

Control empresarial de los medios informáticos de trabajo

Curso académico: 2015 - 2016

Titulación:

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Tutor:

Santiago García Campá

Autor:

Jorge Marí Navarro



Índice

1 – Introducción	2
2 – Marco normativo	6
2.1 - Marco constitucional.....	7
2.2 - Marco del Estatuto de los Trabajadores	9
3 – Breve análisis histórico del control de los trabajadores en la jurisprudencia.....	11
3.1 – Teoría contractualista	11
3.2 - Teoría del triple juicio de proporcionalidad	11
4 – El poder de dirección del empresario aplicado al control de las herramientas informáticas de trabajo puestas a disposición del trabajador por la empresa	13
4.1 - El poder de dirección ordinario	14
4.1.a – Análisis de la jurisprudencia: los límites del poder ordinario de control	18
4.2 - El poder de dirección extraordinario	23
4.2.a – Presencia de indicios de incumplimiento.....	24
4.2.b – Presencia de normativa reguladora.....	25
4.2.c – Necesidad de comunicar la medida a los representantes de los trabajadores.....	27
4.3 – El derecho al secreto de las comunicaciones	28
5 – Uso de los medios informáticos por los representantes de los trabajadores	29
6 – Trasposición en la negociación colectiva de la regulación de las nuevas herramientas informáticas de trabajo	33
7 – Conclusiones	35
8 – Bibliografía.....	38

1 – Introducción

La temática a tratar en el presente trabajo cuenta con una importancia creciente en el mundo del derecho del trabajo, puesto que a medida que la tecnología va invadiendo cada espacio de nuestras vidas¹, lo hace de forma similar en el ámbito laboral, modificando no solo la forma en la que las empresas producen sino también cambiando la forma en la que éstas se relacionan con sus empleados y viceversa. El propósito buscado será analizar las consecuencias de esta Tercera Revolución Industrial² sobre la relación laboral existente entre el empresario y el trabajador por cuenta ajena, teniendo en cuenta que este primero disfrutará de un poder de dirección sobre el empleado a la hora de ordenar la forma en la que se organizará y llevará a cabo el trabajo. A su vez, se comprobará como esta normativa empresarial no goza de unos límites infinitos, sino que vendrá limitada por el marco de los derechos fundamentales que establece la Constitución Española.

La principal fuente de información a la se acudirá será el análisis de la jurisprudencia, configurándose como la pieza clave sobre la que se deberá construir la argumentación. Además, como no podrá ser de otra manera, un paso importante de la investigación requerirá consultar la legislación vigente española que sea de aplicación y tampoco se deberá dejar de lado, aunque no tendrán un peso demasiado relevante, los artículos de otros autores que hayan plasmado sus conocimientos sobre esta materia. El carácter preeminente de la jurisprudencia se explicará al ser el control de los medios informáticos una temática relativamente novedosa, ya que si bien el gran acercamiento de la informática y de las Tecnologías de la Información y Comunicación a la vida diaria ocurrió durante la década de los noventa, no ha sido hasta los últimos

¹ Es indudable que cada vez la sociedad se encuentra más inmersa en las nuevas tecnologías, que además se han convertido en elementos necesarios para la vida diaria de muchas personas. Tanto es así que incluso ya se ha empezado a acuñar términos para describir a enfermedades psicológicas relacionadas con su dependencia, como por ejemplo la nomofobia (sentimiento de ansiedad al no portar el teléfono móvil), que muestran hasta qué punto el fenómeno tecnológico se ha introducido en la sociedad.

² Como bibliografía sobre este tema y su implicación en las relaciones laborales destaca Rifkin, J. (1995). *The end of work. The decline of the global labor force and the dawn of the post-marker era*. Nueva York: Putnam Publishing Group. Siguiendo las tesis de este autor se aprobó por parte del Parlamento Europeo una declaración escrita en mayo de 2007 «sobre el establecimiento de una economía verde basada en el hidrógeno y una tercera revolución industrial en Europa, mediante una asociación con las regiones, las ciudades, las PYME y las organizaciones de la sociedad civil interesadas».

diez años donde el uso de teléfonos móviles o de Internet en el día a día³ ha sido prácticamente inevitable, si no obligatorio en según qué casos⁴.

Como se irá haciendo patente en numerosas ocasiones a lo largo del desarrollo expositivo, esto causará en rasgos generales una gran ausencia de una regulación legislativa concreta y actualizada, es decir, que se tendrá que lidiar con normas anticuadas que estaban pensadas para una organización del modo de trabajo pre-informático, o que cuanto menos no tenía en cuenta la total preeminencia que podría alcanzar la tecnología en el mundo del trabajo de hoy en día y sin lugar a dudas en el del futuro⁵ y los cambios en las relaciones laborales que éstas introducirán⁶. Todo esto ha dificultado notoriamente el estudio en este interesante campo de investigación jurídica y, como se mencionaba con anterioridad, obligará a acudir a la doctrina jurisprudencial para hallar la solución a las preguntas que se plantearán en el presente estudio.

El control de los medios informáticos de trabajo es una temática en la que de por sí no se deberán adoptar conclusiones generalizadas debido a que, como será mostrado en el grueso argumentativo, su legitimidad dependerá del estudio de las circunstancias concurrentes que rodeen cada litigio; viéndose esta casuística agravada por la constante evolución de la tecnología que va introduciendo cambios, y en ocasiones verdaderas revoluciones, en el modelo de producción empresarial. Con ello no se pretende excusar la falta de reglamentación legislativa, sino que debe de servir para

³ La última revolución en tecnología precisamente está viniendo de la mano de los denominados “wearables”, convirtiendo pulseras o relojes en pequeños ordenadores portátiles que se pueden llevar cómodamente a cualquier sitio, de ahí su nombre, pero también a todas horas. Esto que puede ser un gran avance tecnológico, por otro lado complicará enormemente este campo de investigación, ya que la presencia de estos “aparatos” electrónicos, pueden distraer al trabajador de su cometido profesional al estar constantemente comunicado con un grupo de amigos o de familiares durante su turno de trabajo.

⁴ Por ejemplo a la hora de tratar con la Administración Pública existen determinados procedimientos que únicamente se podrán realizar por vía telemática, puesto que ha dejado ser válida su presentación tradicional en papel. Esta voluntad de informatización de la administración toma forma en el artículo 14 de la reciente Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, estableciendo la obligación de relacionarse con estos organismos a través de medios electrónicos de manera exclusiva a personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, etc.

⁵ Como aparece argumentado en CUENCA, M. (2009). La recepción de información sindical a través de medios informáticos de la empresa. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, vol. nº XXV, pág. 1: “Los medios informáticos no son ya sólo tanto meros canales de distribución o recepción de la información, como en su momento acontecía con el teléfono, sino el escenario – el espacio y el tiempo, a modo de fábrica virtual – del proceso productivo, en el que se inserta y desarrolla la persona del trabajador”

⁶ Véase también: MONEREO, J.L. & LÓPEZ, B. (2004). *El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013*. Pamplona: Aranzadi, pág. 1.

reflexionar sobre si una regulación muy estricta en esta materia puede ser tan contraproducente como su total falta de regulación, al quedarse obsoleta en poco tiempo y causar mayor perjuicio al dejar menos margen a la jurisprudencia para reinterpretar los nuevos problemas y aplicar resoluciones judiciales más acorde con los tiempos y más respetuosas con los derechos, tanto de los trabajadores como de los empresarios⁷. A este sentido aportaría mayor seguridad jurídica abogar hacia una postura intermedia⁸, donde se establezca un marco normativo minimalista, es decir, que establezca únicamente el carácter estrictamente laboral de las herramientas informáticas de trabajo, dejando abierto a la negociación colectiva su carácter sancionatorio y adecuación a los sectores específicos, al empresario la potestad para permitir su uso dentro de los límites que crea convenientes y a la jurisprudencia el análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto para determinar la legitimidad de la actuación empresarial.

Otra de las fuentes utilizadas ha sido la revisión de lo acordado en la negociación colectiva, que debido a su mayor proximidad a la realidad laboral presentarán rasgos más concretos y donde se obtendrán normas que regulen el uso de las herramientas informáticas con mayor exactitud. No obstante, avanzando información que será tratada con mayor profundidad en los últimos compases de este proyecto, se hará patente en los convenios colectivos que se han analizado que en general, aunque sí que encontraremos algunos que mencionarán elementos tecnológicos específicos en su normativa⁹, como el correo electrónico como ejemplo estrella, la variedad será bastante escasa, limitándose a prohibir su uso para fines no laborales y estableciendo las sanciones pertinentes.

Sin embargo la idea que subyace no es simplemente la de recabar cómo se estructura hoy en día el control empresarial de las herramientas informáticas de trabajo¹⁰, sino

⁷ A este sentido es conveniente citar a SEMPERE, A. V. & SAN MARTÍN, C. (2007). ¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 21/2007, pág. 4: “carácter esencialmente dinámico de esta materia, que hace que los conflictos se reformulen a cada paso, y que las soluciones adoptadas por los Tribunales o en los todavía escasos convenios que contemplan el tema se queden rápidamente obsoletos en algunas de sus previsiones. Ésa es, justamente, la principal circunstancia que ha venido desincentivando la regulación legal del uso y control de las herramientas tecnológicas en el ámbito laboral”.

⁸ In medio virtus, que reza el dicho latino.

⁹ A diferencia de lo establecido en la legislación vigente que no menciona ningún medio informático.

¹⁰ Como argumenta TASCÓN, R. (2007). El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica. *Revista Doctrinal Aranzadi*

que pretende ser más ambiciosa e ir más allá, de tal forma que realizando un breve repaso de la historia que ha tenido esta materia hasta la fecha, se pueda dilucidar hacia qué dirección se va a ir encaminando esta materia, o por lo menos, se intuya dejando sentadas unas bases argumentativas sólidas que vayan a servir de guía.

Personalmente considero que este punto será de vital importancia, la tecnología ha venido para quedarse, con sus ventajas e inconvenientes claro está, pero su utilización por parte de los trabajadores dentro de su desempeño laboral es un conflicto que va a permanecer en el tiempo, y lo que es más, va a ir variando a medida que vaya evolucionando la propia tecnología.

Para alcanzar estos objetivos el estudio se estructurará de la siguiente manera: en el que figura como punto segundo en el índice se realizará un breve análisis del marco normativo, utilizando para ello, de forma intensiva, la legislación española a este respecto. En este apartado, si bien no se entrará de lleno en la temática a tratada, gracias a él se podrá establecer los cimientos principales sobre los que ir acudiendo a lo largo de la exposición argumentativa. Será necesario que la revisión legislativa sea clara y concisa, puesto que el articulado que establece unas materias de tan amplísimo recorrido como son el poder de dirección del empresario y dos de los derechos fundamentales de los trabajadores que más entrarán en colisión cuando el empresario utilice una herramienta de control empresarial; estos serán la intimidad y el secreto de las comunicaciones¹¹. Además únicamente su estudio estará centrado en el momento posterior a la contratación laboral cuando ya se encuentra vigente la relación laboral entre el empleador y el trabajador, y no se analizarán estos derechos desde un momento previo en el que el aspirante a trabajador todavía no ha sido contratado.

Una vez realizado este primer paso, se repasará en el siguiente apartado, de forma escueta, qué recorrido histórico ha tenido la jurisprudencia cuando se ha enfrentado a casos de posibles vulneraciones de estos derechos fundamentales mencionados con

Social, núm. 17/2007, pág. 1: “la introducción de las nuevas tecnologías en la empresa presenta en su influencia sobre el poder de dirección una de sus manifestaciones «más vistosas», habida cuenta aquéllas están habilitando medios sofisticados capaces de intensificar de forma decisiva las posibilidades empresariales de fiscalización de la actividad laboral”.

¹¹ GRAU, C. (2008). La transgresión de la buena fe contractual en el uso personal del ordenador de la empresa: la legitimidad del control empresarial. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11/2008, pág. 1: “La controversia presenta, en términos generales, una doble perspectiva: de un lado, la utilización personal de las herramientas tecnológicas de trabajo por los trabajadores, y de otro, el control empresarial de tal uso y su posible confrontación con derechos fundamentales de los trabajadores tales como el de intimidad (art.18 CE) o el secreto de las comunicaciones (art.18.3 CE)”.

anterioridad. Así se conseguirá ganar una importante perspectiva que ayudará a comprender con mayor facilidad el siguiente punto argumentativo.

Posteriormente, en el cuarto y quinto puntos expositivos, con el conocimiento adquirido hasta este momento dará pie a entrar de lleno a discernir los límites del control empresarial de los medios informáticos en el entorno laboral del trabajador, y posteriormente de sus usos sindicales, recurriendo fundamentalmente a la posición del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La no utilización en este proceso de sentencias de ámbito europeo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se debe a su falta de importancia, sino más bien a cuestiones prácticas, ya que la jurisprudencia española se hará eco y recogerá lo dispuesto en el ámbito europeo¹². Para centrar esta búsqueda jurisprudencial nos será de especial valía las revisiones que han realizado otros autores sobre este tema, de forma que podamos seleccionar aquellas sentencias que nos puedan aportar mayor conocimiento sobre nuestra materia.

Finalmente en un último apartado, se realizará una modesta revisión de lo establecido en los convenios colectivos respecto de la regulación de las nuevas tecnologías. Que se haya situado en último lugar tampoco será cosa del azar, puesto que llegado a este punto, gracias a las explicaciones aportadas a lo largo de la exposición argumentativa, se tendrá conocimiento suficiente sobre la materia para poder valorar de forma crítica si la negociación colectiva está regulando las herramientas informáticas de trabajo, y en el caso de que lo haga, si esa normativa se ajusta a las necesidades reales que permitan clarificar esta problemática, rellenando los huecos que deja el vacío legislativo, o si por el contrario pasa de puntillas.

2 – Marco normativo

Puesto que ya se ha mencionado con anterioridad la utilidad y finalidad de este apartado, no tendrá sentido por tanto caer en la repetición, sin embargo sí que será importante advertir que en aras de mejorar la concreción se ha realizado una revisión muy limitada de la legislación, por otro lado escasa, focalizando únicamente aquellos artículos que serán de gran relevancia. De esta revisión además comprobaremos

¹² STS 6128/2007, 26 de septiembre, FFJJ 4º; STS 3936/2010, 2 de junio, FFJJ 3º; STS 1323/2011, 8 de marzo, FFJJ 3º; STS 8876/2011, 6 de octubre, FFJJ 6º, STC 241/2012, 17 de diciembre, FFJJ 6º; STC 170/2013, 7 de octubre, FFJJ 3º.

como la legislación española “se ha mostrado incapaz de adaptarse a este proceso”¹³ de cambio tecnológico, tanto por mantener, como por no saber actualizar antiguos conceptos que se encuentran hoy en día en notable desuso.

2.1 - Marco constitucional

En primer lugar será necesario detenerse a comentar el artículo 38 de la Constitución Española¹⁴, un artículo muy importante y central, puesto que en virtud del cual se derivarán los poderes empresariales que permitirán establecer normas para regular la forma en la que los trabajadores llevarán a cabo su desempeño laboral, así como realizar controles para verificar su cumplimiento.

Este poder del que dota la Carta Magna al empresario no tendrá unos límites infinitos, sino que vendrá matizado y modulado por los derechos fundamentales que también se les reconocen a los trabajadores¹⁵. El hecho de que un trabajador firme un contrato de trabajo, de este modo, no significará que el trabajador se encontrará a merced de la voluntad empresarial, sino que seguirá amparado por los mismos derechos constitucionales que le protegían como ciudadano cuando se encontraba fuera de la empresa¹⁶.

¹³ CALVO, F.J. (2012) “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2012, paraf. Num. 71/20129/2012, pág. 1. Otra opinión similar la encontramos en TASCÓN, R. (2007). *El lento (pero firme) proceso...*, op.cit. pág. 4 y 5: “La ambigüedad de la norma laboral española en este punto (a diferencia de lo ocurrido en países de nuestro entorno, como Portugal o Italia, donde se han tratado de aportar pautas concretas de actuación), ha provocado que sean los Tribunales quienes queden abocados a establecer pautas de adecuación entre estos nuevos sistemas y los derechos fundamentales (inespecíficos).”

¹⁴ Un análisis exhaustivo de este artículo se encuentra en RUIZ-NAVARRO, J.L. & SIEIRA, S. (2011, enero). *Sinopsis del artículo 38 de la Constitución Española*. Recuperado de: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=38&tipo=2>

¹⁵ OLLO, P. (2011). Está muy mal espiar el ordenador personal sin avisar. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4/2011, pág. 1: “los derechos fundamentales del trabajador «deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra», (SSTC 5/1981, 47/1985, 77/1985, 106/1996, 199/1999); y del mismo modo «las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador», que son prevalentes y constituyen un «límite infranqueable» no solo a sus facultades sancionadoras, sino también a las facultades de organización y de gestión del empresario, causales y discrecionales (SSTC 292/1993, 136/1996, 90/1997, 1/1998, 90/1999, 98/2000, 190/2001, 213/2002, 17/2003, 49/2003).”

¹⁶ SAN MARTÍN, C. & SEMPERE, A.V. (2012). Sobre el control empresarial de los ordenadores, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2012, pág. 2: “ha de tenerse claro que los trabajadores no dejan de ser ciudadanos por el hecho de comenzar a prestar servicios para un empresario, de lo que se deriva que los derechos fundamentales que la Constitución

A este respecto la doctrina del Tribunal Constitucional ayuda a salir de dudas indicando que “el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada”¹⁷. Por tanto, éstos se erigen como un beneficio que poseen todos los ciudadanos y del que no podrán ser desprendidos, puesto que “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”¹⁸. Ahora bien, tampoco podrán ser absolutos ya que la relación laboral podrá modularlos¹⁹ en función del poder de dirección del empresario²⁰. A razón de lo cual la doctrina constitucional añade que esta merma de derechos será aceptable cuando el objetivo empresarial sea “necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho”²¹ y donde tendrá cabida únicamente toda actuación “estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva”²².

En la temática en particular a estudio, los derechos fundamentales afectados cuando el empresario realice las tareas de control sobre las herramientas informáticas de trabajo serán principalmente dos: el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), que como hemos comprobado de la doctrina constitucional no tendrán un valor absoluto, de igual modo que ocurría con el poder de dirección empresarial. Por tanto cuando se produzca una colisión entre esos derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores y el poder de dirección del

reconoce a todos los ciudadanos no se ven exceptuados por la existencia de una relación laboral”.

¹⁷ STC 99/1994, 11 de abril, FFJJ 4º.

¹⁸ STC 88/1985, 19 de julio, FFJJ 2º.

¹⁹ Valga como ejemplo un deportista profesional de equipo (baloncesto, fútbol, balonmano, etc.) cuyo desempeño profesional le exige exponer su imagen al público o vestir un determinado atuendo con unos colores distintivos.

²⁰ “No cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales” (STC 241/2012, 17 de diciembre, FFJJ 5º).

²¹ STC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 5º.

²² STC 170/2013, de 7 de octubre, FFJJ 3º.

empresario cuando éste decida ejercerlo, ya sea para establecer normativas de trabajo o para sancionar, si esa colisión no supone una violación o una vulneración de los derechos constitucionales, es lo que permitirá al empleador acceder a determinados aspectos de la vida del trabajador sin que eso se considere una intromisión en su intimidad o se quebrante su derecho al secreto de las comunicaciones.

2.2 - Marco del Estatuto de los Trabajadores

Una vez establecido el marco constitucional, se tratará el marco establecido en el Estatuto de los Trabajadores. Desde un primer momento se puede apreciar que la transposición en materia laboral de los derechos fundamentales mencionados con anterioridad en este texto legislativo ha sido elaborada con muy poco detalle, de forma que se limita a indicar la necesidad de su cumplimiento en el ámbito laboral, pero no presenta un desarrollo normativo que vaya más allá e introduzca modulaciones para adaptarse a este ámbito; como ejemplo podremos citar el artículo 4.2.e o el artículo 24 dedicado a los ascensos que hace alusión al derecho fundamental a la igualdad.

Para determinar el fundamento legal del poder de dirección del empresario en el Estatuto de los Trabajadores es fundamental acudir al artículo 20²³, donde se establece su capacidad para establecer las directrices para el desarrollo de la actividad empresarial, llevar a cabo labores de vigilancia para detectar infracciones laborales y conductas de los empleados que atenten contra la buena fe laboral e imponer una sanción en el caso de que esto ocurra.

Por su parte en el artículo 64.5.f se establecerá la obligación de emitir un informe al comité de empresa, con carácter previo a la adopción de cualquier medida que vaya a suponer el establecimiento por parte de la empresa de unas medidas de vigilancia o control. Como se desarrollará más adelante, esta obligación no se aplicará *iuris et de iure*, sino que podrá ser evadida.

La mención del artículo 18 servirá también para hacer notar que el Estatuto de los Trabajadores, que precisamente es una norma que se caracteriza por haber sufrido constantes y numerosas reformas²⁴, se comprueba como todavía se sigue haciendo

²³ LA LEY (2007). *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*. Madrid, pág. 409 y ss.

²⁴ Además algunas de estas reformas han traído cambios de importante calado en la regulación de las relaciones laborales, como por ejemplo, en la casuística de los trabajadores con un contrato a tiempo parcial, se observa como éstos pasaron de tener expresamente prohibido realizar horas extraordinarias – salvo las de fuerza mayor – a que el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, que sería convalidado posteriormente en la Ley 3/2012, de 6 de julio, lo concibiese como una capacidad más. Posteriormente el Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de

referencia a las taquillas a la hora de limitar el acceso y control empresarial, pero en ningún momento se menciona ningún medio digital, si bien el ordenador, herramienta indispensable en muchas profesiones, puede dar lugar al almacenamiento de archivos personales de todo tipo.

Asimismo el artículo 81 de la misma norma legal es otro abanderado de la era analógica, en este caso haciendo referencia a los tabloneros de anuncios, y sin que nuevamente el legislador haya creído necesario aportar ninguna actualización, en un momento en el que el trabajo a distancia, o también conocido como teletrabajo, ha sufrido un constante auge de manos de la transformación tecnológica de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. De esta forma el trabajador podrá realizar sus tareas, por ejemplo desde su propio domicilio, mientras pueda mantener conexión con la empresa, haciéndose completamente inapropiado y carente de relevancia la presencia de un tablón de anuncios en el que la representación de los trabajadores realice comunicaciones a los trabajadores, puesto que éstos pueden estar a miles de kilómetros de distancia del centro de trabajo donde se encuentra dicho tablón, y además, puede que ni siquiera sea necesario para el desempeño de su actividad que acudan al mismo.

Estos ejemplos, y por encima de todo, la ausencia de normativa legal que emplee conceptos propios de las tecnologías de la comunicación actuales, hacen que se tenga que desviar la mirada necesariamente hacia la jurisprudencia para poder determinar donde se sitúan los límites que permiten al empresario ejercer su poder de dirección y vigilancia, sin caer en prácticas ilegales que lesionen derechos de los trabajadores. Justamente esta falta de una regulación concreta favorece una inseguridad jurídica que hace más común la aparición de este tipo de comportamientos, no porque vengan buscados a propósito, sino por su propia falta de concreción. Y no es más cierto que en primer lugar para el trabajador, así como el empresario y en general para todo el conjunto de la sociedad, supone un serio perjuicio no disponer de unas relaciones laborales reguladas normativamente en función del adelanto tecnológico sobre el que se desarrolla la actividad productiva.

diciembre, volvía a impedir su realización con esta modalidad contractual. Por tanto, se vislumbra claramente como la normativa laboral española desde luego no peca de inmovilista en asuntos clave, sin embargo no ocurre lo mismo en la materia que nos atañe.

A esta exposición se añadirá la nueva oportunidad que se ha dejado pasar el pasado día 23 de octubre con la publicación del nuevo texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, a través del Real Decreto Legislativo 2/2015.

3 – Breve análisis histórico del control de los trabajadores en la jurisprudencia

Antes de entrar de lleno en el análisis de la posición que están tomando el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en la actualidad, será conveniente realizar una breve síntesis histórica que nos permitirá entender con mayor perspectiva y claridad las motivaciones que mueven hoy en día a estos tribunales a la hora de realizar sus fallos.

3.1 – Teoría contractualista

En la década de los ochenta, la postura dominante respecto del control empresarial era la teoría contractualista, la cual en síntesis otorgaba al contrato de trabajo un poder total, de forma que el trabajador se tendría que avenir a lo pactado en tal documento una vez firmado e iniciada la relación laboral. Como se entendía que la aceptación de las condiciones del puesto de trabajo se ejercía bajo una plena libertad, en una economía competitiva de mercado, el trabajador aceptaba que este pacto con su empleador pudiese doblegar sus derechos fundamentales, dejándolos en la entrada del centro de trabajo cada vez que acudía a desempeñar sus labores profesionales, de tal forma que el vínculo contractual prevalecería respecto de estos últimos, pese a que ocupan en la Carta Magna una posición preeminente respecto del artículo 38. Buena prueba de ello es la sentencia del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre, en la que un camarero que trabajaba en un hotel decide dejarse barba. Es amonestado por ello en dos ocasiones, y ante la negativa a afeitarse, definitivamente es despedido disciplinariamente de forma procedente según los sucesivos tribunales que van conociendo el caso. Finalmente el Alto Tribunal en su fallo niega que el trabajador haya podido ver vulnerado su derecho fundamental a la propia imagen dado que según sus deberes laborales, su puesto de trabajo estaba expuesto al público.

3.2 - Teoría del triple juicio de proporcionalidad

La teoría contractualista va a ir evolucionando progresivamente en la teoría del triple juicio de proporcionalidad²⁵, según la cual para que un empresario pueda afectar a un

²⁵ “Queda de manifiesto que el principio de proporcionalidad, convertido en canon constitucional, se utiliza para el control constitucional de las limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales. Para llevar a cabo este control, nuestro Tribunal Constitucional, emplea el llamado “test alemán” que consta de tres fases u operaciones, lo que no ocurre en otros países, donde se ha suprimido el último paso, el de la proporcionalidad específica o ponderación (Canadá), o donde sólo se sigue el test de razonabilidad, (Inglaterra).” (STS

derecho fundamental de un trabajador sin vulnerarlo, la medida que adopte tiene que ser idónea, necesaria y proporcional²⁶, de tal forma que si supera este triple examen se considerará ajustada a derecho. Nótese como en la sentencia que hemos mencionado anteriormente, los sucesivos tribunales que conocen el caso aunque sí que habían aludido a la costumbre entre el sector hotelero local de que los trabajadores con atención de cara al público lleven la barba rasurada como argumento para dar validez a la orden empresarial, no entraban a estudiar con más profundidad las causas concretas que rodean al litigio. Además la necesidad de tener que superar este triple test, nos dará una idea de la preeminencia por los derechos fundamentales en la jurisdicción social frente al poder de dirección del empresario²⁷.

Estos dos conceptos, la necesidad de estudiar los hechos individualizados en cada litigio para dar una mejor respuesta judicial y la preferencia por la protección de los derechos fundamentales en el ámbito jurisdiccional, conformarán el *alma mater* de este cambio en la doctrina judicial, de forma que el reconocimiento de la importancia de las circunstancias concurrentes en cada caso, un concepto que se había avanzado en la introducción y que ayudará a comprender en primer un primer momento el sentido esta evolución doctrinal, y a *posteriori*, explicará porqué en diferentes sentencias los tribunales no parecen tener unos criterios fijos, sino que aspectos que en unos litigios se consideran como determinantes en otros supuestos no lo serán²⁸.

3443/2014, 15 de abril, FFJJ 6º). Esta sentencia será también destacable puesto que a continuación explica con gran detalle en que consistirá este triple test.

²⁶ Se entenderá por medida:

Idónea aquella que cumpla efectivamente con la finalidad que desea controlar, sin esconder fines ocultos ni distintos a los pretendidos.

Necesaria significará que no hay alternativa posible o cabalmente realizable a la medida que se pretende emprender.

Proporcional cuando el perjuicio que pudiera ocasionar la implementación de una medida, al vulnerar uno o varios derechos del trabajador, aporte beneficios suficientes como para contrarrestar este daño, o cuanto menos, que guarde cierto nivel de equidad.

²⁷ SAN MARTÍN, C. & SEMPERE, A.V. (2012). Sobre el control empresarial... op. cit., pág. 5: "El Tribunal Constitucional deja patente constancia de esta preferencia por los derechos fundamentales de los trabajadores al referirse a «la posición prevalente que en nuestro Derecho poseen los derechos fundamentales, de modo que si la existencia de la relación contractual puede llegar a imponer algún límite al ejercicio de los derechos fundamentales, este límite se ve asimismo 'limitado' por la noción de imprescindibilidad» (STC 90/1999, 26 de mayo)."

²⁸ Como puede leerse en SAN MARTIN, C. (2007). El uso y el control empresarial de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Algunas pautas recurrentes en la doctrina judicial, para tener en cuenta. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf.num.26/20077/20078/2007, pág. 2: "En definitiva, la solución a los problemas en esta materia exige un apego especialmente

De este modo estos distintos pareceres judiciales no serán ilógicos, como podría parecer a primera vista, sino que se deberá de enfocar bien cuál es, en particular para nuestro caso de estudio, el poder de dirección que está ejercitando el empleador para pregonar la preeminencia de unos factores u otros.

Por tanto, de acuerdo con la doctrina judicial empleada hoy en día²⁹, para que el empresario pueda adoptar una medida de control y sea válida, tendrá que superar la concurrencia de tres requisitos: que sea una medida idónea, necesaria y proporcional, teniendo en cuenta las especiales circunstancias concurrentes del caso estudiado. El objetivo buscado, que empezará a desarrollarse a partir del siguiente punto expositivo, se centrará en entrar a desgranar tal situación, de forma que se pueda identificar de antemano en cada situación los elementos que permitirán que una medida de control empresarial pueda llevarse a cabo sin vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores implicados, suponiendo un doble beneficio, para el empresario como para el trabajador.

4 – El poder de dirección del empresario aplicado al control de las herramientas informáticas de trabajo puestas a disposición del trabajador por la empresa.

Desde un primer momento, a la hora de establecer unas medidas que regulen o controlen la forma en la que se va realizar la prestación profesional de los trabajadores, se deberá ser consciente de la voluntad con la que se llevan a cabo, ya que en ningún caso deben de tener la finalidad de “cazar” a un trabajador en concreto, sino de influir sobre conductas dañinas para el interés empresarial o de establecer protocolos que permitan su prevención. Así tendrá un trato muy diferente una decisión tomada a expensas de la constatación de que vienen faltando sin motivo alguno bienes de la empresa en un determinado almacén, o si por el contrario aunque no haya indicio de ningún incumplimiento laboral, se desea únicamente establecer una medida de control ordinario para toda la plantilla, como podría ser un sistema de fichaje. Mientras que en el primer caso la finalidad estará encaminada a que cese un comportamiento extraordinario que daña el patrimonio empresarial, permitiendo la aplicación de medidas de control más contundentes, en el segundo supuesto que

intenso al caso concreto, y aun así nos encontramos en un terreno movedizo, en el que la ausencia de criterios claros supone dejar al sentido común del órgano judicial la respuesta a estas preguntas en cada situación concreta”.

²⁹ STSJ Castilla y León 4888/2015, 28 de octubre; STSJ Aragón 751/2015, 3 de junio; STSJ País Vasco 1394/2015, 28 de abril; STSJ Galicia 1170/2015, 10 de febrero; STS 3443/2014, 15 de abril; STS 599/2014, 27 de enero, etc.

entrará dentro de la organización ordinaria del trabajo no tendrán validez medidas tan gravosas para los derechos fundamentales de los trabajadores.

Antes de entrar al estudio de estas dos situaciones será conveniente hacer luz sobre el artículo 65.4.f del Estatuto de los Trabajadores, al establecer una exigencia a tener en cuenta en todo momento, ya que cuando el empresario imponga o revise cualquier tipo de sistema de control o vigilancia se estará obligado a remitir un informe a los representantes de los trabajadores. Éste no tendrá un carácter vinculante, pero sí que será preceptivo a la aplicación de dichas medidas³⁰. No obstante el incumplimiento de este artículo no tendrá consecuencias judiciales, puesto que no tendrá incidencia sobre la validez de la prueba obtenida, pero sí que será amonestable como falta grave según el artículo 7.7 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social³¹.

4.1 - El poder de dirección ordinario

Entrando de lleno en el tema a tratar, el poder de dirección del empresario en el sentido amplio supone la autoridad para organizar diariamente la empresa, es decir, el poder cambiar siguiendo unos procedimientos establecidos las condiciones de trabajo y el poder sancionar el incumplimiento del trabajador. Pero este poder de control no siempre se ejercita con la misma intensidad, dependerá de que la medida adoptada sea, en mayor o menor medida, sensible de vulnerar los derechos de los trabajadores al establecer un control empresarial más o menos estricto, y a su vez la procedencia de la misma se valorará según las circunstancias concurrentes de cada caso, teniendo gran importancia la presencia de indicios previos de incumplimiento laboral.

En primer lugar conviene centrar el estudio en los mandatos empresariales de menor calado, es decir, efectuados dentro del poder de dirección ordinario o normal del empresario. Se puede definir como todas aquellas ordenes o medidas de vigilancia que se emiten con carácter general a todos los empleados de la plantilla, o bien a una división en concreto, con la finalidad del establecimiento de una normativa de trabajo

³⁰ Como se verá más adelante con mayor desarrollo argumentativo, esta comunicación no será siempre necesaria, puesto que decaerá en casos especiales en los que, ante unos indicios de incumplimiento laboral tasados, el conocimiento de los representantes de los trabajadores de las decisiones adoptadas ponga en peligro su utilidad.

³¹ “El hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del art. 64.1.3.d) LET, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria.” (STC 186/2000, 10 de julio, FFJJ 7º)

que sirva para organizar la empresa de forma óptima, de acuerdo con los estándares empresariales, y que ayude a prevenir futuros incumplimientos laborales. Por su carácter de cotidianidad y escasa intromisión³², estas medidas de control ordinario se podrán llevar a cabo incluso antes de que se pueda constatar ninguna irregularidad en la forma en la que los trabajadores desarrollan su prestación laboral.

En resumen, es destacable que la validez de la medida a adoptar se tendrá que someter a un juicio de proporcionalidad, donde en una parte de la balanza se posicionará la intromisión en los derechos fundamentales de los trabajadores y por el otro lado la necesidad de aportar indicios previos de incumplimiento laboral. Cuanto menos gravosa sea una medida, menor será la carga indiciaria requerida, hasta tal punto de poder no ser necesaria. Un claro ejemplo de este tipo de medidas enmarcadas dentro de un control ordinario sería el establecimiento para toda la plantilla de un sistema de fichaje, como forma de supervisar el cumplimiento de las condiciones contractuales por parte de los trabajadores y asegurar que la empresa funcione según las normas establecidas por la dirección.

Para poder entender qué entiende la doctrina judicial sobre una medida de control ordinario, será de gran utilidad la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 7798/2003, de cinco de diciembre de dos mil tres, en la que una operadora de telefonía decide grabar y revisar las conversaciones entrantes, es decir de clientes que llaman a la empresa, que mantienen con empleados encargados de realizar labores de telemarketing. Esta decisión es conocida y publicitada a los trabajadores de la empresa bajo la finalidad de optimizar la atención al cliente, de tal forma que las conclusiones que salgan del análisis de las grabaciones sirvan para ensayar técnicas de venta y en general para mejorar la capacitación de la plantilla. Además queda demostrado que únicamente se monitorizan un 0,5% de estas llamadas entrantes, garantizando que las llamadas efectuadas por los trabajadores, tanto desde su puesto de trabajo como desde otros teléfonos de la empresa, no serán escuchadas.

El fallo del Tribunal Supremo viene a reconocer que el “control empresarial se realiza en condiciones de respeto a la legislación vigente por cuanto, contemplada en los términos de generalidad en que se desarrolla este conflicto, tiene como único objeto controlar la actividad laboral del trabajador en condiciones de respeto a su esfera íntima inatacable”, pero lo realmente interesante es la argumentación que realiza a

³² Siempre y cuando se lleven a cabo en lugares destinados exclusivamente al trabajo dado que “la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, «a fortiori», lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores” (STC 98/2000, 10 de abril, FFJJ 6º).

continuación para determinar que la medida de control es necesaria “puesto que no se conoce otro medio más moderado para obtener la finalidad que se pretende - juicio de necesidad -, es idóneo para el mismo fin - juicio de idoneidad - y ponderado o equilibrado porque de ese control se pueden derivar beneficios para el servicio que presta la empresa y no parece que del mismo se puedan derivar perjuicios para el derecho fundamental de los trabajadores - proporcionalidad en sentido estricto”³³. Así se acredita que la finalidad de la empresa era honesta y no buscaba fiscalizar la actividad de ningún trabajador en concreto³⁴, sino que aleatoriamente se vigila a todos los teleoperadores de este servicio para mejorar su desempeño³⁵.

Nótese que la operadora de telefonía no venía aplicando ninguna otra medida para controlar la calidad del servicio que prestaban sus empleados, situación muy diferente a la dada en la sentencia que utilizaremos de contraposición, esta vez del Tribunal Constitucional 98/2000, de diez de abril de dos mil. En esta conocida sentencia el litigio se sitúa en el casino de La Toja que ya viene adoptando un sistema de grabación de video para impedir posibles amaños en la sala de juegos. Desde la dirección se decide a complementarlo con la instalación de micrófonos en determinadas zonas del puesto de trabajo, sin tener ningún indicio de ineficacia de este método de control, elemento que se acabará configurando clave para que el Alto Tribunal acabe rechazando la validez de esta medida. Puesto que los trabajadores ya están siendo controlados en sus puestos de trabajo con una medida bastante gravosa como es la vigilancia constante en el puesto de trabajo mediante cámaras, no será admisible la utilización de nuevas medidas de control accesorias.³⁶ Otra cuestión hubiese sido si la empresa presentase indicios de la existencia de trabajadores que

³³ STS 7798/2003, 5 de diciembre, FFJJ 3º.

³⁴ La propia sentencia también avisa de qué situaciones podrían devenir en una vulneración del derecho a la intimidad, ya que “en esas conversaciones con los clientes pueden surgir comentarios que afecten a derechos fundamentales del trabajador incluidos dentro de la esfera de su intimidad en cuanto espacio excluido de cualquier posible intervención ajena –ideología política, afiliación sindical, libertad de expresión, etc.–, que, en cuanto fueran utilizados por el empleador podrían conducir a una declaración de nulidad en un proceso particular adecuado al caso.” (STS 7798/2003, 5 de diciembre, FFJJ 3º)

³⁵ Un completo análisis de esta sentencia se encontra en SEMPERE, A. V. & SAN MARTÍN, C. (2004). *Escuchas telefónicas a teleoperadoras*. Pamplona: Editorial Aranzadi.

³⁶ “Estas limitaciones o modulaciones tienen que 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 afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad.” (STC 98/2000, Fundamento Jurídico 7º)

amañaban los resultados de las mesas de juego comunicándose verbalmente con los clientes; en este supuesto sí que podría ser admisible la convivencia de ambas medidas de control al tener pruebas tasadas de un incumplimiento laboral, no obstante no estaría enmarcado en un control ordinario de los trabajadores, sino en uno extraordinario como se estudiará con mayor detalle más adelante.

Desde el punto de vista empresarial, si se pretenden llevar a cabo vigilancias o controles que se realicen diariamente, o de forma muy reiterada en el tiempo, se tendrá que hacer una buena valoración previa del propósito buscado para encontrar la solución que aúne la consecución de este objetivo y la mínima o nula afectación a los derechos fundamentales. También se tendrá que tener en cuenta que si ya estamos vigilando la actividad de los trabajadores se tendrá cada vez más reducido el abanico de herramientas a utilizar en el futuro, y más si las que estamos utilizando ya son de por sí intrusivas en los derechos fundamentales como en este caso en concreto del casino. Tampoco se pretende dar a entender que únicamente se podrá emplear de forma válida al ordenar de forma normal una empresa una sola medida, cabrá la utilización de varias si atienden a fines distintos y no entren en colisión con los derechos de los trabajadores. Así en el supuesto tratado con anterioridad del operador de telefonía, sería plausible el control de las llamadas entrantes junto con la instalación de un sistema de fichaje para registrar los horarios de los empleados.

Por tanto como norma básica se podrá establecer que cuando un empresario se encuentra dentro del poder ordinario, la decisión tomada tiene que ser muy poco gravosa, porque se está intentando ordenar normalmente la empresa y no hay indicios de que haya habido un incumplimiento laboral previo. El empresario únicamente se limitará a constatar que todo transcurre como está previsto. Pero además en estos supuestos encontramos otra exigencia de gran importancia, la necesidad de comunicar la finalidad concreta que se busca implementado la medida de control y cuál o cuáles van a ser éstas, tanto a los trabajadores como a sus representantes sindicales, de forma que la doctrina jurisprudencial vendrá a proteger y permitir aquellas decisiones que tengan un carácter preventivo, no así las medidas fiscalizadoras de carácter punitivo³⁷.

³⁷ Por este motivo según TASCÓN, R. (2007). El lento (pero firme) proceso..., op.cit. pág. 13: "si el empresario ha permitido expresamente la utilización personal de los medios de la empresa (quizá dentro de ciertos límites), no resulta de recibo -a tenor de aquel principio general del Derecho que prohíbe *venire contra factum proprium* -, un cambio brusco e intempestivo para sancionar duramente tal conducta sin, al menos, realizar una advertencia previa". De forma similar contemplan SEMPERE, A. V. & SAN MARTÍN, C. (2007). ¿Puede la

4.1.a – Análisis de la jurisprudencia: los límites del poder ordinario de control

Para ilustrar la gran importancia de este último punto se procederá a realizar una revisión de sentencias recientes que han marcado tendencia en este aspecto, empezando por la importantísima sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 6128/2007, de veintiséis de septiembre de dos mil siete. En ella se deja de lado la valoración sobre si la actuación del trabajador en su desempeño profesional pueda dar lugar a medidas disciplinarias, o incluso pueda suponer una vulneración de la buena fe contractual para centrarse en “resolver un problema previo sobre el alcance y la forma del control empresarial sobre el uso por el trabajador del ordenador que se ha facilitado por la empresa como instrumento de trabajo”, siendo este el principal motivo por el que tendremos tanto interés en su análisis junto con la valoración que establecerá sobre las herramientas de trabajo.

Entrando en los hechos que se relatan, un trabajador desempeña sus labores en la empresa como director general “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”³⁸. Ante problemas en el funcionamiento de su terminal, la empresa requiere de los servicios de un técnico en informática que advierte de la presencia de virus informáticos en el mismo, ocasionados por la “navegación por páginas poco seguras de Internet”, asimismo se accede a la carpeta de archivos temporales donde figuran accesos a páginas de contenido ajeno al laboral. Mientras se llevaron a cabo estas comprobaciones se hallaba presente únicamente el administrador de la empresa, que procedió a almacenar estos datos en un dispositivo de almacenamiento USB y depositarlos ante notario. Una vez restituido el terminal, y pasados unos días, se vuelve a repetir el proceso anterior contando también con la presencia en este caso de los delegados de personal para verificar que efectivamente se vuelve a dar la existencia de material no relacionado con el desempeño de la actividad laboral. En base a estas comprobaciones la empresa toma la decisión de accionar el despido disciplinario.

Sin embargo este medio de prueba es rechazado tanto en la sentencia de instancia, como en la sentencia de suplicación, bajo el argumento de que no es válida “la prueba de la empresa porque ha sido obtenida mediante un registro de un efecto personal que

empresa controlar... op.cit., pág. 8: “no puede sin más cambiar de actitud y perseguir tales conductas, sino que ha de advertir de esta intención, por razones de evidente buena fe”.

³⁸ STS 6128/2007, 26 de septiembre, FFJJ 1º.

no cumple las exigencias del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores³⁹. Además por lo que hemos venido exponiendo con anterioridad, este comportamiento empresarial extralimitaría los poderes ordinarios de control, quedando anulada la prueba al no poder acreditar indicios previos del incumplimiento, puesto que el hallazgo ha sido meramente fortuito. No obstante interesa seguir desgranando este caso al tratar temas de gran interés, pues la empresa continúa en su empeño y presenta como contraste la sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 14553/2001, de trece de noviembre de dos mil uno, que acaba sentenciando la exclusión de “las garantías previstas en el citado artículo 18 no pueden extenderse, en ningún caso, a la utilización de los ordenadores que la empresa asigna a sus empleados, ya que tal útil de trabajo no puede considerarse como uno efecto personal”⁴⁰.

Puesto que se acredita la necesaria contradicción que exige el recurso de casación para unificación de doctrina, el Tribunal Supremo nos sintetiza su propósito que coincidirá plenamente con uno objetivos que se pretender dirimir: “determinar si las condiciones que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores establece para el registro de la persona del trabajador, su taquilla y sus efectos personales se aplican también al control empresarial sobre el uso por parte del trabajador de los ordenadores facilitados por la empresa”⁴¹, siendo la respuesta muy relevante en tanto en cuanto las medidas de control sobre los medios informáticos deberán de contar obligatoriamente con la presencia de representantes de los trabajadores. Pero sus pesquisas no se quedarán únicamente ahí, sino que también reconoce que “el problema es más amplio, porque, en realidad, lo planteado en el recurso, desde la perspectiva de ilicitud de la prueba obtenida vulnerando los derechos fundamentales (artículo 91.1 de la Ley de Procedimiento Laboral), es la compatibilidad de ese control empresarial con el derecho del trabajador a su intimidad personal (artículo 18.1 de la Constitución) o incluso con el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución Española), si se tratara del control del correo electrónico”⁴².

Pero se deberá ir por partes, respecto de si es o no adecuado invocar el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, se ha de recordar que el objetivo de las taquillas

³⁹ STS 6128/2007, 26 de septiembre, FFJJ 1º.

⁴⁰ STSJ Madrid 14553/2001, 13 de noviembre, FFJJ 1º.

⁴¹ STS 6128/2007, 26 de septiembre, FFJJ 2º.

⁴² STS 6128/2007, 26 de septiembre, FFJJ 2º.

consistirá en guardar objetos personales del trabajador, consecuentemente no tendrá relación con el desempeño laboral de éste, siendo por ello que se considerará que este artículo del Estatuto de los Trabajadores establece en manos del empresario un poder “exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de los poderes que le concede el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores y, en realidad, como ha señalado la doctrina científica, desempeña –no sin problemas de cobertura– una función de «policía privada» o de «policía empresarial» que la Ley vincula a la defensa de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores de la empresa”⁴³. Algo muy diferente será el ordenador que es asignado y proporcionado por la empresa a un empleado, al ser una herramienta más de trabajo estará dentro del marco contractual, no fuera de él como exige el mencionado artículo 18, motivo por el que no tendrá lugar invocar la protección de éste cuando el empresario lleve a cabo medidas de vigilancia de un ordenador, *tablet*, o dispositivo similar destinado al desarrollo de la actividad profesional propiedad de la empresa, e incluso, cuando se controle el correo electrónico, nuevamente puesto a disposición por la empresa, o el uso de Internet que realice desde estos dispositivos⁴⁴.

Despejada esta duda y con el enorme potencial que poseen estas herramientas tecnológicas para almacenar contenido privado, el siguiente paso será determinar hasta qué punto será admisible el control empresarial sobre ellas sin que entre en contradicción con los derechos fundamentales de los trabajadores, ya que de la no aplicación del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores se le está otorgando un poder muy grande a la empresa. Prosiguiendo con la sentencia que se está analizando se comprueba que hay un incumplimiento por parte del trabajador, sin lugar a dudas, puesto que ha venido utilizando tiempo de trabajo para desarrollar actividades fuera del ámbito profesional, pero la empresa en su control no puede incidir revisando hasta la última página del historial de búsqueda porque no tiene indicios previos de incumplimiento para poder ir más allá del mero control ordinario puesto que la empresa no se encuentra en disposición de aplicar un fiscalizador, mucho más gravoso, ya que ha sido un hallazgo casual.

⁴³ STS 6128/2007, 26 de septiembre, FFJJ 3º.

⁴⁴ “Al acceso y control de los medios informáticos de uso en la empresa no se le aplican las exigencias del registro de taquillas del art. 18 ET en que la empresa actúa en función de policía privada o empresarial en defensa del patrimonio.” GONZÁLEZ, C. (2015). Control empresarial de la actividad laboral y uso de las nuevas tecnologías. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.11/2015, pág. 4. Del mismo modo encontramos otros autores que comparten esta misma visión GRAU, C. (2008). La transgresión de la buena fe contractual... op. cit., pág. 4. y SEMPERE, A. V. & SAN MARTÍN, C. (2007). ¿Puede la empresa controlar... op.cit., pág. 4.

Como se viene haciendo hincapié a lo largo de toda la argumentación, no será válido aferrarse a una línea argumentativa única para determinar los factores que proporcionen validez a las medidas de control. Así en contraposición a la interesante sentencia que acaba de ser revisada, se procederá a comentar de forma más breve la siguiente, también de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 8876/2011, de seis de octubre de dos mil once. En los hechos que en ella se relatan, una trabajadora es despedida por utilizar una herramienta informática de trabajo, en este caso se trata del correo electrónico, para fines personales. La gran diferencia respecto del caso anterior radica en el preaviso que realiza la empresa a todos los trabajadores mediante una comunicación por carta, en la que se viene a prohibir expresamente el uso extra-laboral de todos los medios de la compañía, para una semana después efectuar una medida de control con la finalidad de revisar el cumplimiento de su directiva. El método elegido para efectuar la vigilancia consiste en la instalación de un *software* que realiza capturas de pantalla, sin capacidad de penetrar en el ordenador de los trabajadores y acceder a contenido allí archivado. Al ser considerado un sistema de control muy poco gravoso, se cumple el triple juicio de proporcionalidad para la finalidad buscada por la empresa, conjuntamente al haber establecido y comunicado una normativa que regula el trabajo en la empresa, y que no entra en contradicción con el convenio colectivo de aplicación o cualquier otra norma legal de rango superior, se entenderá con carácter general que ningún trabajador verá vulnerado su derecho a la intimidad ante este tipo de controles⁴⁵.

Esta “teoría de la expectativa razonable de intimidad” que veremos con más detalle cuando tratemos el control extraordinario, goza de gran aceptación entre la doctrina judicial⁴⁶, entrando siempre en juego en medidas que habiendo sido comunicadas superen el juicio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Otro ejemplo más

⁴⁵ “En el caso ahora examinado, existía una prohibición absoluta que válidamente impuso el empresario sobre el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc.) para fines propios [...] sentada la validez de prohibición tan terminante, que lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador, no es posible admitir que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático puesto a su disposición. Tal entendimiento equivaldría a admitir que el trabajador podría crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 E.T.” (STS 8876/2011, 6 de octubre, FFJJ 4º)

⁴⁶ Hay innumerables ejemplos recientes de ello: STSJ Galicia 7767/2015, 13 de octubre; STSJ Madrid 11251/2015, 30 de septiembre; STSJ País Vasco 2815/2015, 29 de septiembre; STSJ Galicia 5078/2015, 15 de junio; STSJ Comunidad Valenciana 2797/2015, 26 de mayo; STSJ Andalucía 4713/2015, 14 de mayo; STSJ Cataluña 4085/2015, 21 de abril; STSJ Cataluña 4085/2015, 21 de abril; STSJ Madrid 3885/2015, 10 de abril, etc.

reciente de ello es la sentencia del Tribunal Superior de Extremadura 1944/2014, de diecisiete de diciembre de dos mil catorce, donde el despido también se acciona ante un uso privado del ordenador de empresa que es detectado dentro del control ordinario a los trabajadores. Este caso es relevante puesto que aunque la empresa sí que ha comunicado la prohibición del uso extra-laboral, se da pie a que la mera mención como falta grave en el Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal de Hostelería sirva para que el trabajador pierda la intimidad en sus usos particulares de medios informáticos de trabajo.⁴⁷

Finalmente restará entrar en un análisis más profundo de lo que pueda ocurrir si en base a los medios de vigilancia se descubre una infracción, y que como se verá dependerá en gran medida de que una vez comunicado a los trabajadores la existencia de las medidas de control o vigilancia, la empresa también deberá de explicitar el recorrido de los incumplimientos encontrados. Por ejemplo si una cámara de vigilancia se instala con la única finalidad de controlar que los clientes puedan sustraer artículos, no será ajustado a derecho un despido basado en unas imágenes que capten a un trabajador cometiendo esta misma infracción; la finalidad bajo la que se han instalado las cámaras no es fiscalizar a éstos y por tanto no se podrá despedir en base a las imágenes obtenidas⁴⁸. Cosa diferente es que con esas imágenes como indicio, se proceda a tomar medidas de control extraordinario que acaben acarreado el despido del trabajador en un futuro.

Con esta misma temática también es destacable otra sentencia que ha alcanzado bastante popularidad dentro de este ámbito, aunque a diferencia de las tratadas con anterioridad que, en este caso, será del Tribunal Constitucional⁴⁹. En el litigio situado en la Universidad de Sevilla instala un circuito de cámaras de video-vigilancia comunicando que su finalidad se debe a motivos de seguridad. En la revisión de las imágenes se aprecia como un profesor incumple los horarios de entrada y salida de forma reitera, motivo por el que es despedido. Igualmente respecto a esta medida no habían sido publicitadas las consecuencias que podría tener las infracciones laborales en ellas detectadas, como en el caso inmediatamente anteriormente comentado, quedando invalidada la prueba por vulneración del artículo 18.4 de la Constitución

⁴⁷ Este cambio doctrinal tiene su inicio en la Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre, que estudiaremos en profundidad más adelante.

⁴⁸ Podemos poner como ejemplo de ello la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 2618/2014, 13 de mayo.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, 11 de febrero.

Española⁵⁰. Dado que también se encuentra dentro de un control ordinario, puesto que no se acreditan indicios previos de incumplimientos laborales, la decisión de instalar el circuito de video-vigilancia no superaría el test de triple proporcionalidad, al haber otros mecanismos, establecer un sistema de fichaje por ejemplo, que serán mucho menos gravosos para conseguir el mismo fin.

Se concluye con la revisión jurisdiccional realizada y lo argumentado hasta ahora que ante situaciones en las que no haya indicios previos, o estos sean muy débiles, desde la dirección empresarial únicamente serán válidas las medidas de control que sean muy poco gravosas para los derechos fundamentales de los trabajadores, además de necesarias, idóneas y proporcionales según las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto. Si además se pretende sancionar a los trabajadores al detectar incumplimientos laborales, se tendrá que haber especificado y comunicado correctamente y con carácter previo a su aplicación que dichas medidas empleadas tenían esa finalidad, de otro modo la prueba será rechazada judicialmente en virtud del derecho a la intimidad.

4.2 - El poder de dirección extraordinario

Todo lo contrario ocurrirá cuando se haga referencia al poder extraordinario de control sobre los trabajadores, compuesto por medidas que generalmente serán bastante contundentes y gravosas, motivo por el que la parte empresarial deberá de poseer sobradas sospechas o fundados indicios de que hay un incumplimiento laboral que debe ser atajado y únicamente podrá ser descubierto adoptando una medida fuera de la normal vigilancia a la diligencia y buena fe de los trabajadores. Además la finalidad de las medidas, empleadas bajo el paraguas del principio de intervención indiciaria⁵¹,

⁵⁰ “Era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.” (STC 29/2013, 11 de febrero, FFJJ 8º)

⁵¹ Una completa definición se encuentra en MAGRO, V. (2001). La destrucción de la presunción de inocencia por la aplicación de la prueba indiciaria en el proceso penal. *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* núm.7/2001, pág. 4: “la diferencia que existe entre las denominadas pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas o conjeturas, destacando en esta sentencia antes citada que la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados. Además, dentro de esta necesidad de acreditación de los hechos base el Tribunal Constitucional (SSTC 31/1981 , 160/1988 , 150/1989 , 109/1986 y 13/1995 , entre otras) exige, para la viabilidad de la prueba indiciaria, la concurrencia de los aspectos cuantitativo y cualitativo en la prueba de cargo, a saber:

- Aspecto cuantitativo: Debe existir una actividad probatoria mínima , que queda enlazado con

será distinta a la apuntada anteriormente en el control ordinario, pues estarán encaminadas a detectar el incumplimiento laboral para poder sancionar este comportamiento. Por tanto decaerá la fortaleza de la defensa de los derechos fundamentales, sin embargo ello no implicará que la teoría del triple juicio de proporcionalidad no sea plenamente vigente, es decir, la presencia de un daño acreditado para la empresa facultará a ésta para tomar medidas especiales de vigilancia y control, pero aun así los derechos de los trabajadores van a seguir estando presentes, razón por la cual se deberá tomar una medida necesaria para atajar el problema, idónea para la eventualidad en cuestión y proporcional, es decir, que pueda causar un perjuicio razonable.

4.2.a – Presencia de indicios de incumplimiento

Un ejemplo de este análisis se halla en la sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, de diez de julio de dos mil, donde un trabajador de un economato es despedido por hurto y otros dos son amonestados en función de unas grabaciones de video realizadas por la empresa. El empleado despedido, en su periplo judicial, acaba en último término presentando un recurso de amparo por vulneración de su derecho a la intimidad al entender que las imágenes obtenidas no pueden ser consideradas como prueba válida por no haberse comunicado previamente su existencia en virtud del artículo 64.5.f del Estatuto de los Trabajadores. No obstante la empresa acredita la existencia de unas anomalías entre el inventario y la recaudación de las cajas registradoras que le aportan la certeza de que se están sustrayendo artículos. Con este conocimiento se decide instalar un circuito cerrado de vigilancia mediante cámaras que gravan exclusivamente la zona de las cajas donde se venían produciendo los hurtos, y que a la postre acaban constatando que el actor del litigio sustraía artículos de forma reiterada mientras que otros dos trabajadores mantenían comportamientos que colisionaban con la buena fe contractual.

Del análisis de las circunstancias concurrentes se comprueba que en ese momento no se estaba llevando a cabo ninguna otra medida de control, a diferencia por ejemplo de lo visto con anterioridad en el caso del casino de La Toja, por lo que la instalación de un sistema de video-vigilancia, en las condiciones que se han mencionado de gravar

la pluralidad de hechos a la que posteriormente nos referimos. Además, esa prueba debe ser suficiente.

• Aspecto cualitativo: Los medios de prueba han de tener un signo o sentido incriminador respecto de la participación del acusado en el hecho, siendo por tanto «de cargo» y han de merecer esta calificación por ser constitucionalmente legítimos.”

únicamente los elementos sobre los que se tenía prueba indiciara de su estrecha relación con el incumplimiento laboral, resultará idónea, necesaria y proporcional⁵².

4.2.b – Presencia de normativa reguladora

Otro factor a considerar con extrema cautela será la existencia de algún tipo de normativa que prohíba ciertos comportamientos, puesto que la doctrina jurisprudencial vendrá a considerar que en tales casos el trabajador no tendrá derecho a reclamar frente a vulneraciones de su intimidad en los registros al no haber una “expectativa de privacidad”; tal es el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de siete de octubre de dos mil trece⁵³ donde un trabajador viene realizando prácticas de competencia desleal a través del propio correo electrónico puesto a su disposición por la empresa. La prueba se sustenta en un registro realizado en el centro de trabajo, con presencia de un notario, sobre el teléfono móvil y el ordenador portátil utilizados por el trabajador, siendo ambos propiedad de la empresa. Del registro de los SMS⁵⁴ del teléfono y de los archivos del ordenador no se obtiene ningún dato relevante, no así del análisis de los correos electrónicos donde se detectan dos envíos de información sensible a otra empresa de la competencia.

Del estudio de las claves que se han ido exponiendo hasta ahora podría parecer que al no haber una carga indiciaria clara, pues no aparece acreditado que la empresa tuviese conocimiento de que otras compañías de la competencia contaban con información privilegiada y confidencial, este proceso de fiscalización tan gravoso y completamente fuera del ámbito de control ordinario tiene visos de no presentar la suficiente validez como para encontrarse dentro del respeto a los derechos fundamentales y articular un despido procedente. No obstante el giro a esta situación lo provoca la existencia de un artículo en el convenio colectivo de la industria química que establece como falta leve el uso privado del correo electrónico⁵⁵, a partir de este

⁵² “Lo relevante es, de acuerdo con la STC 186/2000, de 10 de julio, que la actuación empresarial de vigilancia videográfica se encuentre justificada en unas sospechas previas que precisan de constatación y, en el marco de esa constatación -que se integra en el derecho fundamental a la prueba-, verificar si esa vigilancia supera el juicio de proporcionalidad subdividido en los tres subjuicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.” STSJ Galicia 8425/2014, 23 de diciembre, FFJJ 4º.

⁵³ Véase su texto íntegro en el Anexo VIII.

⁵⁴ Por sus siglas en inglés: Short Message Service.

⁵⁵ XV Convenio colectivo de la industria química, nº 99004235011981: art. 59 Faltas leves - “La utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 79.2.”

momento la doctrina jurisdiccional entiende que este canal tendrá la consideración de ser un “medio abierto”. Por poner un ejemplo clarificador, en este caso el contenido del correo electrónico, a efectos de intromisión en el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, tendrá el mismo nivel de protección frente a una inspección empresarial similar a la que tendría si el trabajador imprimiese y expusiese los mismos en la pared de su despacho⁵⁶. Por tanto la existencia en el convenio colectivo, o de una normativa de empresa previamente comunicada, de un mandato que impida o penalice el uso de una herramienta de trabajo para fines que no sean los estrictamente laborales conllevará que el trabajador no tenga una expectativa de intimidad al utilizar este medio y será completamente transparente a su control⁵⁷.

Es importante destacar que la información hallada en los SMS y del registro del ordenador es considerada como prueba inválida, y por ello rechazada, no así las halladas en el correo electrónico, ya que esta conducta sí que venía explicitada como sancionable. Por tanto si las comunicaciones que venía manteniendo el trabajador con la compañía de la competencia se hubiesen realizado a través de mensajes SMS del teléfono móvil, puesto a disposición del trabajador por la empresa como una herramienta más de trabajo, se daría el caso que el despido sería improcedente al estar basado en unas pruebas inválidas⁵⁸. Aun cuando la infracción fuese la misma el litigio hubiese tenido un fin completamente distinto, tal será la importancia de generar y comunicar un marco normativo sólido y fiable.

⁵⁶ GONZÁLEZ, C. (2015). Control empresarial de la actividad laboral y uso... op.cit. , pág. 12: “Tampoco se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones porque la remisión de los mensajes por correo electrónico se llevó a cabo en un canal de comunicación no secreto que se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario y sometido a su posible fiscalización, quedando fuera de la protección del art. 18.3 CE.”

⁵⁷ “En tales circunstancias, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, 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.”. (STC 170/2013, 7 de octubre, FFJJ 4º)

⁵⁸ MORA, L. (2012). Despido improcedente y medios audiovisuales (no consentidos) de prueba. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf.núm.85/201211/2012, pág. 2: “Conviene también recordar la doctrina que, desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre , ha afirmado la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Desde entonces, ha recaído una abundante jurisprudencia constitucional que ha declarado, en esencia, que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 107/1985, de 7 de octubre , 64/1986, de 21 de mayo , 80/1991, de 15 de abril , 85/1994, de 14 de marzo , 181/1995, de 11 de diciembre, 49/1996, de 26 de marzo , 81/1998, de 2 de abril , y 49/1999, de 5 de abril)”

4.2.c – Necesidad de comunicar la medida a los representantes de los trabajadores

El último aspecto que quedará pendiente de aclarar dentro del estudio del poder de control extraordinario será determinar hasta qué punto la obligatoriedad establecida en el artículo 64.5.f del Estatuto de los Trabajadores, de comunicación previa a los representantes de los trabajadores de las medidas de control a adoptar, tendrá que ser respetada. En caso de que los indicios apuntasen a un incumplimiento laboral de un representante de los trabajadores, ciertamente la obligatoriedad de su comunicación previa resultaría perniciosa para el fin de la medida. Nótese que será un momento fiscalizador, necesario para defender el patrimonio empresarial, entrañará gran importancia encontrar al agente responsable. En supuestos de este tipo, la doctrina jurisprudencial admitirá que el poder empresarial rodee esta obligación, siempre de acuerdo al juicio de proporcionalidad que de efectúe en virtud de las características de cada caso en particular.

Sirva como ejemplo la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 3470/2012, de trece de marzo de dos mil doce, utilizada para ilustrar este punto. En ella se relata como un empleado de una empresa cárnica, que además desarrollaba tareas de representante de los trabajadores, viene utilizando su crédito sindical con notable arbitrariedad y sin que parezca que desempeñe ninguna tarea encaminada a tal fin. La empresa decide someterlo a la vigilancia de un detective que descubre que dicho trabajador efectúa una actividad paralela, vendiendo cabezas de cordero asadas que previamente sustrae del centro de trabajo. Puesto que el seguimiento no había sido intensivo⁵⁹, sino que el detective se había hecho pasar por un cliente durante el tiempo mínimo imprescindible y siempre dentro de la jornada de trabajo. Asimismo se había realizado en momentos en los que el trabajador había solicitado el crédito horario para actividades sindicales, ya que no mantenía un horario fijo o cualquier tipo de planificación, sino que tomaba horas en función de tener que atender a otros clientes en su otra ocupación extra-laboral. Se acredita en este caso la proporcionalidad de la medida empleada por la empresa, aun cuando no se había emitido informe previo a los representantes de los trabajadores, pues se entiende que la finalidad de la decisión empresarial busca el control del crédito horario que realiza este empleado, una comprobación imposible de realizar en caso de haber preavisado.

⁵⁹ “Se limitó a los dos días en los que la empresa sospechaba que la ausencia anunciada estaba motivada por los propios intereses del trabajador, sin rebasar la hora de conclusión de la jornada de trabajo”. (STS 3470/2012, 13 de marzo, FFJJ 2º)

Ciertamente este poder de fiscalización que se le está entregando a la empresa puede parecer a primera vista que es muy grande, y en cierto modo lo es, sin embargo sería un error pensar de tal forma y más si se utilizase para llevar a cabo actuaciones empresariales “expeditivas” a este respecto. Si no se poseen unos indicios de incumplimiento muy sólidos o la medida de control es muy específica la prueba puede verse invalidada completamente⁶⁰, sin importar que efectivamente hubiese existido un atentado contra la buena fe contractual⁶¹.

4.3 – El derecho al secreto de las comunicaciones

Como conclusión de este gran apartado cuarto, que ha servido de columna vertebral al recoger gran parte de la base argumentativa de la interesante materia en estudio, se abordará brevemente un asunto sobre el que se había pasado de puntillas hasta ahora, y es que ¿hasta qué límite la empresa puede ver los mensajes de un trabajador?

Ante prohibiciones de la utilización de herramientas informáticas de trabajo para fines fuera de los exclusivamente laborales, se asumía con carácter general la pérdida de todo tipo de intimidad sobre los contenidos que el trabajador pudiese alojar en los mismos, reconociendo que son “canales abiertos”. Pero cosa muy diferente será la afectación que esto tendrá al artículo 18.3 de la Constitución Española, que recoge el derecho a que lo contenido en las comunicaciones entre dos entes físicos o jurídicos no se vea difundido a terceras partes. En este sentido hay que acudir a una reciente sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Supremo 528/2014, de dieciséis de junio de dos mil catorce, para que nos ilumine en esta disquisición. Sus conclusiones revestirán una notable importancia, incluso perteneciendo a un ámbito jurisdiccional diferente, puesto que considerará que todo tipo de comunicación que no haya sido abierta o leída previamente por el destinatario estará amparada por este derecho fundamental, siendo necesaria una orden judicial previa para acceder a su contenido⁶².

⁶⁰ Recordemos que la Ley 36/2011, 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social establece en su artículo 90.2: “No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas.”

⁶¹ Como de hecho ocurre en la STC 2618/2014, 13 de mayo.

⁶² GONZÁLEZ, C. (2015). Control empresarial de la actividad laboral y uso... op. cit., pág. 12: “en el ámbito del procedimiento penal para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 CE, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial, cualquiera que fueren las circunstancias o personas -funcionarios policiales o empresario-, que tales injerencias lleven a cabo.”

Por tanto, independientemente de la carga indiciaria que posea la empresa o la prohibición de su uso fuera del estrictamente laboral, no podrá acceder al contenido de un correo electrónico, SMS, etc. de un trabajador objeto de la fiscalización si antes éste no ha abierto el mensaje. En un momento posterior se podrá proceder de la forma que se ha expuesto hasta ahora, pero hasta que la comunicación no haya sido visionada por el destinatario únicamente cabe una autorización judicial favorable para no vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y por ende, invalidar la prueba que de ahí se pudiese obtener.

5 – Uso de los medios informáticos por los representantes de los trabajadores

Toca ahora encarar el estudio relacionado con el uso de las herramientas informáticas de trabajo haciendo referencia a la representación de los trabajadores, ya que como parte fundamental de las relaciones laborales, no conviene olvidar que este colectivo presentará unas características muy especiales y nuevas problemáticas. Tal es el caso de la necesidad de informar a los empleados de acciones sindicales, o información de interés, a través de los nuevos medios que nos brindan las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante TIC), sin olvidarnos del citado artículo 81 del Estatuto de los Trabajadores, comentado en los primeros compases, y que todavía recoge como medio de publicación de este tipo de informaciones el tablón de anuncios colgado en la pared. No conviene dejar de lado que el propósito de este último apartado no será tratar la apasionante materia de la representación de los trabajadores y la libertad sindical, puesto que, en sí mismo, este tema necesitaría un desarrollo tremendamente extenso para poder tratarlo adecuadamente y con un mínimo de rigor, sino que se entrará directamente en la temática que se viene analizando sin más dilación y únicamente valdrá la pena detenerse a exponer los conceptos fundamentales necesarios para defender su argumentación.

Realizando una escueta revisión normativa, el derecho a la libertad sindical viene enunciado en los artículos 7 y 28 de la Constitución Española, estando ambos artículos incluidos entre los derechos fundamentales, de igual modo que el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones. Este será, de nuevo, un derecho sobre el que la normativa nacional le otorgará la máxima protección y reconocimiento, teniendo que actuar con cautela ante su presencia. Además, también hay que tener presente el hecho de que España tenga ratificados dos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, con los números 87º y 98º, en materia de libertad sindical, aunque no es menos cierto que ambos se encuentran ratificados desde el 20 de abril

de 1977, esto es antes de la elaboración de la Constitución Española, y que por ello se encuentran plenamente integrados en la normativa nacional.

Asimismo el gran texto de referencia es la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS en adelante), que supone un desarrollo normativo de los artículos constitucionales. Por otro lado, por su aprobación y publicación, que acaba de cumplir su treinta cumpleaños, no se encontrará en su cuerpo normativo, por lo menos del texto original, ninguna mención a las nuevas herramientas informáticas de trabajo. Lo cierto es que del mismo modo que el Estatuto de los Trabajadores, se configura como una norma también ha envejecido mal, desde el punto de vista tecnológico⁶³. Un ejemplo muy claro se encuentra en el artículo 8.2.c, donde establece que las secciones sindicales de los sindicatos más representativos tienen derecho “a la utilización de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades en aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores”. Este precepto es prácticamente de nula utilidad en empresas que utilicen de forma intensiva el teletrabajo, ya que los propios trabajadores pueden estar desempeñando su actividad profesional desde otro continente. En estos modelos de empresa, cada vez más comunes, el centro de trabajo es más virtual que físico, y lo que es más, la aplicación de este artículo puede ser bastante perjudicial, teniendo en cuenta que la empresa tendrá que correr con los costes de alquiler o adquisición de un local y su mantenimiento.

Dentro de la LOLS, el fundamento que reconocerá la capacidad para que la representación sindical pueda transmitir información a los trabajadores afiliados se encuentra en el artículo 8.1.b. De su estudio se puede concluir, nuevamente, que solo con el texto escrito de la legislación va a ser casi imposible determinar hasta donde llegará esta facultad de informar al trabajador, y sobre todo, si esta prebenda facultará la utilización de medios informáticos para su difusión. No quedará otro remedio más que acudir a la jurisprudencia, y más concretamente a la Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional, para realizar un análisis más profundo y extraer las claves.

⁶³ Así deja patente el Tribunal Constitucional: “es preciso compartir con el Ministerio público que la obligación del empresario de permitir la comunicación entre el sindicato y los trabajadores mediante la utilización de su sistema interno de correo electrónico no nace de una lectura actualizada de la norma legal del art. 8.2 LOLS, partiendo de que sus previsiones habrían quedado obsoletas como consecuencia de los avances tecnológicos”. (STC 281/2005, 7 de noviembre, FFJJ 5º)

En ella se trata el caso de un importante banco que había venido fomentando el uso del correo electrónico en los últimos cinco años (de 1995 a 2000)⁶⁴. Desde inicios de 1999, una sección sindical inicia el envío de mensajes por correo electrónico, sin discriminar entre afiliados y no afiliados, pero sin oposición empresarial; hasta que el 26 de septiembre de 2000, se emite una serie de normativas “de actuación para el uso racional del correo electrónico y fomento del mismo”. A partir de ese momento este canal pasará a tener un carácter estrictamente laboral, considerando un uso diferente a éste como una falta sancionable. Debido a la falta de acuerdo por parte de la representación sindical, que se ve apartada del medio que venía utilizando durante el último año, se plantea una demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Para determinar si realmente existe una obligación empresarial de permitir este uso de las herramientas de trabajo de la empresa – el uso de un software que permite un chat en la red interna empresarial, por poner un ejemplo de la problemática – para que los representantes de los trabajadores envíen información a los trabajadores, habrá que empezar analizando la manera en la que el citado artículo 8 LOLS se relaciona con el derecho fundamental a la libertad sindical, de forma que ayude a comprender su alcance y se pueda discriminar hasta qué punto el empleador vendrá obligado a permitir este uso del correo electrónico, o incluso a si para garantizar este derecho en una empresa, vendría obligado a establecer una estructura que lo garantice, es decir, continuando con el ejemplo, si deberá cargar con los costes de la compra e instalación de este software de chat.

La doctrina constitucional recogida en la sentencia STC 281/2005, realiza una aportación muy importante sobre esta controversia. Así teniendo en cuenta que la comunicación de información sindical ya había sido declarada como “un elemento esencial del derecho a la libertad sindical”⁶⁵, “las organizaciones sindicales tienen

⁶⁴ “La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó Sentencia con fecha 6 de febrero de 2001. Reconoce en ella los evidentes beneficios que informática e Internet prestan a sus usuarios en el campo de la comunicación, con un manifiesto ahorro económico por la sustitución de otros soportes de información (papel, correo postal, teléfono, fax, etc.), y enuncia una constatación fáctica que deduce de los hechos probados y que acredita la voluntad de la Empresa, por razones económicas de ahorro y de rapidez, de estimular en sus trabajadores el uso del correo electrónico interno y externo como servicio telemático para mejorar la eficacia del Grupo, en sustitución de otros medios o soportes de comunicación tradicionales” (STC 281/2005, 7 de noviembre, AAHH 2º)

⁶⁵ “La transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el Sindicato y sus afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y del

derecho a que el empresario asuma las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas o sus previos actos le impongan (...) aunque, conforme a lo dicho, al mismo tiempo, no pueden demandar actos positivos de esa naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación”⁶⁶. A la luz de estas declaraciones, se descarta una de las posibilidades mentadas con anterioridad: el empleador no tendrá la obligación de proporcionar medios adicionales a los ya utilizados en el proceso productivo para que la información sindical fluya entre sus trabajadores, a menos que lo indique el convenio colectivo o se haya establecido esa obligación desde la propia empresa⁶⁷.

Por otra parte, será importante averiguar el criterio a seguir cuando las herramientas que permitan esta comunicación sindical mediante las TIC ya sean preexistentes en la empresa, que se configurará como la casuística más común dada la omnipresencia de estas tecnologías. En estos casos “nos hallamos ante una manifestación del conflicto de intereses y de lógicas jurídicas entre los derechos de los sindicatos y de los trabajadores y los intereses empresariales al funcionamiento de la organización productiva”⁶⁸. Para desenredar esta maraña el Alto Tribunal recurre a la figura del *ius usus inocui*⁶⁹, como forma de determinar si esta utilización de herramientas productivas de la empresa estará dentro de los límites del derecho a la libertad sindical y no dañará el legítimo interés empresarial. De este modo se establece que “la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa”, no solamente referida a la posible pérdida de tiempo efectivo de trabajo por parte de los trabajadores que conllevaría la lectura de la información transmitida, sino que también a nivel de influir en las herramientas productivas, dado que el uso sindical de esos medios deberá garantizar que no pierden su funcionalidad empresarial para la que fueron concebidos, primando ésta última sobre su uso sindical⁷⁰. Finalmente se entenderá por

pluralismo sindicales y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical. Por ello, el legislador debe garantizar y garantiza la libre difusión de este tipo de comunicaciones. (STC 94/1995, de 19 de junio, FFJJ 3º)

⁶⁶ (STC 281/2005, 19 de junio, FFJJ 3º)

⁶⁷ Puesto que no hay ninguna norma legal de rango superior que haga alusión a esta materia, la única legislación que revista importancia será la que proceda del convenio colectivo de aplicación y de las normas de trabajo creadas por la propia empresa.

⁶⁸ (STC 281/2005, 19 de junio, FFJJ 7º).

⁶⁹ CUENCA, M. (2009). La recepción de información sindical... op. cit., pág. 11.

⁷⁰ El uso de las TIC por tanto deberá “armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto.” (STC 281/2005, 19 de junio, FFJJ 8)

uso inocuo aquél que, de su utilización, tampoco reporte un gasto extraordinario para la empresa. Teniendo en cuenta “todos esos límites, reglas y condiciones de uso, el empleo de instrumentos preexistentes y eficientes para la comunicación sindical resulta amparada por el art. 28.1 CE” y la negativa empresarial a su uso en tales condiciones vulnerará este artículo constitucional.

6 – Trasposición en la negociación colectiva de la regulación de las nuevas herramientas informáticas de trabajo

Dado que ha quedado patente la rigidez legislativa a lo largo del presente trabajo a la hora de regular el uso de las TIC, se abordará en este último apartado expositivo el análisis de lo establecido en los últimos convenios colectivos publicados para determinar si por lo menos esta materia se está teniendo presente en la negociación colectiva. Como se ha comprobado a la hora de exponer la “teoría de la expectativa de intimidad”, la regulación que aquí se establezca no será baladí, revistiendo gran importancia al modular de forma importante el derecho a la intimidad de los trabajadores puestos bajo la lupa del control empresarial.

En un primer momento se procederá a la revisión de treinta convenios colectivos cuyo principal criterio de selección se ha basado en su reciente publicación según aparecen listados en la tabla que se adjunta a continuación:

Publicación	Código	Ámbito	Denominación
25/11/2015	03000455011981	Provincial	Curtidos y Artículos para el calzado
23/11/2015	33000695011979	Provincial	Sector para la Industria del Metal
19/11/2015	79000285011994	Autonómico	Industria metalográfica
16/11/2015	08010031011998	Empresa	Montesa Honda, S.A.U.
16/11/2015	17100061012012	Empresa	Gran Casino Costa Brava, S.L.
12/11/2015	24001005011987	Provincial	Sector del comercio de la alimentación
10/11/2015	03100381012015	Empresa	Optisan, S.L.
09/11/2015	28100821012015	Empresa	Deóleo, S.A.
09/11/2015	90018012011900	Empresa	Repsol Lubricantes y Especialidades, S.A.
09/11/2015	50000675011982	Provincial	Sector de industria Siderometalúrgica
07/11/2015	28003005011981	Provincial	Sector Oficinas y Despachos
06/11/2015	46000025011982	Provincial	sector de las Industrias Vinícolas y Comercio
04/11/2015	99014365012003	Estatul	Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales
03/11/2015	80000565012003	Provincial	Sector de la Industria de Marroquinería y Afines
02/11/2015	08100761012015	Empresa	UTE Acciona Multiservicios, S.A.
02/11/2015	48101092012015	Empresa	Nippon Express de España, S.A.
30/10/2015	50000085011982	Provincial	Sector Garajes, Aparcamientos, Estaciones de Lavado y

			Engrase y Autoestaciones
29/10/2015	04000415011982	Provincial	Industrias Siderometalúrgicas
26/10/2015	03000875011981	Provincial	Preparadores de especias, condimentos y herboristería
23/10/2015	75100222012015	Empresa	Nairabu Express, S.L.
22/10/2015	45000235011981	Provincial	Sector de la hostelería de Toledo
21/10/2015	01100552012015	Empresa	Recubrimientos Orgánicos, S.A.
19/10/2015	01100542012015	Empresa	Dorlet Systems, S.L.U.
16/10/2015	46000105011981	Provincial	Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector Metal
14/10/2015	99010185011996	Estatal	Sector del corcho
14/10/2015	99005165011981	Estatal	Industrias de turrónes y mazapanes
13/10/2015	04100031012015	Empresa	Viriato Seguridad, S.L.
12/10/2015	281012420120159	Empresa	Leganés Gestión de Medios, S.A.
09/10/2015	99014405012008	Estatal	Sector de industrias de aguas de bebida envasadas
07/10/2015	39002895012004	Provincial	Abogados, Procuradores y Graduados Sociales

De estos convenios, que forman una masa muy heterogénea al abarcar desde el ámbito empresarial al estatal, así como dedicarse a sectores empresariales muy diferentes, únicamente once establecen algún tipo de regulación sobre la utilización de herramientas para uso particular en el puesto de trabajo, y de ellos nueve mencionan directamente algún tipo de medio vinculado a las TIC⁷¹. En todos los casos como es obvio se expresa su prohibición de uso calificándose, además, como una falta grave. Incluso podemos encontrar algún convenio colectivo que estableciendo categorías profesionales claramente relacionadas con la informática, que poseen un trabajo diario e intensivo con herramientas informáticas, pero que sin embargo no mencionan ningún tipo de regulación a su respecto.

Respecto de las referencias al uso de los medios informáticos por la representación sindical el resultado es desolador, puesto que únicamente dos convenios hacen mención expresa, para permitir su empleo y asignar herramientas informáticas que desarrollen su actividad sindical.

De este escueto estudio que realizado se puede sacar una conclusión muy clara, y es que teniendo en cuenta el gran cambio a efectos judiciales que tiene la existencia de normativa que prohíba el uso extra-laboral de las TIC, al entrar en juego la “teoría de la

⁷¹ Entre ellos destaca por su redacción y claridad el convenio colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Zaragoza: art. 45. Faltas graves – “La utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, internet, intranet, etc.), para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, cuando del tiempo empleado en esta utilización pueda inferirse una dejación o abandono de funciones inherentes al trabajo. Las empresas establecerán mediante negociación con los representantes de los trabajadores, un protocolo de uso de dichos medios informáticos.”

Mientras que el convenio colectivo Curtidos y Artículos para el calzado de la provincia de Alicante, es el único que tiene en cuenta el uso en el puesto de trabajo de medios informáticos propios del empleado durante su actividad laboral, sancionándolo como una falta leve.

expectativa de intimidad”, no se aprecia un interés real en la negociación colectiva por crear un marco normativo modernizado que permita mejorar la seguridad jurídica de las relaciones laborales.

7 – Conclusiones

El extensivo uso de las TIC y la cada vez mayor virtualización del centro de trabajo se perfilan, sin lugar a dudas, no simplemente como una extravagancia pasajera, sino como la tónica normal en la que se desarrollarán las relaciones laborales en un futuro no tan lejano⁷². Como se ha ido comprobando a lo largo de los diferentes puntos expositivos tratados, las bondades de la era tecnológica que tanto han permitido aumentar la productividad de las empresas, también entrañan peligros para los derechos de los trabajadores, y en especial los derechos fundamentales a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a los límites de la libertad sindical a la hora de utilizar las TIC para hacer llegar de forma más eficaz a toda la plantilla de trabajadores la información sindical.

Por si este enorme cambio no fuese suficiente, la escasa actualización de la normativa legal, que se sigue refiriendo tozudamente a conceptos como el “tablón de anuncios”, que han quedado obsoletos en gran parte de las empresas, o cuanto menos con una utilidad real mucho más reducida de la que disponían en sus orígenes como plataforma de difusión de comunicaciones sindicales. Sería faltar a la verdad no admitir que la rapidez en la evolución de la informática, las redes sociales y los teléfonos inteligentes (que ya superan en potencia a ordenadores de sobremesa de hace una década), entre otras novedades tecnológicas, supone un hándicap importante para el legislador, que se enfrentaría a cambios normativos de importante calado con cada adelanto tecnológico. No obstante también es utópico y poco práctico pensar en una adaptación normativa casi inmediata a la aparición de estas mejoras, ya que las constantes modificaciones podrían llevar a generar un número elevado de errores al no tener tiempo suficiente para estudiar todas las implicaciones y recorrido de las mismas, creando una grave inseguridad jurídica de mayor calado que su no

⁷² Buena cuenta de la importancia del aprendizaje en las nuevas tecnologías lo se encuentra enmarcado dentro de la Estrategia de Emprendimiento Joven para los años 2013 a 2016, se nos establece entre las materias de formación que en todo caso estarán comprendidas “cualquier tipo de formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación”. Respecto a esto último, merece la pena traer a colación la creación en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, de una nueva modalidad de contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, que establece literalmente en su artículo noveno que la formación reconocida será “en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual”.

regulación. Pero por otra parte, el inmovilismo que se aprecia en la normativa española genera tensiones por su falta de actualización, siendo igual de perjudicial que la situación anterior.

En este sentido, comparto la opinión de que sería positivo renovar el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores para incluir la obligación de realizar los controles de vigilancia sobre las TIC con un representante de los trabajadores presente. La propia doctrina del Tribunal Supremo ha venido reconociendo explícitamente que la presencia de estos agentes implica una mayor seguridad en el proceso de vigilancia; de modo que no parece razonable, aunque tengan la consideración de herramientas de producción puestas a disposición del trabajador por la empresa, dado potencial para incluir información personal de éstos y la facilidad con la que las pruebas podrían manipularse, que se mantenga una distinción tan férrea entre el contenido privado de una taquilla del de un ordenador. Hay que mencionar que esta consideración tampoco reporta un menoscabo de derechos empresariales, sino que redundaría en una mayor solidez de las pruebas. Además según las sentencias que se han venido revisando a lo largo del presente trabajo, se ha comprobado como la norma general al descubrimiento de comportamientos de uso incorrecto de estas tecnologías es accionar un despido disciplinario.

No podremos olvidar que para determinar la validez de la prueba obtenida hay que ser consciente del momento fiscalizador en que se encuentre la parte empresarial, junto la obligación de que la medida empleada supere el triple juicio de proporcionalidad en función de las circunstancias concurrentes. De este modo ante la inexistencia de indicios de incumplimiento laboral, será reconocida como no ajustada a derecho toda aquella prueba que tenga una procedencia diferente de un control ordinario y generalista sobre la empresa y que haya sido publicitada tanto su existencia como su finalidad. Una vez se tienen indicios de quebrantamiento de la buena fe contractual, la jurisprudencia dotará de mayor poder al empresario, restándoselo al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador. En caso de que ya existiese una norma o se especificase en el convenio colectivo la prohibición del uso extra-laboral de las herramientas informáticas de trabajo, estos derechos fundamentales se verán reducidos a la mínima expresión al perder la “expectativa de intimidad”. Como excepción a esta norma aparece la inviolabilidad de los mensajes que no han sido abiertos por el receptor, que solo podrán ser abiertos mediante una orden judicial. Esta máxima no operará sobre los emitidos, por lo que si un trabajador utilizase su correo electrónico de empresa para enviar contenido privado, éste podría ser revisado y servir de fundamento para una sanción, sin embargo si recibiese los

mensajes, y no se hubiesen abierto, éstos estarían plenamente protegidos por el secreto a las comunicaciones.

Centrándonos ahora en la utilización de las TIC para fines sindicales, el empresario tendrá que transigir a la hora de permitir a los representantes de los trabajadores manipular los medios informáticos de la empresa para transmitir información dentro de su ámbito. Pero este uso no significará de ninguna manera que éstos puedan usar cualquier recurso sin límite, sino que deberá enmarcarse estrictamente en el *ius usus inoqui* de los mismos, es decir, que deberán cumplir con unas exigencias que impidan que suponga un sobre coste para la empresa, tanto a nivel de infraestructura como a nivel de pérdida de productividad o tiempo efectivo de trabajo. Esta postura establecida por la doctrina jurisprudencial parece bastante acertada, ya que constituye una base muy sólida sobre la que poder valorar si la actuación sindical es adecuada, no solo hoy en día sino también en un futuro con las nuevas tecnologías que vendrán.

Como colofón hay que llamar la atención sobre la escasa regulación de las TIC que se puede apreciar en general en gran parte de los convenios colectivos, algo que debería de interesar a la patronal por el especial poder que les dotaría al realizar controles sobre los trabajadores, pero sobre todo a los sindicatos, pues únicamente con establecer como grave (aunque se podrían establecer graduaciones en función de la intensidad del incumplimiento) el uso para fines no estrictamente laborales de los medios informáticos puestos a su disposición, se evitarían gran cantidad de despidos disciplinarios “de buenas a primeras” y su posterior judicialización. Como propuesta de texto regulador a este sentido se propone el siguiente:

Artículo X

Faltas graves:

- El uso para fines privados que pueda hacerse de cualquier herramienta de trabajo informática puesta a disposición por la empresa. Asimismo tendrán la misma consideración los elementos tecnológicos, de su propiedad, que puedan portar los trabajadores mientras desarrollan su actividad laboral.

8 – Bibliografía

- CALVO, F.J. (2012). TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 71/20129/2012.
- CARRASCO, M. (2013). El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2014.
- CUENCA, J. & CABECERANS, J. (2015). El Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2015.
- CUENCA, M. (2009). La recepción de información sindical a través de medios informáticos de la empresa. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, vol nº XXV, pág. 79 a 101.
- DE VICENTE, F. (2008). El control empresarial del ordenador. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo -unificación de doctrina- de 26 de septiembre de 2007. *Tribuna Social*, núm. 214.
- DESDENTADO, E. (2010). El uso sindical de los sistemas de comunicación de la empresa. Más allá de la doctrina constitucional. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 1/20101/2010.
- FABREGAT, G. (2015). *Nuevas tecnologías como medida de control del empleador*. Ponencia presentada en Novenas Jornadas Valencianas de Relaciones Laborales, Ciudad de la Justicia, Valencia.
- GONZÁLEZ, C. (2015). Control empresarial de la actividad laboral y uso de las nuevas tecnologías. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.11/2015.
- GRANDE, C. & GORDILLO, C. (2012). El uso de las redes sociales en la jurisprudencia social. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 855/2013.
- GRAU, C. (2008). La transgresión de la buena fe contractual en el uso personal del ordenador de la empresa: la legitimidad del control empresarial. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11/2008.
- GUDÍN, F. (2014). *Réquiem por el derecho a la intimidad en los smartphome: análisis de la última Jurisprudencia del TC contrastada con la del TEDH*. Pamplona: Aranzadi.
- GUTIÉRREZ, M. (2014). Prohibición expresa del uso privado del ordenador de la empresa como fundamento para su control. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165/2014.
- LA LEY (2007). *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*. Madrid, pág. 409 y ss

- MAGRO, V. (2001). La destrucción de la presunción de inocencia por la aplicación de la prueba indiciaria en el proceso penal. *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num.7/2001*.
- MARTÍN, R. (1999). El principio constitucional de intervención indiciaria. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2, pág. 341 – 506.
- MARTÍNEZ, R. (2008). Secreto de las comunicaciones v. protección de datos en el ámbito laboral. A propósito de la Sentencia 281/2005 del Tribunal Constitucional Español y del Informe 101/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 13/2008.
- MONEREO, J.L. & LÓPEZ, B. (2004). *El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013*. Pamplona: Aranzadi.
- MORA, L. (2012). Despido improcedente y medios audiovisuales (no consentidos) de prueba. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf.núm.85/201211/2012
- MORALES, C. (2015). *La prueba electrónica en el proceso laboral y el control de los medios tecnológicos por el empresario*. Ponencia presentada en Colegio de Graduados Sociales de Castellón, sede colegial, Castellón.
- MUÑOZ, A. B. (2012). Convergencia y divergencia entre los Tribunales del Orden Social y la Agencia Española de Protección de Datos. *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 156/2012.
- OLLO, P. (2011). Está muy mal espiar el ordenador personal sin avisar. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4/2011.
- RIFKIN, J. (1995). *The end of work. The decline of the global labor force and the dawn of the post-marker era*. Nueva York: Putnam Publishing Group.
- RUANO, S. (2004). Facultades de control por medios informáticos. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 162, pág. 26 - 36.
- RUIZ-NAVARRO, J.L. & SIEIRA, S. (2011, enero). *Sinopsis del artículo 38 de la Constitución Española*. Recuperado de:
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=38&tipo=2>
- SAN MARTÍN, C. (2007). El uso y el control empresarial de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Algunas pautas recurrentes en la doctrina judicial, para tener en cuenta. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 26/20077/20078/2007.
- SAN MARTÍN, C. (2010). Navegar por internet en horas de trabajo...¿Quién?¿Yo?. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 70/201019/2010.
- SAN MARTÍN, C. & SEMPERE, A.V. (2012). Sobre el control empresarial de los ordenadores, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2012.

- SELMA, A (2012). Los límites de la tolerancia en la utilización del ordenador de la empresa para fines personales. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf.núm.83/201211/2012.
- SEMPERE, A. V. (2007).Tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo ¿Cabe controlar el ordenador de los trabajadores? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.741/2007
- SEMPERE, A. V. & SAN MARTÍN, C. (2001). *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Pamplona: Aranzadi.
- SEMPERE, A. V. & SAN MARTÍN, C. (2004). Escuchas telefónicas a teleoperadoras. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 4/2004.
- SEMPERE, A. V. & SAN MARTÍN, C. (2007). ¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 21/2007.
- TALENS, E.E. (2013). La expectativa razonable de confidencialidad como presupuesto de vulneración de derechos fundamentales en la fiscalización informática llevada a cabo por el empresario. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 51/20138/2013.
- TASCÓN, R. (2006). La utilización del correo electrónico corporativo de la empresa como cauce apropiado para distribuir información sindical. *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 276, pág. 171 a 180.
- TASCÓN, R. (2007). El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 17/2007.
- VICEDO, L. & VIDAL, J. (2012). Límites a los Derechos Fundamentales del Trabajador: intimidad y dignidad. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 55/20127/2012.

Sentencias Citadas

Tribunal Constitucional

STC 88/1985, 19 de julio.

STC 170/1987, 30 de octubre.

STC 99/1994, 11 de abril.

STC 94/1995, 19 de junio.

STC 98/2000, 10 de abril.

STC 186/2000, 10 de julio.

STC 281/2005, 7 de noviembre.

STC 241/2012, 17 de diciembre.

STC 29/2013, 11 de febrero.

STC 170/2013, 7 de octubre.

Tribunal Supremo

STS 8876/2001, 6 de octubre.

STS 7798/2003, 5 de diciembre.

STS 6128/2007, 26 de septiembre.

STS 3936/2010, 2 de junio.

STS 1323/2011, 8 de marzo.

STS 8876/2011, 6 de octubre.

STS 3470/2012, 13 de marzo.

STS 3443/2014, 15 de abril.

STS 2618/2014, 13 de mayo.

STS 528/2014, 16 de junio.

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Madrid 14553/2001, 13 de noviembre.

STSJ Extremadura 1944/2014, 17 de diciembre.

STSJ Galicia 8425/2014, 23 de diciembre

STSJ Madrid 3885/2015, 10 de abril.

STSJ Cataluña 4085/2015, 21 de abril.

STSJ País Vasco 1394/2015, 28 de abril

STSJ Andalucía 4713/2015, 14 de mayo.

STSJ Comunidad Valenciana 2797/2015, 26 de mayo.

STSJ Aragón 751/2015, 3 de junio

STSJ Galicia 5078/2015, 15 de junio.

STSJ País Vasco 2815/2015, 29 de septiembre.

STSJ Madrid 11251/2015, 30 de septiembre.

STSJ Galicia 7767/2015, 13 de octubre.

STSJ Castilla y León 4888/2015, 28 de octubre.