiadas o ilegales. En el caso concreto ha quedado probado que el uso privado del acceso a Internet por la trabajadora constituye una conducta grave, que no sólo ha provocado lentitud en el acceso a las aplicaciones corporativas, sino que también ha supuesto un incumplimiento grave y culpable de sus actividades laborales, infringiendo la buena fe e incurriendo en un abuso de confianza en el desempeño de su trabajo.

Sin embargo, de existir una cierta tolerancia por parte del empresario a lo largo del tiempo, asumiendo el uso personal de los equipos informáticos por parte del trabajador, no procederá el despido disciplinario. En sentido similar, si la empresa no había dado órdenes o instrucciones particulares sobre la utilización de los equipos informáticos, el hecho de conectarse a alguna página web no relacionada con el trabajo, así consta en la STSJ Cataluña de 28 Enero 2005, *“sin constancia del número de veces y el tiempo invertido en tales conexiones o el que existieran restos medio borrados del programa Messenger de Microsoft con una cuenta de correo instalada, no son conductas que revelen una grave trasgresión de la buena fe contractual ni un uso abusivo de los medios informáticos puestos por la empresa a disposición de la trabajadora”*.

Destaca la enorme variedad casuística que enmarca en cada caso la actividad de control empresarial. Así, por ejemplo, la introducción de programas destinados a controlar el uso del equipo informático y del sistema de comunicación, el registro a posteriori del contenido del ordenador, la naturaleza de los archivos o programas instalados por el trabajador en el ordenador, la existencia de claves personales de acceso a los equipos informáticos, entre otros, serán determinantes en la solución del conflicto¹⁶².

Por otro lado, no es extraño que, a partir de medidas de control generales, se aborde de manera conjunta el análisis del proceder empresarial. Son habituales los

¹⁶² MARTIN VALVERDE, A.: “Uso extralaboral del correo electrónico empleando...”, cit., pág. 4

supuestos en los que el registro del equipo informático del trabajador tiene como resultado la obtención de pruebas sobre el uso indebido del ordenador, de la conexión a Internet y el correo electrónico o “chats”¹⁶³.

Por lo tanto para la resolución en la actividad de control empresarial, efectivamente, no se aplica el principio de jerarquía de los derechos fundamentales sobre cualquier otro derecho por su lugar privilegiado en la Carta Magna, sino que el sistema de garantías debe basarse en el principio de proporcionalidad¹⁶⁴ y equilibrio entre todos los derechos reconocidos constitucionalmente. Así pues, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad¹⁶⁵, y para superar este juicio de proporcionalidad se han de cumplir tres condicionantes¹⁶⁶:

- Finalidad: si la medida es idónea, susceptible de conseguir el objetivo propuesto.
- Necesidad: si la medida es necesaria, pues la limitación ha de ser la menos agresiva de todas.
- Proporcionalidad: si la medida es equilibrada, con más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Por lo tanto, la doctrina del TC (94/1984)¹⁶⁷ ha sido muy clara al mantener que *“el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquel”*, ya que pueden plantearse conflictos cuando entren en juego dos derechos fundamentales *“el derecho a la intimidad”* y el *“secreto de las comunicaciones”*. En estos casos, debe ponderarse, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, si la medida que se va a adoptar es adecuada para conseguir el objetivo que se pretende, y si no existen otras medidas que puedan alcanzar ese mismo objetivo sin limitar el derecho.

¹⁶³ BELLIDO ASPAS, M.: “La utilización del correo electrónico...”, cit., pág. 97.

¹⁶⁴ SSTC 292/1993, 99/1994, 6/1995, 66/1995; 55/1996; 136/1996, 207/1996; 6/1998; 37/1998, 98/2000; 186/2000; 14/2003, 115/2013.

¹⁶⁵ ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico...”, cit., pág. 11.

¹⁶⁶ ORTEGA GOMEZ, E. y CARRASCO LINARES, J.: “El uso de los medios informáticos en la empresa: conflicto y regulación”, Revista Derecho Lex, nº16, 2016, pág. 3.

¹⁶⁷ En el mismo sentido SSTC 94/1984, 108/1989, 171/1989, 123/1992, 134/1994 y 173/1994, 90/1997.

Como conclusión, vemos que se reconoce el derecho a la intimidad del trabajador en el seno de la relación laboral, pero limitándolo en cierto modo, a las instrucciones y controles impuestos por la empresa. La celebración de un contrato de trabajo no puede suponer por sí misma la renuncia a los derechos fundamentales, pero dichos derechos pueden ser objeto de ciertas restricciones por el empresario, con la debida y estricta justificación. Por ello, es muy importante recoger en las cláusulas del contrato, esas restricciones o para ser aún más eficaz recogerlas en un código de conducta firmado posteriormente al contrato, e informar al trabajador de sus obligaciones en el uso del correo electrónico y de los medios informáticos de la empresa, para que después no exista confusión.

2.4. Guía para el control empresarial ejemplar

Piedra angular a la hora de pronunciarse sobre la legitimidad o no de estos controles será la naturaleza y las condiciones de uso que se hayan establecido respecto de los instrumentos informáticos puestos a disposición de los trabajadores, ya sea en convenio colectivo, en el contrato individual de trabajo (en el momento inicial, o mediante pacto *ad hoc* posterior), o en un código de conducta redactado por la empresa, en ejercicio de su poder de dirección que alcanza la exigencia de instrucciones generales¹⁶⁸. Cuando en el convenio colectivo, en el contrato de trabajo o en las normas de operativa interna de la empresa (códigos de conducta) se establece que los medios informáticos de la misma se facilitan como herramienta de trabajo, y en cuanto tal sólo pueden ser utilizados para soportar los servicios y tratamientos previstos y autorizados por la dirección, la previsión de adopción con carácter sistemático de medidas de verificación de estos sistemas o su fiscalización puntual y excepcional cuando se haya detectado un uso irregular de los mismos, podrá entenderse incluida, bajo ciertas condiciones, en el art. 20.3 ET. El conocimiento por el trabajador de las condiciones de uso exclusivamente profesionales y de la posibilidad de acceder a los sistemas de comunicaciones por parte del empresario será garantía suficiente, en la medida en que la expectativa de secreto no nace, el derecho a la

¹⁶⁸ En este sentido, GONZALEZ ORTEGA, S., “La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo”, en AAVV, Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Coordinadores M. R. Alarcón Caracuel y E. Legarreta, Bomarzo, 2004, pág. 44.

intimidad, según su moderna concepción de derecho a controlar el flujo de información que sobre uno mismo circula, no corre riesgo. Se trata de reconocer a los trabajadores el derecho a conocer exactamente y en todo momento cuál es la política de la empresa para que éstos, al utilizar los instrumentos de trabajo que la empresa pone a su disposición, sepan a qué atenerse, por ejemplo mediante ventanas de información. Además de que, como se ha señalado, el trabajador otorga el consentimiento para que el empleador ejerza el control sobre los mensajes electrónicos cuando, advertido acerca de la posibilidad de que la comunicación sea controlada, decide iniciarla o mantenerla. Dicha información deberá versar sobre los tipos de uso permitidos y prohibidos, las consecuencias de violar estas políticas, el tipo de supervisión que se realiza, las razones en que se fundamenta, y, en su caso, las condiciones de recogida, almacenamiento y uso de las informaciones registradas y los mecanismos existentes para garantizar su confidencialidad¹⁶⁹.



¹⁶⁹ ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico...”, cit., pág. 10.

CONCLUSIONES

A la vista del análisis realizado, podemos sentar las siguientes conclusiones:

Primera. En el uso racional de los recursos informáticos de la empresa. Tenemos que encontrar un equilibrio entre el poder de dirección empresarial y el derecho a la intimidad de los trabajadores, por lo que la solución nunca debe ser extremista ni consistir en la limitación o prohibición a los trabajadores del uso de los medios informáticos, sino entablar un consenso entre las partes para ejercer un uso racional de estos recursos informáticos proporcionados por la empresa por parte de los trabajadores en su actividad laboral.

Segunda. Fiscalización del control empresarial. La eventual vigilancia por parte de la empresa en la utilización del correo electrónico de sus empleados habría que enfundarla de una serie de límites, cautelas y garantías:

Primero, los posibles controles no pueden resultar infundados, discriminatorios o vejatorios. Así mismo, los criterios de selección de los trabajadores a controlar no pueden ser contrarios al principio de igualdad (por ejemplo, los trabajadores afiliados a un determinado sindicato), ni resultar tampoco arbitrarios. Una máxima debe ser que cuando la instalación de estos programas de seguimiento y monitorización no sea sistemática para todas las comunicaciones deberán registrarse por criterios de aleatoriedad o fundamentarse en razones objetivas como el acceso a informaciones confidenciales por parte de determinados trabajadores.

Segundo, en referencia a la gran facilidad existente que genera la vigilancia informática y así evitar exponer a una presión excesiva al trabajador, los controles deben ser lo menos invasivos e incisivos posible, por lo que deberíamos recurrir a aplicaciones informáticas ad hoc.

Tercero, si para controlar el uso que un determinado trabajador realiza de las TIC se debiera efectuar un registro de su ordenador no estaría de más adoptar las garantías establecidas en el apartado tercero del art. 18 ET, referido al registro sobre la persona,

taquilla y efectos particulares del trabajador, esto es, deben existir fundados motivos para realizarlo, y contar con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa.

Cuarto, para que exista una verdadera y efectiva seguridad jurídica, se debería establecer un sistema de control de la utilización de cualquier medio de comunicación electrónica en la empresa que incluya un sistema de identificación fiable de todos los usuarios del mismo. Pero la manipulación de estos dispositivos informáticos es muy fácil y el hecho de que una dirección de correo electrónica aparezca como emisora de un correo no debe implicar que el sujeto titular de dicha dirección sea necesariamente el remitente.

Quinto, sería imprescindible la intervención de la representación colectiva en la adopción de los medios de control en garantía de los sistemas de comunicación dispuestos por el empresario.

Tercera. Evolución jurisprudencial. El derecho a la intimidad ha ido disminuyendo su nivel de actuación en la relación laboral.

Primero, el TC considera no vulnerado tal derecho con la mera comunicación de prohibición del empresario del uso de los equipos informáticos, es decir, del uso extralaboral, puestos a disposición del trabajador proporcionados por la empresa. De tal modo, nos lleva de vuelta a una concepción restrictiva de los Derechos Fundamentales en la relación laboral, que priva a uno de los sujetos de esta relación en el ejercicio de tales derechos, para anteponer los del otro de la relación. Esto no significa que mantengamos una postura inversa, que anule o impida los poderes empresariales de que goza el empresario.

Segundo, por su parte el TS entiende que, además, debe ser una comunicación efectiva, esto es, establecer unos controles y su margen de actuación para conocer con mayor exactitud los límites establecidos, por consiguiente, reconoce el derecho a la intimidad en el seno de la relación laboral, pero lo limita a las instrucciones del empresario y los controles que este pueda establecer. Esto no es contemplado por TC, al no reconocer la naturaleza privada de las comunicaciones en cuestión, elemento si afirmado en los votos

particulares que constan en sus sentencias. Pudiendo intuir un posible giro en la interpretación del derecho a la intimidad en relación a los límites del empresario.

c) Tercero, no obstante, el TEDH en su actual sentencia de 2016 (caso *Barbulescu*), mantiene la misma postura que nuestro TC respecto al idéntico tratamiento de las comunicaciones privadas en el entorno laboral. Sin embargo, nos volvemos a encontrar con otro voto particular que aboga por la importancia de este derecho y los límites que se han de imponer sobre el poder al que se dota al empresario para dirigir y vigilar la actuación de sus empleados en el uso de las herramientas puestas a disposición de estos y su posible abuso extralaboral de las NTIC, sin que exista una clara reglamentación o política de su uso.

Cuarta. La necesidad de un código de conducta. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de septiembre de 2007, sentó las bases para poder equilibrar dos derechos como son la intimidad y el control de los medios informáticos por parte de las empresas. Por tanto, se debería formalizar un documento, es decir, un código de conducta, que una vez firmado por las partes, suponga una obligación en la regulación de estos usos. Dicho documento debería recoger los siguientes puntos:

- Objeto y finalidad del documento.
- Definiciones.
- Propiedad y especificaciones del sistema informático (hardware y software).
- Posición de la empresa en cuanto al uso de herramientas informáticas. Riesgos y ventajas.
- Acceso a los equipos y medidas de seguridad: asignación de claves y política de contraseñas; gestión de incidencias; gestión de copias de seguridad y respaldo; seguridad, confidencialidad y protección de datos personales.
- Correo electrónico: uso del correo personal y del correo de empresa; status legal de los mensajes; información que debe incluirse en el mensaje y firma; gestión de los mensajes; corrección y tono de los mensajes (tratamiento de mensajes inapropiados).
- Restricciones a la navegación por Internet.
- Programas y dispositivos de control y monitorización.

- Procedimiento para el control y registro de equipos y transmisiones de datos por la red.
- Uso de soportes y dispositivos portátiles de almacenamiento.
- Uso de equipos informáticos fuera de la empresa.
- Deberes y responsabilidades del usuario.
- Implantación de la política, medidas de seguimiento y consecuencias de su incumplimiento.

En definitiva, habría que apostar por la elaboración de un código de conducta que regulase expresamente la utilización del correo electrónico exclusivamente como herramienta de trabajo, prohibiendo su uso extralaboral. Este código de conducta no debe suscribirse en forma contractual, si no que habría que formalizarlo en un cuerpo distinto al contrato de trabajo, que debe fundamentar las instrucciones que el empresario da a sus trabajadores. El código de conducta debe cumplirse realmente, no debiendo existir tolerancia empresarial frente a su incumplimiento, ya que llevaría a la misma problemática. Y además, debiendo realizar controles periódicamente, recordatorios de su vigencia y efectividad, así como haciendo comprobaciones periódicas y aleatorias de la utilización del correo electrónico.

BIBLIOGRAFIA

AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R.: “Expectativa de privacidad en el correo electrónico laboral y prevención del delito”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 63, 2009.

ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “Derecho social: Uso del correo electrónico e internet en el trabajo y medios de control dl empresario”. *Revista de Contratación Electrónica*, n.º 63, Dykinson, Madrid, 2005.

ALVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R.: “Derecho Constitucional”, 5ª Ed., Tecnos, Madrid, 2015.

ALZAYA VILLAAMIL, O. “Comentarios a la Constitución Española de 1978”. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998.

ALZAGA VILLAMIL, O.: “Comentarios a las Leyes Políticas”, t. II, Edersa, Madrid, 1984.

ARAGÜEZ GUERRERO, J.: “Intimidad en el trabajo”, *Revista Toga*, n.º. 4, Ed. Navarcorp, Navarra.

ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SANCHEZ, F.: “El Derecho de los trabajadores a la intimidad”. *Cuadernos de Aranzadi Social* n.º. 26, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona. 2006.

APARICIO TOVAR, J.,” Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica. A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 64, 2014.

APILLUELO MARTÍN, M.: “Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial”, *Asuntos Sociales*, n.º. 4, 2003.

BAÑOS, J.M.: “Privacidad en el ámbito laboral: ¿puede controlar el empresario conversaciones de un trabajador llevadas a cabo mediante chats profesionales?”, *Derecho Laboral Privacidad*, LestLaw, 2016.

BAZ RODRIGUEZ, J.: “Control empresarial de la utilización, por parte de los trabajadores, de los medios informáticos de la empresa (correo electrónico). Inexistencia de vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar”, *Ars Iuris Salmanticensis*, revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, n.º. 1, 2014.

BELLIDO ASPAS, M.: “La utilización del correo electrónico como motivo de despido laboral”, *Empresa y prueba informática*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

CARDONA RUBERT, M.B.: “Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional”, *Lex Social*, vol. 5, nº. 2, Valencia, 2015.

CARDONA RUBERT, M.B.: “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”. *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales, País Vasco*, 2003.

CARDONA RUBERT, M.B., “Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de septiembre”, *Revista de Derecho Social*, nº. 60, 2012.

CARRASCO DURAN, M.: “El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 9, Ed. Aranzadi, 2014.

CARRIZOSA PRIETO, E.: “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”, *Temas Laborales*, nº. 116, 2012.

DESDENTAO BONETE, A.: “Contrato de trabajo y nuevas tecnologías: una nota sobre algunas cuestiones de actualidad, prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico”, *Revista del poder judicial*, nº 88, 2009.

DELGADO, A.: “Absentismo nada virtual: normativa, problemas y soluciones del uso de internet durante la jornada laboral”, *Emprendedores*, nº. 116, 2007.

DEL VALLE, J. M. “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo”, *Asuntos Laborales*, t. III, 1991.

DE VICENTE PACHÉS, F.: “El derecho del trabajador al respeto de su intimidad”, *Consejo Económico y Social*, Madrid, 1998.

DIAZ REVORIO, F.J.: “Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales”. *Pensamiento Constitucional*, 2012, vol. 14.

DURÁN LÓPEZ, F.: “Inviolabilidad del trabajador”, en AA VV (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El estatuto de los trabajadores*, t. IV, Edersa, Madrid, 1983.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, de 10 de julio”, *Relaciones Laborales*, nº. 1, 2001.

FERNANDEZ HERNADEZ, C.: “TEDH: el control por el empresario de la cuenta de correo profesional del trabajador no supone una violación del derecho a la intimidad”, *Noticias Jurídicas, Noticias de actualidad, jurisprudencia y sector legal*, 2016.

GARCÍA NINET, J. I.: "Comentario al artículo 18 ET", en AA VV, El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo, Edersa, Madrid, 1981.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J. R.: "Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio", en AAVV: Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V., y Coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.: El modelo social en la Constitución Española de 1978, Mº Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

GARRIDO, A. Y LARRAURI, U.: "Medios de control ejercidos por el empresario y vulneración de derechos fundamentales del trabajador: donde está el límite", *Economist & Jurist*, nº. 17, Difusión Jurídica, Barcelona, 2009.

GOERLICH PESET, J. M.: "Despido por relación con el tráfico de cocaína: trasgresión de la buena fe contractual y derecho a la intimidad del trabajador", *Poder Judicial*, nº. 9, 1998.

GONZÁLEZ GAITANO, N.: "El deber de respeto a la intimidad", Universidad de Navarra, Pamplona, 1990.

GONZALEZ ORTEGA, S., "La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo", en AAVV, Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Coordinadores M. R. Alarcón Caracuel y E. Legarreta, Bomarzo, 2004.

GOÑI SEIN, J. L.: "El respeto a la esfera privada del trabajador", Civitas, Madrid, 1988.

GUILLEM GORBE, T.: "Las TIC en la estrategia empresarial", Ed. Anetcom, Valencia, 2007.

HUMPBHREY, H.: "Boss reading your private messages?", *Ultimas noticias*, Deutsche Welle, Alemania, 2016.

LLUCH CORELL, F.: "Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable", *Revista de Jurisprudencia*, nº. 1, 2014.

MARTINEZ FONS, D.: "El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MARTIN VALVERDE, A.: "Uso extralaboral del correo electrónico empleando medios informáticos de la empresa. Control empresarial, requisitos", *Actualidad laboral*, nº 2, 2014.

MOLERO MANGLANO, C.: "El derecho al honor y la intimidad del trabajador", *Asuntos Laborales*, nº. 21, 2001.

MOLERO MANGLANO, C.: "Inviolabilidad de la persona del trabajador", en AA VV: El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después, Civitas, Madrid, 2000.

MONTOYA MELGAR, A.: "La buena fe en el contrato de trabajo", Tecnos, Madrid, 2001.

MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario”, en AA VV: El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después, Civitas, Madrid, 2000.

MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, 5ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2003.

ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico por los trabajadores y control empresarial”. Diario La Ley, nº. 7188, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 2009.

ORTEGA GOMEZ, E. y CARRASCO LINARES, J.: “El uso de los medios informáticos en la empresa: conflicto y regulación”, Revista Derecho Lex, nº. 16, 2016.

ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: “Facultades empresariales de control, TICs y privacidad del trabajador”, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, nº. 37, 2015.

ORTIZ LALLANA, C.: “Derechos fundamentales y relación laboral”, Mº Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 13, 1998.

PRADOS DE REYES, J.: “Contrato y relación de trabajo”, en AAVV (Coords.: RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y ELORZA GUERRERO, F.): Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional, Tecnos, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ COARASA, C.: “Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral”, Revista Derecho Político, nº. 51, 2001.

RODRÍGUEZ COPÉ, Mª L.: “El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial”, Temas Laborales, nº. 62, 2001.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, La Ley, t. III, 2004.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, Relaciones Laborales, t. I., 2004.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO-FERRER, M.: “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, en AAVV: (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V., y Coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.: El modelo social en la Constitución Española de 1978, Mº Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F.: “Igualdad y discriminación”, Tecnos, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y FERNÁNDEZ VILLARINO, R., “En torno a los derechos on-line de los trabajadores y de sus organizadores”, Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales, nº. 14, 2005.

SÁENZ-TORRE DE TORRE, I.: “El derecho a la intimidad personal en el ámbito laboral”, Redur, nº. 13, 2015.

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “Los Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo”, Civitas, Madrid, 2005.

SANCHIS CRESPO, C.: “Intervención empresarial de comunicaciones informáticas versus derechos fundamentales de los trabajadores. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de diciembre”, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, nº. 33, Editorial Aranzadi, 2013.

SALA FRANCO, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA VV (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.): Trabajo y libertades públicas, La Ley, Madrid, 1999.

SARAZÁ, J.: “La transgresión de la buena fe contractual y figuras afines: Una aplicación Práctica”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014.

SEPULVEDA GOMEZ, M.: “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites”, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 122, 2013.

SEMPERE RODRÍGUEZ, C.: "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en AA VV (Dir. ALZAGA VILLAMIL, O.: Comentarios a las Leyes Políticas, t. II, Edersa, Madrid, 1984.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: “Nuevas tecnologías y relaciones laborales”, Aranzadi, Pamplona, 2002.

SUÁREZ ESPINO, M.L.: “La intimidad de los trabajadores en el centro de trabajo y el poder de vigilancia del empresario”, Diario La Ley, nº. 7906, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 2012.

TRUJILLO PONS, F., “Revelación de secretos empresariales a terceros por medio del correo electrónico. Posición del Tribunal Constitucional ante una supuesta vulneración a los derechos a la intimidad y al secreto de comunicaciones”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Nº 36, Ed. Iustel, Madrid, 2014.