

Trabajo de Fin de Máster



Facultad de Ciencias del Trabajo

Máster en Consultoría Laboral

**“VIGILANCIA Y CONTROL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION EN LA
EMPRESA”**

Autor:

Pedro González Elías

Tutora:

Dra. Dña. Inmaculada Marín Alonso

Sevilla, 5 de marzo de 2017

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN, OBJETIVO Y METODOLOGÍA	3
2. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES LABORALES	5
3. LA REGULACIÓN NORMATIVA Y CONVENCIONAL DE LAS TIC ...	9
3.1 Marco Normativo	9
3.2 Las TIC en la Negociación Colectiva	12
4. LA BUENA FE EN EL USO DE LAS TIC EN EL TRABAJO	17
5. EL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL Y SU FACULTAD DE VIGILANCIA Y CONTROL SOBRE LAS TIC	23
5.1 Límites del empresario en la adopción de medidas de control en las TIC para salvaguardar los derechos del trabajador del artículo 18 CE	29
5.2 El derecho a la intimidad personal	35
5.3 El control informático y el derecho a la intimidad informática	44
5.4 El derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito de las Relaciones Laborales. Control de los mensajes electrónicos y de las llamadas telefónicas	48
5.4.1 El derecho al secreto de las comunicaciones y los medios de comunicación e información	53
5.4.2 La interceptación del correo electrónico	57
6. CRITERIOS NECESARIOS PARA UNA MEJOR INTRUSIÓN EN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES	64
6.1 El incumplimiento laboral del trabajador	64
6.2 El principio de proporcionalidad	66
7. LA CUESTIÓN DE LA PRUEBA. MEDIOS PROBATORIOS	74
8. CONCLUSIONES	78
9. BIBLIOGRAFÍA	85
10. ANEXOS	87
10.1 Apéndice legislativo	87
10.2 Convenios colectivos consultados	89
10.3 Apéndice jurisprudencial	89
10.4 Notas	98

1. INTRODUCCIÓN, OBJETIVO Y METODOLOGÍA

Con ocasión de la aparición de las nuevas tecnologías de información y comunicación en nuestra sociedad, han ido produciéndose continuos cambios en las estructuras económicas, laborales y sociales. En la denominada «sociedad de la información», fruto de la expansión y desarrollo de internet, la información pasa a convertirse en un producto. Un efecto que trajo consigo la explosión y expansión tecnológica es la puesta a disposición del empresario y del trabajador de unos medios telemáticos que para unos serán herramientas de producción y para otros, mecanismos de socialización. El empresario en su empresa es el titular de los nuevos medios tecnológicos y, por lo tanto, el principal interesado en que su uso vaya dirigido hacia la consecución de los objetivos previamente establecidos. Es por ello por lo que se crea en el empresario, como consecuencia de su poder legítimo de dirección, la necesidad de controlar y vigilar que su uso sea el adecuado, por lo que pasa a convertirse, además de en un instrumento de producción, en una nueva forma de control de los trabajadores. En la relación sinalagmática que se establece entre empresario y trabajador, este último, es titular de derechos y obligaciones, que potencialmente pueden entrar en conflicto en el momento en que una de las partes intente hacer valer sus derechos sobre la otra. La ausencia de una normativa legal específica reguladora de estas nuevas tecnologías y el continuo desarrollo e innovación de las mismas, pone de manifiesto la inadaptación de nuestra normativa laboral a estos profundos e importantes cambios que van a tener una notable incidencia en las relaciones laborales. El empresario, como titular del negocio y habitualmente de estos medios, parte de una posición de poder privilegiada frente al trabajador, por lo que se hace necesaria la búsqueda de fórmulas que equilibren esta situación. La solución pasaría por regular las facultades de control y vigilancia del empresario que, a falta de norma legal específica que la contemple, podría realizarse a través de los convenios colectivos, contratos de trabajo o mediante normas internas empresariales debido a que, como veremos, el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores 2/2015, de 22 de octubre de 2015 (TRLET, en adelante) y más concretamente su apartado 3, es insuficiente para tan difícil y compleja misión.

Veremos, a su vez, qué papel juega el «principio de proporcionalidad» en una relación «a tres bandas» entre el empresario, las TIC y los trabajadores durante su prestación laboral. Este principio actuará como criterio necesario a observar y a respetar

no sólo por el empresario en la adopción de medidas de control que puedan suponer una restricción de derechos fundamentales, sino también por los juzgadores, en cuanto que les aporta una herramienta con la que medir el grado de injerencia en tales derechos. A su vez, dicho principio ayudará a decidir sobre la legalidad o ilegalidad de la medida implementada.

Nuestro objetivo es averiguar hasta dónde puede llegar el poder de dirección y control del empresario sobre las TIC, las limitaciones que se podrían establecer a los sujetos intervinientes en la relación laboral, es decir empresario y trabajador, y cómo afectaría a los derechos constitucionales y laborales de ambos, para poder conseguir, finalmente, una opinión motivada sobre la eficacia e impacto que ha tenido en nuestro sistema de relaciones laborales.

En cuanto a la metodología, no solo nos hemos centrado en el estudio de las diferentes posiciones doctrinales científicas que han entrado a analizar, tanto las normas legales como las Sentencias del orden jurisdiccional social relacionadas, sino también, en la búsqueda y consulta de la jurisprudencia creada al respecto con las diferentes posturas adoptadas. Aunque principalmente nos hemos centrado en Sentencias pertenecientes al orden social de los diferentes Tribunales de Justicia españoles, también han sido objeto de nuestro análisis sentencias de diferente orden jurisdiccional español, así como Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante).

2. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES LABORALES

Con la Tercera Revolución Industrial se cierra la expansión industrial y de servicios, emergiendo un nuevo sector que traerá consigo una pequeña élite de empresarios científicos, técnicos, programadores de ordenadores, profesionales, educadores y asesores. Aparece inmediatamente después de la segunda guerra mundial y es en la actualidad cuando empieza a tener un impacto significativo sobre cómo la sociedad organiza su actividad económica¹. Está basada en tres pilares fundamentales: la energía renovable, la tecnología de almacenamiento y las redes eléctricas inteligentes². La expansión de los medios telemáticos se produce en todos los ámbitos de la sociedad y nace un nuevo fenómeno llamado “sociedad del conocimiento” que durante la década de los años 70 pasó a denominarse “sociedad de la información”³ cuando el modelo de sociedad industrial conocido hasta entonces, converge hacia uno nuevo basado en el manejo y procesamiento de la información por su importancia e imprescindibilidad y que provocará una serie de cambios en los ámbitos social y económico⁴. Las consecuencias que la utilización de las Nuevas Tecnologías de Información y Comunicación (TIC, en adelante) ha ocasionado en el Derecho del Trabajo son difíciles de concretar debido a una serie de motivos: por lo genérico del tema (precisamente por los propios cambios que se producen), por la importancia cualitativa y cuantitativa de los mismos, por la falta de uniformidad en su incidencia en las empresas y finalmente, porque no va a existir un análisis definitivo debido a su

¹ RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: El nacimiento de una nueva era*. Paidós Ibérica, Barcelona, 1996, pág.148. La tercera revolución científico-técnica o revolución de la inteligencia, es un concepto que inventa Rifkin y que avala el propio Parlamento Europeo en una declaración formal aprobada en junio de 2006.

² RIFKIN, J.: *Liderando la Tercera Revolución Industrial: La Nueva Agenda Energética de la Unión Europea para el Siglo XXI - La Próxima Etapa de la Integración Europea-*. *ectp.org/Google Académico*, 2007, p.5. *ectp.org/Google Académico*, p.5. Recuperado el 21 de mayo de 2016 desde: <https://scholar.google.es/scholar?bav=on.2.or.&bvm=bv.122448493,d.d24&biw=1188&bih=521&dpr=1.15&um=1&ie=UTF-8&lr&q=related:xnlRsjIrykRKM:scholar.google.com/>

³ No existe una definición consensuada pero sí definiciones como la que nos ofrece en la «Exposición de motivos» del Real Decreto 1289/1999, de 23 de julio por el que se crea la Comisión Interministerial de la Sociedad de la información y de las Nuevas Tecnologías en España: “*La idea de sociedad de la información engloba un conjunto de actividades industriales y económicas, comportamientos sociales, actitudes individuales y formas de organización política y administrativa, de importancia creciente en las naciones situadas en la vanguardia económica y cultural, a lo que no pueden sustraerse los poderes públicos*”.

⁴ LLAMOSAS TRAPAGA, A.: *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Una relación fructífera no exenta de dificultades*, Dykinson, Madrid, 2015, págs.13-14.

evolución constante⁵. En la sociedad de la información, la información se convierte en un «producto»⁶ adquiriendo mayor protagonismo no solo por su calidad, sino también por “*su disponibilidad, su gestión y la rapidez en su transmisión se erigen como protagonistas indiscutibles*”⁷.

La sociedad de la información como concepto, integra dos elementos emergentes: la globalización y el uso intensivo de las nuevas tecnologías. Las TIC han influido de diferente manera en los diferentes sectores económicos y, consecuentemente, en las empresas, no suponiendo para algunas ninguna transformación esencial en las formas de trabajo pero para otras, sin embargo, han causado una verdadera revolución en su organización del trabajo, transformando en profundidad sus procesos productivos. Es por ello, por lo que el efecto que pudiera causar en las relaciones laborales dependerá de la concreta aplicación tecnológica de que se trate⁸.

Esta importante innovación tecnológica, hará necesaria una adecuación al marco normativo laboral provocando una transformación de las relaciones laborales⁹, tanto en las relaciones individuales como en las colectivas, debido a la necesidad de modificar la organización productiva ocasionada por la entrada de las TIC¹⁰. En este sentido,

⁵ BLASCO PELLICER, C.: Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 15, 2009, págs.3-4. [en línea]. [Consulta: 06/04/2016]. Recuperado de la base de datos de Aranzadi Social.

⁶ «Producto», también denominado «bien de consumo». Una definición acorde con este concepto la encontramos en el art. 1 de la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998 (DOUE de 5 de agosto de 1998, núm. 1.217): “*por servicio de la sociedad de la información se entiende todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicio*”.

⁷ LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit., 2015, pág.13.

⁸ BLASCO PELLICER, C., op.cit., 2009, pág.3.

⁹ Hay quienes determinan que la importancia de la información no solo está en la forma de obtención, disfrute y transmisión y en la aparición de innovadoras soluciones y nuevos retos, sino en la afectación directa que produce al conjunto de relaciones jurídicas [SEMPERE NAVARRO, A.V. y MATEOS Y DE CABO, O.: Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales): *Nuevas herramientas informáticas y derecho*. En MARTÍN MAZZUCCONI, C. (dir.), *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*. Eolas, Madrid, 2014, pág.23].

¹⁰ De acuerdo con LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit. 2015, pág. 14: “*A través del desarrollo de las nuevas tecnologías se constituyen unas nuevas estructuras económicas, laborales y sociales. La particularidad de la sociedad de la información reside en que se trata de una nueva forma de organización de la sociedad y de la propia economía. La información se erige como la base y el fundamento de una serie de profundos cambios, y la difusión de las nuevas tecnologías abre la puerta a un nuevo enfoque, una nueva forma de hacer las cosas*”. Además, siguiendo a BLASCO PELLICER, C., op.cit., 2009, págs.3-4, las TIC pueden revolucionar la organización productiva en algunas actividades como son las del sector del metal y la industria del automóvil pero apenas puede influir sobre la organización del trabajo como ocurre en el sector del comercio y hostelería, sobre todo en pequeñas empresas.

podríamos dividir en dos grandes bloques las consecuencias que han traído consigo¹¹: un primer bloque, relativo a los cambios generados en el proceso productivo (forma de producir, cambios tecnológicos y productivos, organización y de control sobre la producción) y un segundo bloque, que va a estudiar la afectación producida sobre las relaciones laborales individuales. Este segundo bloque trata específicamente sobre la lesión que podría provocar en los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores el mal uso que pueda realizar, de una parte el trabajador por una utilización indebida de las mismas, y de otra parte el empresario a la hora de ejercer sus facultades organizativas y de vigilancia y control de la prestación laboral. Además, este segundo bloque contemplaría la alteración provocada por las TIC en las relaciones colectivas, fundamentalmente en el derecho de representación y acción sindical en la empresa y especialmente, el de información, que podrá ver mejorada su efectividad o, por lo contrario, perjudicada indirectamente como consecuencia de la descentralización de las empresas.

Esta modificación en la organización productiva se traduce en una flexibilización laboral, una descentralización de los procesos productivos, el fomento de la autonomía e independencia del trabajador y en la aparición de «nuevas formas de subordinación» o de concreción de la dependencia. Es por ello, por lo que ya no son esenciales las diferentes unidades de medida de la dependencia como son el tiempo, el lugar y la acción. Se dará paso a otros conceptos tales como la «dependencia tecnológica o subordinación informática» y «presencia virtual del trabajador en el centro de trabajo» al provocar, con la entrada de las TIC, una mayor disponibilidad del trabajador, ya sea por su fácil localización o por la posibilidad de convertir cualquier lugar en un centro de trabajo mediante conexión informática¹². Las TIC posibilitan al empresario, y así podrán ser utilizadas por éste, el ejercicio de su facultad de vigilancia y control sobre la prestación laboral y sobre aquellos instrumentos o medios de producción que cede al trabajador a fin de que éste de cumplimiento a sus obligaciones contractuales. Las TIC, entonces, provocarán una mayor intrusión en la intimidad del trabajador con una repercusión negativa, un cambio en sus costumbres laborales y además, un incremento

¹¹ BLASCO PELLICER, C., op.cit., 2009, pág.4.

¹² *Ibid.*, op.cit., 2009, pág.2: «Teletrabajo» como nueva forma de independencia. Además, añade que la independencia junto con la ajeneidad, son rasgos definitorios básicos de la relación laboral que no desaparecen con la modificación en la organización productiva sino que se manifiestan de manera distinta, produciendo en ocasiones la deslocalización de las empresas.

del control basado en el deber de diligencia¹³. Esta facultad de control y vigilancia se podrá realizar, por ejemplo, sobre la utilización del correo electrónico, el acceso a internet, el tratamiento automatizado de los datos e informaciones de los trabajadores, la aceptación de la firma electrónica, la utilización de internet en las relaciones colectivas y en las nuevas formas de trabajo¹⁴ como en el caso del teletrabajo¹⁵.

Las TIC también van a suponer nuevas posibilidades de cualificación para los trabajadores y también, su degradación en el momento en que sus funciones pasen a ser tareas mecánicas, repetitivas o monótonas. Aunque no solo afectará en la relación individual entre empresa y trabajador sino que, observando este fenómeno desde una perspectiva colectiva, van a incidir en la creación y destrucción de empleo, es decir, en la flexibilidad laboral y, además, en la naturaleza del trabajo posibilitando la aparición de otros tipos de organizaciones productivas que aún pareciendo más flexibles, se constituyen como nuevas formas más rígidas de control de los trabajadores, como es la deslocalización y la descentralización productiva¹⁶. La deslocalización de las empresas y la descentralización productiva propiciada por las TIC se van traducir en lo que se denomina «triple flexibilidad»¹⁷: flexibilidad económica, flexibilidad productiva¹⁸ y flexibilización de las relaciones laborales¹⁹.

Otro efecto lo encontramos en la aparición de nuevas formas de trabajo como puede ser el denominado «teletrabajo» que harían de las mismas las herramientas imprescindibles para su desarrollo²⁰.

¹³ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MATEOS Y DE CABO, O.: Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales): *Introducción*, 2014, págs.27-29.

¹⁴ *Ibid.*, op.cit., 2014, pág.28.

¹⁵ BLASCO PELLICER, C., op.cit., 2009, pág.2.

¹⁶ *Ibid.*, op.cit., 2009, pág.9.

¹⁷ *Ibid.*, op.cit., 2009, pág.6.

¹⁸ MERCADER UGUINA, J. R. *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002. Ver ANEXO 10.4: (1).

¹⁹ BLASCO PELLICER, C., op.cit., 2009, págs.7-9. Esta flexibilidad se divide, a su vez, en «flexibilidad interna» y «flexibilidad externa». La «flexibilidad externa» se puede dividir en dos grupos: «flexibilidad externa de entrada» y «flexibilidad externa de salida». Ver ANEXO 10.4: (2).

²⁰ El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2007 (aprobado por Resolución de 9 de febrero de 2007 que registra y publica este acuerdo. La Resolución de 21 de diciembre de 2007, registra y publica el Acta de prórroga del Acuerdo y sus anexos para el año 2008, actualmente vigente), establece en su punto 3 sobre “Flexibilidad y seguridad. Reestructuraciones. Observatorios. Absentismo”, que el teletrabajo es una nueva forma de trabajo derivada del propio avance de las nuevas tecnologías, que permite la realización de la actividad laboral fuera de las instalaciones de la empresa.

3. LA REGULACIÓN NORMATIVA Y CONVENCIONAL DE LAS TIC

Las TIC y las continuas innovaciones que aportan al sistema productivo crean un problema de adaptación de nuestro marco legislativo laboral a las nuevas y diferentes realidades sociales. Este marco no va a contemplar cuestiones tales como el uso para fines privados de Internet o del correo electrónico y la autodeterminación informativa, es decir, cuestiones diferentes a las ya contempladas por aquella normativa vigente, como pueden ser los tableros físicos de comunicación, que no virtuales (art. 81 TRLET y art. 80 de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto), el control empresarial de las taquillas (art. 18 TRLET) y aún, de la vigilancia de la salud²¹. Por este motivo y debido al constante desarrollo de las TIC, unido a la vertiginosa velocidad en la que este se produce, hace que la legislación laboral vaya por detrás de la nueva tecnología²².

3.1 MARCO NORMATIVO

Existen diferentes normativas que constituyen el marco legal de las TIC²³, entre las más relevantes encontramos la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 (CE, en adelante), la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos²⁴ (LOPD, en adelante), el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el

²¹ CALVO GALLEGO, F. J.: TIC y el poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso del Facebook y redes sociales. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 71/20129, 2012, págs.1-2. [en línea]. [Consulta: 02/05/2016]. Recuperado de la base de datos de Aranzadi. Este autor opina que nuestra legislación laboral, pese a las continuas reformas que ha sufrido, en sus aspectos más esenciales procede del siglo pasado, y está basada en una visión fordista que dejó de ser válida desde el momento que aparecieron las TIC.

²² En este sentido, se pronuncia la STC nº 70/2002 de 3 de abril (RTC 2002,70), FJ.9º en referencia a los avances tecnológicos especialmente los relacionados a la informática y en relación con la protección del art. 18.3 CE: “(...)hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos”.

²³ ANEXO 10.1: «Apéndice Legislativo».

²⁴ Es a través de esta Ley, se va a regular el tratamiento de datos y ficheros de carácter personal identificados o identificables (art. 3.a) LOPD) sea cual sea el soporte físico que haya servido para su tratamiento y procesamiento (art. 2 LOPD) evitando su uso para otras finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos de cualquier índole hubieran sido recogidos y tampoco, para un tratamiento posterior para fines históricos, estadísticos o científicos (art. 4.2 LOPD) [SEMPERE NAVARRO, A.V. y MATEOS Y DE CABO, O.: *Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales): Nuevas herramientas informáticas y derecho*, 2014, op.cit., págs.52-53]. El «tratamiento de datos», de acuerdo con el art. 3.c) LOPD se refiere a operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias de dichos datos.

Reglamento de desarrollo de la LOPD, la Ley 25/2007, de 18 de octubre²⁵, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LO 1/1982, en adelante) y como no, el TRLET.

Respecto a la LOPD, su objetivo es la de garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos²⁶, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y especialmente, el de su honor e intimidad personal y familiar (art. 1 LOPD). Es de obligada mención su art. 7, que va a respetar las previsiones del art. 16.2 CE por lo que, solo mediante consentimiento expreso y por escrito del interesado podrán procesarse o tratarse dichos datos con excepciones, tanto por la diferente tipología de los datos que contenga como por las diferentes situaciones que se puedan dar en un determinado momento²⁷.

Respecto a la Ley 25/2007²⁸, de 18 de octubre, debido a su relación con algunos derechos constitucionales y más concretamente con el derecho al secreto de las comunicaciones, ha tenido muy presente los pronunciamientos del TC estableciendo un procedimiento que ha de cumplir con las siguientes garantías²⁹:

²⁵ Modifica la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio. Esta Ley transpone la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

²⁶ En su título VIII, se establecen diferentes medidas de seguridad (art. 81) aplicables dependiendo de la categoría que se le confiera a los datos y que pueden ser de nivel básico, medio o alto (art. 80, en relación con el art. 54.1.h) del propio Reglamento) y además, según el tratamiento que se les haya dado, es decir, si están automatizados o no.

²⁷ Existen excepciones para determinados tipos de datos (art. 7.2 LOPD): los obrantes en ficheros creados y pertenecientes a aquellas asociaciones políticas, religiosas, fundaciones, sindicatos y otras entidades sin ánimo de lucro y cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical siempre y en cuando, dicha información corresponda a datos personales de sus asociados o miembros. Existen, a su vez, otras excepciones de dicha protección (art. 23.1 LOPD) que irán en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o de la seguridad pública, de la protección de los derechos y libertades de terceros o de las necesidades de las investigaciones en curso.

²⁸ Esta Ley obliga a los operadores de telecomunicaciones a retener aquellos datos tratados o generados por ellos para que puedan acceder los miembros de los Cuerpos Policiales, Centro Nacional de Inteligencia y los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera (cuando desarrolle competencias como policía judicial) en el marco de una investigación (SEMPERE NAVARRO, A.V. y MATEOS Y DE CABO, O.: *Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo* (marco legal, pautas judiciales y convencionales): *Nuevas herramientas informáticas y derecho*, op.cit., 2014, pág. 60). Esta Ley está regulada a su vez por la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia y en lo relativo a la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, el art. 283.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

²⁹ *Ibid.*, págs. 47-48.

- a) El contenido de los datos a ellas vinculados, de obligada conservación y consulta, no puede ser revelado independientemente del medio a través del cual se realice la comunicación.
- b) Es obligada la autorización judicial previa para poder ceder dichos datos.

Aún así y por todo ello, opinamos que debido a su importante incidencia en el ámbito laboral ya no solo por los beneficios que genera y por la titularidad de dichos medios, sino por el tratamiento que se realice de los datos empresariales o personales del trabajador, sería necesario una adaptación mucho más ágil, además de continuada, de la normativa actual a la aparición y evolución de nuevas TIC que, lógicamente por su vertiginoso desarrollo, no está contemplada totalmente su regulación en la normativa vigente. Siendo el empresario el que generalmente ostenta la titularidad de estos medios telemáticos³⁰ y, por lo tanto, el principal interesado en que su uso sea el más correcto y adecuado a los intereses empresariales, aparece no solo la necesidad sino también, el derecho del empresario a controlar dichos medios. Por tanto, es este el poder que habrá que limitar para evitar una mayor intromisión en los derechos fundamentales de los trabajadores. Por ello, el Derecho del Trabajo necesita de una mayor y más rápida adaptación a las TIC procurando una mayor protección a los trabajadores frente al poder de control del empresario como titular de las mismas. A falta de una mejor adecuación, no solo podremos utilizar el contrato de trabajo como herramienta de adaptación, desde una vertiente individual garante de los derechos de los trabajadores frente a los poderes del empresario³¹, sino también, a falta de una normativa específica ajustada al ámbito laboral, es en la negociación colectiva donde encontraremos otra posibilidad, esta desde una perspectiva colectiva, de regular y limitar el poder de dirección y control del empresario de manera que éste produzca la menor lesión posible de los derechos de los trabajadores.

³⁰ “En principio, está claro que el trabajador carece de título jurídico originario que le permita ese uso particular del ordenador. La respuesta que da el Derecho Civil patrimonial no ofrece dudas: el trabajador no ostenta ningún derecho de propiedad que le permita «gozar y disponer» para sí del instrumento (art. 348 CC), ni ningún otro título como podría ser el arrendamiento de cosa (art. 1543 CC) o el comodato (art. 1740 CC). Tampoco tiene el trabajador un derecho de posesión que le permita el aprovechamiento personal del citado ordenador (art. 430 CC). (...) Esta ajenidad de naturaleza patrimonial civil del trabajador frente al ordenador se refuerza con la ajenidad laboral propia del contrato de trabajo, que determina que el ordenador sea un elemento de la organización de la que el trabajador depende (art. 1.1 TRLET) y en la que presta sus servicios en utilidad patrimonial del empresario”. (MONTROYA MELGAR, A.: Nuevas tecnologías y buena fe contractual (buenos y malos usos del ordenador en la empresa. *Relaciones laborales, Sección Monografías*. 5-6, 2009, pág.2. [en línea]. [Consulta: 22 marzo 2016]. Recuperado de la base de datos de La Ley Digital).

³¹ SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Junta de Andalucía, Sevilla, 2011, págs.299-301.

3.2 LAS TIC EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Si bien es cierto que aunque en nuestro ordenamiento jurídico se regulan conceptos tales como «datos personales», «tratamiento y procesamiento de datos», «comunicación», «secreto», «intimidad», «medios telemáticos», «titularidad», «sistemas de comunicación», «control», «vigilancia», «autorización», etc. (a algunos de ellos le dedicaremos más adelante algunas líneas), es más cierto que no encontraremos ninguna normativa legal que regule expresamente las TIC por su constante innovación por lo que lógicamente, nos encontraremos ante supuestos de hechos concretos y situaciones peculiares que no se encuentran contempladas en ninguna norma legal y que de acuerdo con el art. 1.7 Código Civil, de 25 de julio de 1.889 (CC, en adelante), estaríamos ante lo que se denominarían «lagunas legales» por lo que tendríamos que acudir, en un principio, a las técnicas de «analogía» y «equidad» (arts. 4.1 y 3.2 CC, respectivamente) como principales mecanismos de cobertura³². Es por la ausencia de una norma legal y específica reguladora de las TIC, por lo que estaríamos ante una situación en la que tal y como dice SIERRA³³, tendremos que “*subsana* mediante una regulación convencional, bien de tipo individual o preferentemente colectiva, que contemple la actuación de los representantes de los trabajadores para que las partes del contrato de trabajo conozcan las reglas sobre el uso y el control informático en la empresa”³⁴ o en su ausencia, mediante normas internas que la empresa podrá establecer cumpliendo con lo establecido en el art. 64.5.f) TRLET³⁵. De acuerdo con el aptdo. 6 de este precepto, para que la empresa pueda establecer normas sobre sistemas de control en lo relativo a tipo de medios, implantación, revisión, uso y finalidad, ha de facilitar la

³² La aplicación de estos mecanismos se denomina «autointegración». Respecto a la «analogía» (analogía legis y analogía iuris), no todas las leyes pueden ser aplicadas analógicamente. Respecto a la equidad, “*habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*” (art. 3.2 CC).

³³ SIERRA BENÍTEZ, E. M., op.cit., 2011, pág.330.

³⁴ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V. y MATEOS Y DE CABO, O.: Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales): *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, op.cit., 2014, pág.77. Ya en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2007 se realiza una llamada de atención a los poderes públicos, a las empresas, a los trabajadores y a la sociedad española en general sobre la necesidad de una generalización de nuevas tecnologías como instrumentos para mejorar la capacidad productiva y como ya hemos comentado, como generadora de nuevas formas de trabajo (como por ejemplo el teletrabajo) y en concreto, de acuerdo con su art. 4, que tratasen en los convenios colectivos la incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en las relaciones laborales (...) para garantizar los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

³⁵ El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones: f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

información al respecto a los representantes de los trabajadores que procederán a un examen adecuado, y preparar en su caso, la consulta y el informe previo que les solicitará la empresa. En cualquier caso, tal y como explicaremos más adelante, los trabajadores han de estar fehacientemente informados de las medidas de control y vigilancia. También es cierto, que existen situaciones en las que no es necesaria la «consulta» o el «informe previo» debido a una necesidad puntual de la empresa de controlar determinadas actividades «irregulares» de sus trabajadores³⁶. En ambos casos, la empresa deberá de constatar el cumplimiento del «principio de proporcionalidad» en su ejercicio.

A través de la negociación colectiva se va a permitir la aplicación y adaptación de las TIC a las condiciones de trabajo o, tal y como dice MARÍN³⁷, va a permitir «modular» su utilización en la empresa como instrumento idóneo para regular sus condiciones de uso, sobre todo del correo electrónico de los trabajadores. Así de esta forma, continúa esta autora, habrá que tener en cuenta para ello, la realidad social y legal en su uso en el ámbito laboral permitiendo una “*democratización de las nuevas tecnologías*”, esto es, que su empleo no solo se destine a objetivos o fines empresariales sino que además, sea un instrumento de acción sindical³⁸ y de intercambio de información variada y de opinión. Es por ello, por lo que el Convenio Colectivo no solo se convertiría en una norma (art. 3.1.b) TRLET) reguladora de los derechos y obligaciones respecto a las TIC en nuestro marco laboral³⁹ llegando incluso a vetar el control que sobre estos medios realice la empresa⁴⁰ sino que, además, funcionaría como norma primaria limitadora del poder sancionador del empresario⁴¹. Claro que no se

³⁶ Nos referimos a controles ocultos. SIERRA BENÍTEZ, E.M., op.cit., 2011, pág. 331, opina que “*se podría llegar a un punto de equilibrio entre los poderes de control del empresario y el ejercicio de los derechos del trabajador en la empresa admitiendo un tratamiento muy restrictivo de estos controles ocultos, pero solo como medida excepcional*”. STC nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ.7º.

³⁷ MARÍN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*. Tirant lo Blanch, Sevilla, 2005, pág.243.

³⁸ *Ibid.*, op.cit., 2005, pág. 244-245. Esta autora además, considera que no solo es un instrumento de representación o acción sindical dentro de la empresa sino que también fuera de ella.

³⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MATEOS Y DE CABO, O.: *Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales): Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, op.cit., 2014, pág.78.

⁴⁰ MARÍN ALONSO, op.cit., 2005, pág.245.

⁴¹ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías*. Tirant lo Blanch “*Colección laboral*”, Valencia, 2004, pág.48-49. Esta autora opina que aunque en la regulación del poder disciplinario no se contempla el «principio de proporcionalidad» si “*se hallaría implícito, sobreentendiéndose su contemplación*”, pero para defender esta deducción, es necesario que el ordenamiento jurídico lo contemple expresamente. “*Lo contrario no traerá sino que se entienda que esa constelación jurídica en cuestión ha objetado al principio*”.

podría negociar ciertos aspectos o renunciar a aquellos derechos de los que no se es titular, como es el secreto de las comunicaciones, o permitir el acceso al contenido de los mensajes de correo electrónico⁴². A veces, los Convenios Colectivos restringen el acceso a internet del trabajador para todo aquello que no esté relacionado con su obligada prestación laboral pero con excepciones dirigidas a los representantes sindicales, no exentas de alguna que otra limitación⁴³. En otras ocasiones, como suele ocurrir en los Convenios Colectivos sectoriales, se realizan referencias a modo general, vagamente o incluso “*prácticamente inexistentes*” sobre las TIC⁴⁴. Esto no quiere decir que no existan Convenios sectoriales que sí contemplen las nuevas TIC y también la afectación que ésta pudiera tener sobre el trabajador en el transcurso de su prestación laboral.

A modo de ejemplo, traemos a colación el XVIII Convenio colectivo general de la industria química⁴⁵. En su art.10, contempla las posibles modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que puedan suponer para los trabajadores la entrada de nuevas TIC y a su vez, el derecho del trabajador a la formación necesaria para su adaptación a las nuevas tareas relacionadas con estas tecnologías, obligando al empresario a comunicarlas previamente a los representantes de los trabajadores con un plazo suficiente para poder analizar y prever sus consecuencias. También contempla la repercusión que sobre el trabajador pudiera traer el uso de estos medios, propiedad de la empresa (correo electrónico, internet, intranet, etc.), para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral calificando, en este caso, como falta leve el uso irregular de estos medios de acuerdo con el art. 59.11 y en relación con el art. 82.2 de éste Convenio. Esta limitación contiene excepciones referidas a los representantes de los trabajadores, las cuáles les permitirán su uso facilitando así, el ejercicio de los derechos de información que legalmente tienen reconocidos. De esta forma, obliga al empresario a poner a su disposición una página en la intranet de la empresa u otro sistema informático o similar, si lo tuviera la empresa, para la

⁴² TERRADILLOS ORMAETXEA, E., op.cit., 2005, pág.245. Esta autora considera que lo contrario sería ir contra la naturaleza jurídica de determinados derechos.

⁴³ El art. 8.1.b) LOLS por ejemplo, indica que la información que remitan estos representantes, debe de realizarse fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal en la empresa.

⁴⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MATEOS Y DE CABO, O.: Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales): *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, op.cit., 2014, pág. 80. Los autores nos indican que incluso suelen omitir normas de carácter subsidiario que puedan actuar ante la ausencia de acuerdos en ámbitos inferiores.

⁴⁵ Registrado y publicado mediante Resolución de 3 de agosto de 2015 (código de convenio nº 99004235011981) y que fue suscrito con fecha 16 de julio de 2015.

publicación de información de carácter sindical de interés para el centro de trabajo correspondiente, posibilitando, a su vez, el uso del correo electrónico⁴⁶ para comunicarse entre sí, entre sus respectivas federaciones sindicales o con la Dirección de la empresa mientras se realice un uso racional (art. 75.1.c) del Convenio). Tal y como venimos diciendo, en nuestra normativa laboral aún se contempla el control del empresario sobre las «taquillas» o los «tablones físicos de información» (art. 18 TRLET y 8.2.a) LOLS) lo que demuestra una clara inadaptación a las diferentes realidades. En el art. 82.2 de este Convenio, encontramos un intento de adaptación de regulación de las nuevas tecnologías a las relaciones laborales al contemplar la obligación del empresario de crear o habilitar «carpetas públicas», o de algún sistema similar, en las redes informáticas de los centros de trabajo debiendo ser accesibles para todos aquellos trabajadores que dispongan de ordenador. Claro que, tal y como hemos comentado, el empresario como titular de los medios telemáticos, tiene derecho a ejercer su poder de dirección sobre éstos en base al art. 20 TRLET. Este poder se concreta en el derecho del ejercicio de las medidas de dirección, gestión y control que fuesen precisas pero respetando el derecho a la intimidad de los trabajadores, entre otros derechos. Para la implantación de sistemas de control, la empresa ha de respetar las previsiones de la LOPD y del RD 1720/2007 de desarrollo según el art. 8.9º del XVIII Convenio. Este precepto obliga al empresario a informar previamente a sus trabajadores y a sus representantes, tanto de las medidas adoptadas como de su finalidad, como también, a aplicar en dichas medidas los criterios de proporcionalidad respecto a la finalidad perseguida, o dicho de otra forma, verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales respetando su dignidad, el derecho a la protección de datos y a su vida privada. Claro que todo ello, a su vez, deberá tener en cuenta el derecho legítimo que como empresario y como titular de dichos medios, ostenta para el tratamiento de la información obtenida sin el consentimiento del trabajador teniendo que, y como ya veremos, cumplir con una serie de requisitos legales que garanticen aquellos derechos del trabajador de los que venimos hablando. Creemos entonces que la adaptación de las TIC a nuestro sistema de relaciones laborales no solo pasa por crear y

⁴⁶ El uso sindical del correo electrónico es un aspecto, a nuestro entender más restringido, en el V Convenio Colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales. Su art. 45 solo permite el uso del correo electrónico para remitir noticias de interés sindical a sus afiliados y secciones sindicales y además, impone que los envíos tienen que ser prudentes, no masivos y en ningún momento pueden provocar bloqueos en los servidores de la empresa.

dar cumplimiento a las normas legales o convencionales, a las cláusulas de los contratos de trabajo o a las instrucciones que el empresario haya establecido al respecto, sino que además, será necesaria dicha adaptación teniendo en cuenta, tanto en su regulación como en su uso, la «buena fe» del trabajador y del empresario.

4. LA BUENA FE EN EL USO DE LAS TIC EN EL TRABAJO

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante) de 1 de julio de 2010⁴⁷, en su FD.3º, nos indica que el «principio de la buena fe» prescrito a modo genérico en los arts. 7.1 y 1258 CC, tiene una importante incidencia en el Derecho Laboral más que en cualquier otra rama del Derecho motivado por la existencia de una relación contractual⁴⁸ de naturaleza continuada “*con una singular implicación del componente personal y una consustancial contraposición de intereses*”. Este principio obliga al respeto mutuo de los intereses recíprocos de ambas partes que “*debe de exigirse en la constitución del vínculo y en el desarrollo de la relación laboral*”⁴⁹.

En los arts. 5.a) y 20.2 TRLET, en relación con el art. 54.2 aptdos. b) y c) del mismo texto legal, se establece que las partes intervinientes en el contrato laboral se comprometen, entre otras obligaciones, a cumplir con las prestaciones recíprocas convenidas sometiéndolas a las exigencias de la buena fe y diligencia. Ahora bien, la celebración de un contrato de trabajo no supone para el trabajador una limitación o una anulación de aquellos derechos que como ciudadano le corresponden. Pero sí es cierto que mediante la celebración del contrato, el trabajador quedará sujeto a los poderes del empresario, según el caso, nacidos como consecuencia de su formalización (poder de dirección, control, sancionador-disciplinario) y, por lo tanto, quedará sometido a todas aquellas directrices y controles que el propio empresario establezca para asegurar el cumplimiento de la prestación laboral por parte del trabajador de acuerdo con el art. 20.3 TRLET⁵⁰ y que, consecuentemente, provocará cierta limitación de los derechos fundamentales inalienables que por su condición de persona le pertenecen.

La celebración del contrato supone para ambos el nacimiento de un conjunto de obligaciones y derechos recíprocos que conllevará a veces “*la modulación de los derechos fundamentales, dado que cualquier derecho debe ejercitarse conforme a los dictados de la buena fe*”⁵¹. Entonces, al trabajador no solo se le va a exigir la debida

⁴⁷ RJ 2010,8438.

⁴⁸ STS, de 24 enero de 1990, (RJ 1990,206) FD.3º: “*para que se produzca la transgresión de la buena fe contractual solamente se precisa la existencia de una relación laboral*”.

⁴⁹ Así de esta forma lo observamos en los arts. 5.a), 20.2, 21.1, 54.2 aptdos. b), c) y d) TRLET. El Tribunal en esta Sentencia, indica que este principio ha de actuar con mayor rotundidad, de acuerdo con su doctrina, en la fase extintiva del contrato.

⁵⁰ LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit., 2015, pág. 92.

⁵¹ *Ibid.*, op.cit., 2015, pág. 91. En este sentido, las SSTs de 24 de febrero de 1984 (RJ 1984,918), de 11 de septiembre de 1986 (RJ 1986\5134) y de 21 de julio de 1988 (RJ 1988\6220).

lealtad en la realización de su actividad laboral sino, también, la buena fe en el uso de los medios telemáticos que el empresario pone a su disposición⁵². Es por ello, por lo que de partida nos deberíamos preguntar si el trabajador, aparte de sus obligaciones laborales adquiridas en virtud de su contrato laboral, “*puede, y en su caso en qué circunstancias, hacer un uso privativo o particular del aparato*”⁵³, o mejor dicho de los instrumentos tecnológicos en la empresa, por lo que en un principio, el trabajador estará obligado a utilizar los medios telemáticos para cumplir con las obligaciones contractuales y no para un uso personal. Esto quiere decir que, caso de utilizar los medios para otros fines que no sean para satisfacer los intereses empresariales, además de repercutir en la prestación laboral, “*iría, con mayor o menor gravedad según los casos, contra los deberes legales del trabajador (arts. 5 y 20.2 TRLET) de cumplir su prestación de buena fe y con diligencia y de contribuir a la mejora de la productividad*”⁵⁴.

Los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ, en adelante) se pronuncian al respecto excluyendo de las obligaciones del trabajador, conforme a las reglas de la buena fe y diligencia del art. 5.a) TRLET, “*la realización en horario laboral de actividades ajenas al puesto de trabajo*”⁵⁵ y, más concretamente, la utilización de los medios que el empresario pone a su disposición para fines distintos a los establecidos por la empresa⁵⁶,

⁵² La STS, de 24 de enero de 1990 (RJ 1990,206) en su FD.3º indica al respecto, que para que exista una transgresión de la buena fe contractual se precisa “*la violación de los deberes de fidelidad y que el trabajador actúe con conocimiento de su conducta vulneradora aunque no exija la concurrencia de un dolo específico, al conformarse el art. 54.1 del Estatuto con un incumplimiento grave y culpable*”.

⁵³ MONTOYA MELGAR, A., op.cit., 2009, pág. 2.

⁵⁴ *Ibid.*, op.cit., 2009, pág. 2.

⁵⁵ STSJ de Cataluña nº 5886/2000, de 4 de julio (AS 2000,3452), FD.4º. Mas reciente, la STSJ de Madrid nº 338/2010, de 27 de abril (JUR 2010, 232556), FJ.3º y 4º, no solo apoya el control que el empresario pueda realizar sobre el uso del ordenador para controlar si el trabajador cumple con la prestación laboral y de esta forma, que no realice actividades extralaborales durante su jornada laboral en base al art. 20.3 TRLET, sino que, lo justifica cuando además, existe una prohibición expresa para dicho uso. En la STSJ de Andalucía nº 1927/2007, de 5 de junio (AS 2007, 3132), FD. 3º, establece el abuso de confianza como una modalidad de transgresión de la buena fe contractual ocasionado por un uso no permitido de las facultades que se le confiaron al trabajador y que se constituye como causa de despido que pretende sancionar el «quebranto de la confianza mutua» [para llegar a esta conclusión, el TSJ se apoya en la STS, de 24 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8137)], no siendo preciso que exista dolo o voluntad consciente de producir daño o que su acción produzca un perjuicio efectivo [para llegar a esta conclusión, el TSJ se apoya en la STS, de 4 de febrero de 1991 (RJ 1991, 794)].

⁵⁶ En este sentido también se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 enero de 1990, (RJ 1990,206), resuelve un asunto donde el trabajador realiza un uso no permitido de tickets de aparcamiento confeccionados y obtenidos irregularmente. La finalidad no permitida es el beneficio propio indebido a costa de la empresa, haciendo creer además, que los usaba mientras realizaba la correspondiente prestación laboral obligada por contrato de trabajo. El Tribunal determina que infringe los arts. 5.a) y 20.2 TRLET constituyendo causa de despido tipificada en el art. 54.2.d) del mismo texto legal. La STS, de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7699), FJ.4º, va más allá en relación al uso de los medios que la empresa pone a disposición del trabajador en cuanto que justifica la inexistencia de una «expectativa

máxime cuando existe una prohibición expresa para ello. Además, caso que exista una prohibición expresa “*para la transmisión de información o material que incumpla otras normas de la empresa*”, desestimaría la existencia de algún tipo de tolerancia empresarial al respecto.

En el asunto que nos trae la STSJ de Cataluña nº 5886/2000 de 5 de julio de 2000⁵⁷, el trabajador envía correos electrónicos obscenos a otros compañeros por lo que la empresa considera que, además de constituir actos de indisciplina y desobediencia unido a la clara posición de intolerancia adoptada por la empresa respecto al tipo de contenido, constituyen actos sancionables (FD.5º). Según determina la STSJ de Andalucía nº 1927/2007 de 5 de junio de 2007⁵⁸, la existencia de una prohibición total al trabajador de un uso personal de estos medios, va a suponer una limitación del derecho de la comunicación de los trabajadores y de sus representantes en el sentido de que un uso no permitido supone un abuso de la buena fe contractual. De esta forma, continúa la STSJ, un uso no permitido se constituirá, en algunos casos, como causa de despido y podría justificar, al no existir una situación de tolerancia al respecto, la inexistencia de «expectativas razonables de confidencialidad y de intimidad» respectivamente, o dicho de otro modo, no constituiría un ámbito protegido para su intimidad⁵⁹ si además, supiera que estaría usando un medio sometido a vigilancia y control por parte del empresario (como derecho de dirección del empresario conferido por el art. 20 TRLET). Lo contrario, es decir, permitir un uso no restringido⁶⁰, supondría para el empresario un riesgo por las consecuencias o responsabilidades no deseadas que pudieran generar y que no estaría obligado a asumir⁶¹. El conflicto surge cuando el

razonable de confidencialidad» en el momento que exista una prohibición expresa de un uso extralaboral del ordenador con independencia de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre el control y el alcance que pueda realizar la empresa de tales medios. En la misma línea, la STS de 8 de marzo de 2011 (RJ 2011, 932), FD.3º.1.f), pero en este caso, hace referencia a la «expectativa razonable de intimidad» (en los términos de las SSTEDH caso Halford (TEDH 1997,37) de 25 de junio de 1997 y caso Copland (TEDH 2007, 23), de 3 de abril de 2007.

⁵⁷ AS 2000,3452.

⁵⁸ AS 2007, 3132.

⁵⁹ SSTS de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7699), FJ.4º y de 8 de marzo de 2011 (RJ 2011, 932), FD. 3º.1.f). Además, la STS del 6 de octubre de 2011 añade que “*si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo*”.

⁶⁰ Por ejemplo, mediante convenio colectivo o por las propias directrices impartidas por el empresario. Además, tal y como indica la STS de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7699) en su FD.4º, “*la prohibición absoluta no podría ser válida si, por ejemplo, el convenio colectivo reconoce el derecho a un uso personal*”.

⁶¹ LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit., 2015, pág. 93-94. Respecto a las responsabilidades civil y penal respectivamente: arts. 1903 CC y 120.3 CP. En este sentido, se pronuncia la STS de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7699), cuando en su FD.4º concluye que no se le puede exigir al empresario soportar un uso indebido que además sea ilícito y cuya consecuencia fue que el ordenador quedara infectado de virus.

trabajador utiliza el medio que el empresario pone a su disposición excediendo, en su uso, lo meramente laboral o profesional y además, en palabras de MANTECA⁶², produciéndose “*como consecuencia de las dificultades prácticas para establecer una prohibición absoluta*” por lo que habrá que valorar cada caso.

El TC también se pronuncia al respecto. En su Sentencia nº 170/2013, de 7 de octubre de 2013⁶³ considera que el trabajador realiza, ya no solo un uso prohibido y por tanto indebido del correo de la empresa⁶⁴ que va a suponer actos de indisciplina y desobediencia hacia la empresa como en el caso anterior, sino que además, va a suponer una conducta considerada por la empresa de máxima deslealtad y por el TC como transgresora de la buena fe contractual⁶⁵ por haber remitido el trabajador a terceros información relativa a la actividad empresarial.

Otro tipo de actuación del trabajador que supone una transgresión de la buena fe contractual la encontramos en el Auto del TC nº 423/2004, de 4 de noviembre de 2004⁶⁶. En este Auto, se inadmite a trámite el recurso de amparo por considerar, tal y como determina la Universidad donde trabaja el actor, que este se ha arrogado facultades que no le correspondían⁶⁷. La situación empeoró cuando algunos miembros del Comité de empresa informaron sobre el respecto en una rueda de prensa lo que provocó un seguimiento periodístico. Por todo ello, la Universidad considera que tales actividades han provocado alarma entre el alumnado y un perjuicio para el prestigio de la Institución. Por lo tanto, caso de existir directrices o normas de uso de estos medios telemáticos por parte del empresario e incluso, una regulación convencional, tal y como hemos indicado anteriormente, el trabajador tiene que respetar dichas reglas u órdenes durante su prestación laboral. Claro que la obligación de actuar conforme al principio de

⁶² MANTECA VALDELANDE, V.: Control del empresario sobre el uso del ordenador por los trabajadores: alcance, contenido y límites. *Actualidad Jurídica Aranzadi Social*, 2008, pág. 3.

⁶³ RTC 2013,170.

⁶⁴ El trabajador utilizaba el correo de la empresa o «correo corporativo» para su uso personal.

⁶⁵ El TC considera que la conducta empresarial al fiscalizar la información de las comunicaciones efectuadas por el trabajador, cumple con el Principio de Proporcionalidad y por lo tanto, no lesiona el derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE (FJ.5º).

⁶⁶ RTC 423/2004 AUTO.

⁶⁷ Entre otras acciones: los profesores con la convicción de la existencia de innumerables irregularidades académicas cometidas en el curso, declararon nulos todos los exámenes y pruebas de evaluación y sus correspondientes actas del curso 2000-2001.

la buena fe es mutua⁶⁸, es decir, se extiende a las partes firmantes del contrato de trabajo lo que incluye igualmente al empresario.

También el Tribunal Supremo se posiciona al respecto. En su Sentencia de 8 de marzo de 2011⁶⁹, establece unos requisitos que ha de observar el empresario en el establecimiento de las medidas de control y vigilancia para de esta forma, cumplir con el «principio de buena fe»:

- a) Establecer previamente las reglas de uso de esos medios prohibiendo total o parcialmente su uso para otros fines distintos a los que la empresa establezca.
- b) Informar a los trabajadores de la existencia de las medidas de control y los medios que se han dispuesto para comprobar su correcto uso⁷⁰.
- c) Informar de las medidas establecidas que garanticen la efectiva utilización laboral de estos medios cuando sea necesario y sin que ello imposibilite al empresario del uso de otros medios alternativos para fines preventivos, como podría ser restringir determinadas conexiones.

De acuerdo con SIERRA⁷¹, el poder de control del empresario además de cumplir con el principio de la buena fe, debe de estar sometido a unas reglas de comportamiento para que en su conjunto no suponga limitación o interferencia alguna tanto en la vida privada del trabajador como en su derecho a la dignidad, a la par que el ejercicio de

⁶⁸ SSTJ de Madrid nº 721/1998, de 16 de octubre (AS 1998,3780); de Cataluña nº 9382/2000 de 14 de noviembre (AS 2000,3444) y de Murcia, de 15 de junio (AS 1999,2504). SSTC nº 90/1999, de 26 de mayo (RTC 1999,90) y nº 213/2002, de 11 de noviembre (RTC 2002,213). En el mismo sentido, SIERRA BENÍTEZ, E. M., op.cit., 2011, pág. 320.

⁶⁹ Así, también, es como se pronuncia el Tribunal Supremo. En la STS, de 8 de marzo de 2011 (RJ 2011,932), que establece en su FJ.4º que si, contrariamente a lo estipulado por el empresario, el medio es utilizado para fines personales, al efectuar su control no se vulnerará la “*expectativa razonable de intimidad en los términos que establecen las sentencias del TEDH de 25 de junio de 1997 (TEDH 1997,37) en el caso Halford y de 3 de abril de 2007 (TEDH 2007,23) en el caso Copland, para valorar la existencia de una lesión del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos*”. También, es importante lo que indica respecto a los archivos temporales (o «rastros o huella informática») que quedan debido a la navegación por internet y que quedan registrados en el disco duro del ordenador al entender que también quedarían bajo el paraguas protector del derecho a la intimidad como dicta el TEDH en la sentencia ya referida del 3 de abril de 2007, caso Copland: “*esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladoras sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.)*”.

⁷⁰ Aunque no se establezca literalmente esta obligación en el art. 20.3 TRLET, es un requisito exigible como consecuencia de la aplicación del principio general de la buena fe (FERNANDEZ VILLALÓN, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral (comentario al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales*. REDT, 82, 1997 citado por SIERRA BENÍTEZ, E. M., op.cit., 2011, pág. 321.

⁷¹ SIERRA BENÍTEZ, E. M., op.cit., 2011, pág. 319.

dicho poder no debe convertirse en discrecional e injustificado conforme a las necesidades técnico-organizativas de la empresa. Siguiendo a esta autora, el consentimiento del trabajador para el control de su actividad no ha de suponer que éste deba ser continuo ya que, tal consentimiento, no legitima al empresario para ello aunque los medios establecidos a tal efecto lo permitan. Esta autora establece una excepción, con la que estamos muy de acuerdo, para que dicho control pueda ser continuo: que sea indispensable para la actividad empresarial y no existiera otro medio alternativo a tal efecto que sea menos restrictivo para los derechos de la dignidad y libertad del trabajador y que, además, suponga una injerencia en la vida extra-laboral del trabajador⁷². Entonces, podríamos decir que el «principio de la buena fe» actúa como limitador de los poderes del empresario en cuanto que supone una herramienta correctora y de control de los mismos por ser un principio constitucional que “*no solo obliga a los poderes públicos sino también a los titulares de un poder privado (art. 9.1 CE)*”⁷³.

⁷² SIERRA BENÍTEZ, E. M., op.cit., 2011pág. 319-320.

⁷³ *Ibid.*, op.cit., 2011, pág. 321.

5. EL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL Y SU FACULTAD DE VIGILANCIA Y CONTROL SOBRE LAS TIC

Consideramos necesario, en primer lugar, definir brevemente lo que es el «derecho subjetivo» por su relación con el poder del empresario. La propia definición contextualizaría este poder frente a este derecho, ya que el poder del empresario se constituye como un medio para poder administrar el propio derecho⁷⁴. Entonces, el derecho subjetivo lo definiremos como “*la situación de poder concreto concedida a la persona como miembro activo de la comunicad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa*”⁷⁵.

Son varios los poderes que la norma le atribuye al empresario y algunos de ellos creemos que guardan mayor relación con el presente trabajo por lo que le dedicaremos unas breves palabras a modo de introducción. Entre estos poderes encontramos «el poder disciplinario»⁷⁶, cuyo ejercicio lo podrá realizar el empresario como reacción o consecuencia de la acción o inacción del trabajador durante su prestación laboral (como por ejemplo, por un incumplimiento de alguna obligación) pero que, a su vez, no solo cumple con una función sancionadora sino que, también, tiene como objetivo prever el incumplimiento o dicho de otra forma, una función previsoras. También está «el poder organizativo», para el cual es necesario el establecimiento de órdenes, directrices o normas internas encaminadas a conseguir los mejores resultados conforme a los objetivos empresariales establecidos⁷⁷ y que a su vez, pueden tener repercusiones en las condiciones de trabajo e integrarse en el contenido material del convenio colectivo (art.

⁷⁴ LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit. 2015, pág. 123.

⁷⁵ FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: El poder disciplinario en la empresa. *Cívitas*, Madrid, 1991, citado por LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit., 2015, pág. 123.

⁷⁶ LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit., 2015, pág.113-115. Esta autora indica al respecto que “*el ámbito objetivo del poder de disciplina se fundamenta en una acción concreta como es el incumplimiento de alguna de las obligaciones impuestas al trabajador*” por lo que es necesario conocer el alcance de dicho poder. En el mismo sentido, TERRADILLOS ORMAETXEA, E., op.cit., 2004, pág.20. De acuerdo con esta autora, el poder disciplinario se erige como un poder que garantiza la efectividad de los restantes poderes atribuidos por el contrato de trabajo al empresario, pero a su vez, sostiene que este poder parece estar supeditado a la eficacia del poder de dirección.

⁷⁷ SSTC nº 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016,39), FJ 4º; nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ 5º y nº 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013,170), FJ 3º, entre otras. STEDH, de 12 de enero de 2013 (TEDH 2016,1), caso *Barbulescu v. Rumania*. También el TS se pronuncia en el mismo sentido, la STS de la Sala de lo Social, de 19 de julio de 1989 (RJ 1989,5878), FD 3º: “*Ahora bien, el respeto de ese valor básico, dentro del que se ha de desenvolver la relación jurídico-laboral, no ha de anular, como es obvio, el derecho de vigilancia que, por preceptiva estatutaria también, incumbe al empresario, integrando la facultad directiva y controladora que se revela imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial (...)*”. En la misma línea, la STSJ de Cantabria, de 20 de febrero de 2004 (AS 2004,443), FD 7º: “*Y aunque tal derecho de vigilancia, que incumbe al empresario y que se integra en la facultad directiva y controladora, resulta imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial (...)*”.

37.1 CE y 85.1 TRLET)⁷⁸. Pero es «el poder de dirección y control» íntimamente ligado a los anteriores⁷⁹, y sus facultades de control y vigilancia, el objeto de este estudio y que explicaremos a continuación. Comenzaremos entonces, hablando sobre la regulación normativa de este poder ya que de ella, podemos extraer su definición, sus objetivos y limitaciones.

El poder de dirección empresarial lo podemos definir como “*un derecho de libertad para crear y mantener la empresa y gestionarla en el marco de la economía de mercado*”⁸⁰ o bien, como aquel derecho o facultad del empresario reconocida legal y constitucionalmente para dar las órdenes sobre “*la manera, tiempo y lugar de ejecución del trabajo*”⁸¹ lo que confiere al empresario una situación de superioridad frente al trabajador que parte por el contrario, desde una posición de subordinación frente al empresario⁸². Nuestros Tribunales de Justicia también se pronuncian al respecto, como es el caso del Tribunal Supremo⁸³ que define este poder como la atribución de una serie de facultades imprescindibles para la buena marcha de la organización productiva. Es precisamente esta «organización» la que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE y expresamente en el art. 20 TRLET y entre ellos, el de poder adoptar las medidas de vigilancia y control que el empresario estime más oportunas para comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador⁸⁴ y además, el de verificar que el rendimiento del trabajador sea el exigido

⁷⁸ SIERRA BENITEZ, E.M., op.cit. 2011, págs.299-300. Esta autora, a modo de ejemplo de la repercusión que pudiera tener las TIC en el ámbito organizacional y dirección del empresario, nos indica que tales medios se pueden usar como un recurso facilitador de la comunicación entre los trabajadores y sus representantes legales.

⁷⁹ ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M.E.: Derecho del Trabajo, *Cívitas*, 21ª edición, 2003, pág.396: «*En realidad el ejercicio del primero (poder de dirección) se complementa con el segundo (poder disciplinario), ya que el poder de dirección sería un mero “poder moral”*», citado por TERRADILLOS ORMAETXEA, E., op.cit., 2004, pág.16, esta autora concluye indicando que el poder disciplinario es una herramienta importante y necesaria para la consecución de la finalidad organizativa y productiva de la empresa. LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit. 2015, pág.119, indica al respecto: “*Resulta lógico este binomio (poder de dirección y poder disciplinario) ya que si el poder de dirección del empresario no cuenta con un elemento que le faculte para hacer efectiva una sanción en los casos de incumplimiento, ese poder de dirección no se haría efectivo en su totalidad. (...). En resumen, la razón de la existencia del poder disciplinario consiste en ser un medio eficaz para garantizar el fin productivo de la empresa*”.

⁸⁰ RIVERO LAMAS, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza, 1986, citado por MARÍN ALONSO, I., op.cit., 2005, pág.86.

⁸¹ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A.: El acceso por el empresario al correo electrónico de los trabajadores. *Diario La Ley*. Ref.D-228 tomo 6, 2001, pág.8. [en línea]. [Consulta: 22/03/2016]. Recuperado de la base de datos de La Ley.

⁸² LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit. 2015, pág.120.

⁸³ STS, de 6 de octubre (RJ 2011,7699), FJ.4º.

⁸⁴ Así es como lo determina el TC en su Sentencia nº 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016,39), FD 4º cuando se refiere expresamente a la facultad que le confiere el art. 20.3 TRLET. En el mismo sentido:

por contrato de trabajo⁸⁵, es decir, esta verificación no solo está dirigida a vigilar el cumplimiento del trabajador con la prestación de trabajo debida sino que, además, a que éste cumpla con el rendimiento esperado. A su vez, el empresario controlará otra condición necesaria para comprobar que el cumplimiento laboral sea óptimo y el esperado observando “*aquella particular disciplina que hace posible el ordenado desarrollo de la actividad de trabajo*”⁸⁶. Claro que el empresario podrá ejercer este poder observando siempre el debido respeto a la dignidad del trabajador (art. 4.2.c) y 20.3 TRLET)⁸⁷, derecho que ligado al derecho a la intimidad, tal y como desarrollaremos más adelante, se constituye como una de las manifestaciones concretas junto a la igualdad, no discriminación, etc. de la dignidad humana⁸⁸. Así, de esta forma, la STS de 7 de marzo de 2007⁸⁹, en su F.D. 5º establece que las facultades organizativas empresariales y las facultades de vigilancia y control, entre otras, atribuidas y reconocidas al empresario expresamente en el art. 20 TRLET y constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE, no pueden servir en ningún caso, para producir resultados inconstitucionales y lesivos de los derechos fundamentales del trabajador.

El propio Tribunal Constitucional (TC, en adelante) sostiene la imprescindibilidad del poder de dirección para la buena marcha de la organización productiva como reflejo de los derechos reconocidos constitucionalmente y estatutariamente, de acuerdo con los arts. 33 y 38 CE y arts. 5.1.c), 18, 20.1 y 20.3 TRLET respectivamente, que ayudará a controlar el cumplimiento de los deberes y obligaciones contractuales de los

SSTC nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000, 186), FJ 5º; nº 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013,170), FJ 3. En la misma línea, la STS de 7 de marzo de 2007 (RJ 2007,2390), FD 5º.

⁸⁵ GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Cívitas, Madrid, 1988, págs.111-112.

⁸⁶ DI ORESTE, L.: Sorveglianti di fabbrica e libertà dei lavoratori, «Riv. Guir. Lav.», II, 1955, pág. 529 citado por GOÑI SEIN, J.L., op.cit., 1988, pág.110.

⁸⁷ STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ.5º y STS, de 6 de octubre (RJ 2011,7699), FJ.4º.

⁸⁸ SIERRA BENITEZ, E.M., op.cit., 2011, pág.302. De acuerdo con esta autora, es la «intimidad», la que más afecta al teletrabajo y considera el derecho de las comunicaciones informáticas telemáticas, la intimidad informática, el derecho de la autodeterminación informática, etc. como los derechos o libertades de tercera generación. Estos derechos se denominan de tercera generación “*debido a que su nacimiento surge ante el vertiginoso desarrollo de los sistemas y tecnologías informáticas*” y en relación al derecho fundamental a la intimidad, lo define como el “*derecho a la autodeterminación informativa, o lo que es lo mismo, del derecho de toda persona a controlar la utilización de sus datos personales. En definitiva, se trata de una nueva concepción del derecho a la intimidad, pues es una garantía del individuo frente a la vulneración de su libertad en la sociedad tecnológica moderna*” [JIMENEZ RIUS, P.: Antecedentes legislativos de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. *Actualidad Administrativa, Sección Doctrina*, tomo 2 [Ref. XXXV], 2011, pág.965].

⁸⁹ RJ 2007, 2390.

trabajadores⁹⁰. Podemos hablar entonces de un poder que nace como consecuencia del contrato de trabajo como elemento iniciador de la relación laboral en la que se fundamenta este poder, y consecuentemente basado en la organización empresarial, que es donde se enmarcan las relaciones laborales. Concluiremos por lo tanto, que el poder de dirección se apoya en dos elementos muy importantes: la relación laboral y la organización empresarial⁹¹, pero como veremos, no es un poder absoluto sino que está sujeto a limitaciones y, además, representa un matiz de la dependencia jurídica del trabajador⁹². Veremos entonces qué dice concretamente la norma legal.

Por un lado, tenemos el art. 18 TRLET que permite el registro sobre la persona del trabajador en sus taquillas y efectos particulares. Si bien es cierto que el precepto limita dicha facultad a aquellas circunstancias donde peligre el patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores de la empresa y siempre que el ejercicio de dicha facultad se realice dentro del centro de trabajo, en horas de trabajo, con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible y respetando «al máximo» la dignidad e intimidad del trabajador. El art. 20 TRLET atribuye al empresario «el poder de dirección y control» de la actividad laboral y, por lo tanto, del cumplimiento del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales nacidos a raíz del contrato de trabajo (en el mismo sentido, el art. 5.c) TRLET). Estas obligaciones y deberes laborales han de ser ejercidos con la debida diligencia y colaboración en el trabajo por parte del trabajador y además han de ser establecidos legalmente y/o a través de aquellas órdenes o instrucciones que empresario estime oportunas⁹³ o en su defecto, por los usos y costumbres y siempre, guardando el debido respeto a la dignidad del trabajador, tal y como establece el art. 4.2.e) TRLET⁹⁴. Es por ello, por lo que el empresario, entre otras

⁹⁰ SSTC nº 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016,39), FJ 4º; nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ 5º y nº 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013,170), FJ 3º, entre otras y STEDH de 12 de enero de 2016 (TEDH 2016,1), caso Barbulescu vs. Rumania.

⁹¹ LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit. 2015, pág.123-125.

⁹² *Ibid.*, op.cit. 2015, pág.122.

⁹³ Los arts. 39 y 41.1 TRLET tratan a su vez, “sobre la facultad de modalizar la ejecución del contrato de trabajo para adaptar sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo” (SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit. 2001, pág.8).

⁹⁴ STC nº 186/2000, de 10 de julio de 2000 (RTC 2000,186), FJ 5º: “En este sentido debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE) y reconocido expresamente en el art. 20 LET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo

facultades, tiene el derecho de adoptar todas aquellas medidas de vigilancia y control que considere necesarias a tal fin⁹⁵ pero, a su vez, el ejercicio de este poder no debe suponer discriminación directa o indirecta por aquellas razones establecidas en el art. 4.2.c) del mismo texto legal⁹⁶. Entonces, entendemos que el empresario puede hacer uso de estas facultades con una finalidad legal pudiendo utilizar para ello, todos los medios que crea conveniente siempre que se respete en su adopción y aplicación los límites marcados por el TRLET que ya explicaremos más adelante, y además, la consideración debida a la dignidad humana de su art. 20⁹⁷.

El poder de dirección y control del empresario también es reconocido constitucionalmente. El art. 33 CE trata sobre el derecho a la propiedad privada (derecho a no ser privado de bienes y derechos), y el art. 38 CE, sobre el reconocimiento de la libertad de empresa, especialmente por garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad⁹⁸. Es precisamente a través del art. 38 CE desde donde podemos fundamentar el poder del empresario y específicamente, el poder de organización de la empresa siendo el contrato de trabajo la herramienta que posibilita legalmente su ejercicio⁹⁹ constituyéndose de esta manera, como base y fundamento del poder privado y como instrumento de solución de conflictos que surjan en la relación laboral entre trabajador y empresario¹⁰⁰. La doctrina constitucional limita la constitución del derecho al ejercicio de esta facultad del empresario nacida con la celebración del contrato de trabajo al determinar que el mismo “«(...) no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano» (STC 88/1985) y que «el contrato de trabajo no puede

caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral [arts. 4.2 c) y 20.3 LET]”.

⁹⁵ STC nº 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000,98), FJ.5º.

⁹⁶ “A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.”

⁹⁷ SIERRA BENITEZ, E.M., op.cit. 2011, pág.301.

⁹⁸ La STC 186/2000, de 10 de julio de 2000, indica al respecto: “En este sentido debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE)...”. BASSOLS COMA, M.: Constitución y sistema económico. Madrid, Tecnos, 1985, pág.137, define el derecho del art. 38 CE “libertad de empresa” como “aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes y servicios conforme a las pautas y modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”, citado por LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit. 2015, pág.138.

⁹⁹ SIERRA BENITEZ, E.M., op.cit. 2011, págs.299-300.

¹⁰⁰ MARÍN ALONSO, I., op.cit., 2005, págs.85-86.

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» (STC 99/1994 [RTC 1994,99])¹⁰¹ por lo que significa además que las limitaciones afectarán también a la facultad organizativa empresarial por el respeto que hacia los derechos constitucionales ha de guardar el empresario¹⁰². Por lo tanto, una vez definido el poder de dirección desde diferentes posiciones, creemos necesario la observancia de una serie de requisitos¹⁰³ válidos para poder establecer órdenes sobre la manera, tiempo y lugar de ejecución del trabajo:

- a) Que las instrucciones y órdenes sean adecuadas y proporcionadas.
- b) Que las instrucciones y órdenes respeten la dignidad del trabajador, no sean discriminatorias y estén sometidas al principio de la buena fe.

El poder de dirección y control en relación con las TIC, además de perseguir la finalidad pretendida por el art. 20 TRLET, va a suponer un control más aislado y personal sobre el trabajador y, por lo tanto, más invasivo de la intimidad personal¹⁰⁴ por lo que tendremos que acudir al art. 18 TRLET¹⁰⁵ para constatar la legitimidad del empresario en el establecimiento de los controles sobre el uso de estos medios. A su vez, hemos de tener en cuenta que no solo el empresario tiene derechos sino que también el trabajador está protegido, ya sea por aquellos derechos constitucionales que le son inherentes a su condición de persona, por aquellos otros que le corresponden por su relación contractual, es decir, como trabajador por cuenta ajena, o por aquellos otros que le repercuten indirectamente por el establecimiento de limitaciones de las facultades del empresario. Creemos importante esta observación a la hora de examinar los mecanismos de control establecidos y sus limitaciones en el ejercicio de la facultad de control y vigilancia que sobre las TIC le confiere al empresario el TRLET para comprobar si existe incidencias negativas sobre los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente al individuo como son el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y al secreto de las comunicaciones por la proyección que

¹⁰¹ STC nº 98/2000, Sala primera, de 10 de abril (RTC 2000,98).

¹⁰² SSTC nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ.6º y nº 292/1993, de 18 de octubre (RTC 1993,292), FJ.4º.

¹⁰³ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit. 2001, págs.8-9.

¹⁰⁴ ROQUETA BUJ, R.: *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs.46-49.

¹⁰⁵ STSJ de Cantabria, de 20 de febrero (AS 2004,443), FD 6º.

tienen sobre las relaciones laborales al pertenecer al ámbito de las relaciones privadas pero también, para comprobar que no haya extralimitación en el uso de la informática como medio de supervisión de la actividad laboral del trabajador con el fin de garantizar dichos derechos (arts. 9.1, 10.1 y 53.2 CE)¹⁰⁶.

Entonces, inicialmente tendríamos que los límites generales en el ejercicio del poder de dirección y control de la empresa vienen establecidos observando dos elementos¹⁰⁷ que creemos mínimos y necesarios a contemplar para que la colisión de los derechos fundamentales sea lo menos intrusiva posible:

- a) La finalidad para la que se adoptaron dichos controles.
- b) El respeto de la dignidad (art. 10.1 CE y arts. 4, 18 –en relación con los registros– y 20.3 TRLET), la intimidad del trabajador (arts. 18 CE y 4.2 TRLET) y a la igualdad y no discriminación, derechos fundamentales de nuestra CE.

5.1 LÍMITES DEL EMPRESARIO EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE CONTROL EN LAS TIC PARA SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR DEL ARTÍCULO 18 CE.

Durante la relación laboral, una vez establecidos los límites al poder de dirección y control del empresario sobre sus trabajadores y sabiendo que éstos repercuten sobre algunos derechos y obligaciones que afectan de diferente manera a ambas partes, observamos que es precisamente el derecho a la libertad de empresa del art. 38 CE, el que posibilita al empresario, en un principio, a limitar los derechos constitucionales del trabajador¹⁰⁸. Ya que hablamos sobre el control que el empresario puede ejercer sobre sus medios telemáticos, partiremos desde la consideración sostenida por éste de tales medios como instrumentos de trabajo¹⁰⁹. En este sentido, es la misma empresa, en base

¹⁰⁶ ROQUETA BUJ, R., op.cit. 2005, pág.48.

El art. 9.1 CE establece el sometimiento de todos los ciudadanos y los poderes públicos a la CE; el art. 10.1 CE, trata sobre la dignidad de la persona, los derechos inviolables inherentes a la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social y por último, el art. 53.2 CE muy importante por su incidencia en los procedimientos judiciales ya no solo porque garantiza la tutela de las libertades y derechos de la Sección Primera del Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (entre otros, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen [art. 18 CE], el derecho a la tutela judicial efectiva [art. 24 CE], el derecho al trabajo [art. 35 CE] y el derecho a la libertad de empresa [art. 38 CE]) sino que además, abre la posibilidad del recurso de amparo ante el TC en caso de violación de dichos derechos (art. 161.1.b) CE).

¹⁰⁷ SIERRA BENITEZ, E.M., op.cit. 2011, pág.301. Art. 20.3 TRLET.

¹⁰⁸ MARÍN ALONSO, I., op. cit. 2005, pág.100.

¹⁰⁹ SSTS, de 26 de septiembre de 2007, FD 3º (RJ 2007,7514) y de 6 de octubre de 2011, FD 4º (RJ 2011,7699).

al poder de dirección que le confiere el art. 20.3 TRLET, la que puede establecer las condiciones de su uso, y nos referimos a sus limitaciones y prohibiciones¹¹⁰, no estando obligada a consentir un uso personal o inadecuado ni tampoco a pactar dichas condiciones con los trabajadores o sus representantes¹¹¹. El empresario a partir de su derecho de libertad de empresa y especialmente de su derecho de organización, puede condicionar el uso de tales medios disponiendo de varias opciones¹¹²:

- a) Restringir su uso para fines profesionales; podemos encontrar su fundamento en la necesidad de evitar la pérdida de tiempo del trabajador durante su jornada laboral, reforzar la seguridad de los medios de la empresa y evitar responsabilidades no deseadas que se pudieran imputar a la empresa por causa del mal uso que de los medios realice el trabajador y, además, garantizar la legalidad del control que el empresario pudiera realizar sobre tales medios.
- b) Prohibir su uso para fines personales pero sólo cuando así se haya establecido en Convenio Colectivo o bien en manuales o códigos de conducta internos y siempre y cuando, el trabajador haya sido informado por el empresario de tales restricciones, limitar su uso para dichos fines en cuanto a su duración y momento en que ha de realizarse, es decir, fuera de la jornada laboral o durante los descansos.
- c) Caso de no existir previsión al respecto por parte de la empresa, es decir autorización o prohibición expresa, entendemos que nos encontraríamos ante tres posibles y distintas situaciones:
 1. Tal carencia podría suponer una prohibición tácita de uso para fines personales.

¹¹⁰ ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, pág.13. En este sentido también se pronuncia la STS, de 8 de marzo de 2011 (RJ 2011,932) en su FD 3º: “Las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes contractuales: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen. El control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario se regula por el art. 20.3 ET y a este precepto hay que estar con las matizaciones que a continuación han de realizarse.”

¹¹¹ FALGUERA i BARÓ, M.A.: “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias del control del empleador”, R.L., Vol. II, 2000; THIBAUT ARANDA, J.: “El Derecho español”, en AA.VV., Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores, Elcano, Navarra, 2003; GOÑI SEIN, J.L.: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, en AA.VV, Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Alicante, 2004, citados por ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, pág.13.

¹¹² ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, págs.13-15. En el mismo sentido, LLAMOSAS TRAPAGA, A., op.cit. 2015, págs. 85-90.

2. Que tal situación posibilitaría un uso moderado y no abusivo si no existe prohibición expresa¹¹³.
3. Debido a tal inexistencia, podríamos deducir que la finalidad del uso de tales medios, ya sea personal o profesional, es potestativa del trabajador sin limitación alguna.

Los límites con los que el empresario puede ejercer su facultad de control y vigilancia sobre el trabajador en el uso de internet y del ordenador, fueron acotados en algunos casos por la mayoría de las Salas de lo Social de los TSJ¹¹⁴. Claro que estas delimitaciones se realizaron una vez aceptada la existencia del derecho del empresario al ejercicio de tal facultad, sobre todo cuando el control no se realizaba sobre el propio ordenador sino a través del registro de archivos que este dejaba en el servidor de la empresa como consecuencia de su navegación por internet y con el posible consentimiento previo del trabajador. Para ello, los TSJ establecen dos vías que posibilitan el control empresarial¹¹⁵:

- 1º. Cumplir con los requisitos que establece el propio art. 18 TRLET dirigidos al registro de taquillas¹¹⁶ y efectos particulares siempre y cuando: 1. existan indicios que signifiquen un peligro para el patrimonio empresarial y para los demás trabajadores de la empresa y, 2. cuando dicho control se realice en horario de trabajo¹¹⁷, de forma pública y con la presencia de algún representante de los

¹¹³ STS, de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011,7699), en su FD 4º: “*Nuestra sentencia de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7514) no lleva a conclusión contraria. Lo que decidió esta sentencia fue un supuesto en el que se excluyó la validez de la prueba practicada de registro del ordenador por entender que se había vulnerado el derecho a la intimidad del actor, porque, al no existir prohibición de uso personal del ordenador ni advertencia de control, existía para el trabajador una expectativa de confidencialidad en ese uso personal, expectativa que debió ser respetada*”.

¹¹⁴ STSJ de Cantabria de de 26 de agosto de 2004 (AS 2004,2513); STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2004 (AS 2004,1231); STSJ de Cantabria de 23 de febrero de 2004 (AS 2004,444); SSTSJ de Madrid de 16 de diciembre de 2003 (AS 2004,2297) y de 10 de abril de 2003 (AS 2003,3257).

¹¹⁵ CALVO GALLEGU, F.J., op.cit., 2012, págs.7-9. De acuerdo con este autor, son principios contenidos en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre “Ley de Protección de Datos” y que se tendrían que cumplir. El art. 4 de esta Ley establece garantías sobre el tratamiento de los datos de carácter personal como por ejemplo: no poder utilizarse para otras finalidades distintas para las que se recogieron y el tratamiento al que se someterán ha de ser adecuado, pertinente y no excesivo en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

¹¹⁶ La STSJ de Cataluña nº 4522/2000, de 23 de mayo de 2000 (AS 2000,1934), equipara el «armario» a la taquilla por diversos motivos: 1. era donde el trabajador guardaba sus efectos personales con el permiso tácito del empresario y donde tras un registro, se encuentran efectos de la empresa; 2. el «armario» era de acceso limitado al trabajador y solo utilizado por el propio trabajador. Es por ello por lo que la Sentencia entiende que debería haberse seguido lo estipulado en el art. 18 TRLET y por no haberlo hecho así, declara la anulación interpuesta al trabajador.

¹¹⁷ Una variante a este requisito es la que encontramos en la STSJ de Aragón, de 11 de octubre de 1999 (AS 1999,6424), donde se constata que el registro se realiza al terminar la jornada de trabajo pero al salir

trabajadores¹¹⁸ u otro trabajador e incluso de un notario (elemento garantista) para evitar un posible control secreto. De esta forma, todas aquellas pruebas obtenidas sin respetar lo indicado, pueden ser declaradas nulas.

- 2º. Respetar la dignidad y la intimidad del trabajador¹¹⁹, sometiendo el control y vigilancia del empresario a mayores requisitos formales y causales¹²⁰, o dicho de otra manera, conciliar dicha facultad con los intereses y derechos fundamentales del trabajador cumpliendo con las exigencias del “principio de proporcionalidad”: juicio de idoneidad (elemento de idoneidad), juicio de necesidad (elemento de causalidad) y juicio de proporcionalidad en sentido estricto (o elemento de mínima repercusión)¹²¹.

Para poder ejercer el poder de control y vigilancia no solo es necesario, siguiendo con la línea establecida por los TSJ, cumplir con los requisitos del art. 18 TRLET y de las exigencias del “principio de proporcionalidad” que ya explicaremos, sino que también, es necesario que el empresario no adopte criterios discriminatorios en el momento de seleccionar a los trabajadores sobre los que recaerá el ejercicio de tal facultad¹²². Existen discrepancias tanto jurisprudenciales como doctrinales, sobre la posibilidad de aplicar dichos límites por tener que distinguir entre aquellos elementos de producción, como el ordenador, y aquellos otros elementos destinados a un uso distinto como son las taquillas que sí están contempladas por el art. 18 TRLET¹²³. Si bien es cierto, se considera la posibilidad al igual que ocurre con las taquillas, que en el ordenador cedido al trabajador se puedan encontrar archivos o elementos que

del centro de trabajo, es decir, el trabajador terminó su turno por lo que el registro no se realiza tal y como establece el art. 18 TRLET, en horario de trabajo, pero si bien es cierto, que si se realiza en el centro de trabajo. Además, el registro en cuestión, se realiza sobre la ropa de trabajo y no sobre la persona del trabajador por lo que se preserva el derecho a la inviolabilidad del trabajador.

¹¹⁸ La STSJ Cantabria nº182/2004, de 23 de febrero (AS 2004,444), da la razón al demandante ya que, se han omitido las garantías establecidas en el TRLET para realizar el registro concluyendo en su FD 7º respecto a las garantías no respetadas: “(...) entre otras, haber realizado el registro en ausencia del trabajador –que se ha acreditado que tenía horario flexible y razonablemente fácil de localizar–, si bien se contó con la presencia de otro compañero, no estaba atento ni consta se le hizo saber su cometido, o en su caso se propiciara la presencia de un representante de los trabajadores, todo ello justifica la nulidad de las pruebas obtenidas de esa forma indebida y tal declaración de conformidad con el art. 11.1 LOPJ, cuando señala que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales, y del art. 90.1 del Texto Refundido de la LPL”.

¹¹⁹ En este sentido se pronuncia el TS en Sentencia del 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007,7514) y en SSTC nº 98/2000 de 10 de abril (RTC 98,2000) y nº 186/2000 de 10 de julio (RTC 186,2000).

¹²⁰ STSJ Castilla y León (Valladolid) de 8 de noviembre de 2004 (AS 2004,3073).

¹²¹ En este sentido se pronuncia la STC nº 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016, 39), FJ.5º y la STSJ de Murcia, de 22 de febrero (AS 2016, 279), FD.2º.

¹²² Art. 4.2.c) TRLET y art. 14 CE “principio de igualdad” como derecho fundamental.

¹²³ CALVO GALLEGU, F.J., op.cit., 2012, pág.3.

pertenezcan a la propia intimidad del trabajador¹²⁴. Trasladando esta conclusión a la actividad profesional propia que realiza el trabajador, el TEDH se pronuncia al respecto reconociendo, dentro de estas actividades, la existencia de otras que corresponden a la vida privada del trabajador¹²⁵. En este sentido se pronuncia el TS en su Sentencia de 26 de septiembre de 2007¹²⁶ donde se da respuesta a una serie de cuestiones que propiciaron la creación de los tres pilares centrales sobre los que se sostiene la doctrina del TS al respecto:

- 1º. No se puede aplicar analógicamente a este tipo de registro de ordenadores y de navegación de internet solo el art. 18 TRLET sino, también, las tres limitaciones que el precepto establece ya que hay que diferenciar entre lo que es un medio de producción, como es el ordenador, y una taquilla. Es por este motivo es por lo que, según determina la Sentencia, no es necesaria la presencia del trabajador durante el control ya que no sería necesario para respetar sus dignidad (art. 20 TRLET).
- 2º. El reconocimiento de la existencia de cierta tolerancia por el empresario en el uso de tales medios por parte del trabajador. Es decir, se le reconoce el derecho de uso al trabajador con fines sociales de los medios informáticos, uso que podría ser limitado mediante regulación bilateral, que no unilateral tal y como indica la Sentencia, ya que el trabajador debe de prestar su consentimiento.

¹²⁴ SSTSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2004 (AS 2004,443), de 23 de febrero de 2004 (AS 2004,444) y de 26 de agosto de 2004 (AS 2004,2513); STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2004 (AS 2004,2696); STSJ de la Comunidad de Madrid n. 33, de 18 de septiembre de 2002, (AS 2002,2828).

¹²⁵ En este sentido, la STEDH en el Asunto Rotaru contra Rumania, de 4 de mayo de 2000 (TEDH 2000, 130) indica al respecto lo siguiente: “*El Tribunal recuerda que el almacenamiento en un registro secreto y la comunicación de datos relativos a la «vida privada» de un individuo entran en el campo de aplicación del art. 8.1 (Sentencia Leander contra Suecia de 26 de marzo de 1987, serie A núm. 116, pg. 22, ap. 48). El respeto de la vida privada engloba el derecho del individuo de establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes; además, ninguna razón de principio permite excluir las actividades profesionales o comerciales de la noción de «vida privada» (Sentencias Niemietz contra Alemania de 16 de diciembre de 1992, serie A núm. 251-B, pg. 33, ap. 29 y Halford contra el Reino Unido de 25 de junio de 1997, Repertorio 1997-III, págs. 1015-1016, aptdos. 42-46).*” La misma conclusión se extrae en la STEDH en el Asunto Niemietz contra Alemania, de 16 diciembre de 1992 (TEDH 1992, 77): “*Parece, además, que no existe ninguna razón de principio para considerar esta forma de entender el concepto de “vida privada” como excluyendo las actividades comerciales o profesionales: después de todo, es en su trabajo donde la mayoría de las personas tiene muchas, incluso la mayoría de oportunidades para fortalecer sus vínculos con el mundo exterior. Un hecho señalado por la Comisión, lo confirma: en la actividad profesional de alguien, no siempre se puede desentrañar lo que entra dentro del ámbito profesional de lo que no. En especial, las tareas de un miembro de una profesión liberal pueden constituir un elemento de su vida en grado tan alto, que no podía decir en qué condición se encuentra en un momento dado.*”

¹²⁶ STS, de fecha 26 de septiembre (RJ 2007,7514) que resuelve recurso de casación por unificación de doctrina nº 966/2006.

3º. La existencia de regulación o directrices como elemento determinante para que el control empresarial realizado sea considerado legal o no y constitucional¹²⁷. De tal forma que, ante la inexistencia de este requisito, el control no podrá ser realizado ante la expectativa de privacidad generada por la propia inactividad empresarial aunque se pudiese aplicar perfectamente el «principio de proporcionalidad»¹²⁸.

MANTECA¹²⁹ se pronuncia respecto de las limitaciones a la facultad de dirección y control, y específicamente sobre la determinación realizada por el TS al considerar que existe una incidencia directa del aptdo. 3 del art. 20 TRLET sobre el uso del ordenador debiendo de preservar las siguientes garantías:

- a. Respecto a la facultad del empresario de vigilancia y control, se ha de guardar la consideración debida a la dignidad del trabajador, referido también de manera indirecta al derecho a la intimidad en los términos a que se refiere el Alto Tribunal.
- b. Respecto al grado de protección de la intimidad al que se refiere el art. 18.1 CE, determina el TS en dicha Sentencia¹³⁰, que este ha de ser compatible con los

¹²⁷ En este sentido, la STS de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011,7699) en su FD.4º indica lo siguiente: “A este respecto es necesario partir de lo dispuesto en el art. 20 ET, -no del art. 18- es decir: el derecho de dirección del empresario, que tiene la titularidad del medio de trabajo utilizado (en este caso un ordenador) para imponer lícitamente al trabajador la obligación de realizar el trabajo convenido dentro del marco de diligencia y colaboración establecidos legal o convencionalmente y el sometimiento a las órdenes o instrucciones que el empresario imparta al respecto dentro de tales facultades, conforme a las exigencias de la buena fe y, consecuentemente, la facultad empresarial para vigilar y controlar el cumplimiento de tales obligaciones por parte del trabajador, siempre con el respeto debido a la dignidad humana de éste (...)”. En la STC nº 186/2000, de 10 de julio de 2000, el TC determina que la empresa no puede realizar en el centro de trabajo intromisiones ilegítimas en la intimidad de los empleados al amparo del art. 20.3 TRLET debido al obligado respeto que ha de guardar a la intimidad personal del art. 18 CE. Según CALVO (CALVO GALLEGO, F.J., op.cit., 2012, págs.12-13), esta doctrina da un claro apoyo a la utilización de códigos y subcódigos de conducta en la regulación del uso de estos elementos en la realidad productiva de nuestro país. En esta Sentencia, se fomenta la presencia de estos códigos o subcódigos sobre el uso de estos elementos, y el poder establecer sus límites, exigencias y las posibilidades abiertas o no al trabajador en el uso privado de estos medios se convierte en elemento clave para determinar la legalidad tanto de su uso como del control que sobre ello se pudiera realizar.

¹²⁸ En el mismo sentido, la STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), sentencia núm. 346/2011 de 28 abril (AS 2011,1148) donde no se informó sobre ningún tipo de limitación o directrices en el uso de los medios informáticos a la trabajadora. El TC indica al respecto en su Sentencia nº 170/1987, de 30 de octubre, “que no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos «como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula» y es desde esta perspectiva desde la que ha de analizarse la vulneración de los derechos invocados por el recurrente”.

¹²⁹ MANTECA VALDELANDE, V., op.cit., 2008, págs.3-5.

¹³⁰ Al respecto, la Sentencia se refiere a los archivos temporales creados tras las visitas a páginas web indicando que suelen ser considerados más como rastros o huellas de la navegación realizada que como información de carácter personal guardados con carácter reservado. El TS los considera incluidos en el ámbito de protección de la intimidad personal, declarado así por el TEDH. A su vez, el TS en esta Sentencia considera que el trabajador no está desprovisto del derecho a la protección de la intimidad por

controles establecidos por la empresa sobre los ordenadores a los que nos referíamos anteriormente y que el propio TS equipara a las llamadas telefónicas y a otros medios, como pueden ser “*el correo electrónico y archivos personales del trabajador incluidos en el ordenador*”¹³¹.

Es por ello, por lo que consideramos que los arts. 18 y el 20.3 TRLET no son excluyentes entre sí y han de tenerse en cuenta de forma simultánea para el ejercicio de la facultad de control y vigilancia del empresario por las siguientes razones:

- a) El art. 20.3 por reconocer al empresario la facultad reconocida, en el desarrollo de lo dispuesto en el art. 38 CE, para adoptar las medidas de vigilancia y control que considere más adecuadas con el fin de verificar el cumplimiento contractual del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.
- b) El art. 18 por atribuir al empresario facultades excepcionales propias de la policía privada o policía empresarial.

En nuestra Constitución, el art. 18 CE garantiza aquellos derechos fundamentales implicados¹³² al limitar la facultad de control y vigilancia del empresario o al menos, lograr que la vulneración de estos derechos sean lo menos intrusiva posible. Este precepto no solo garantiza la defensa del honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos sino que “*invoca como «zona protegida» del abuso informático, el pleno ejercicio de sus derechos*”¹³³. Es en el derecho a la intimidad personal y familiar de los trabajadores donde tiene una mayor incidencia las TIC y su regulación.

5.2 EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

En nuestra CE no existe una definición del derecho a la intimidad personal por lo que la tendremos que obtener en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en

el mero hecho de que no exista una clave personal de acceso al ordenador y aunque este se encuentre en un despacho sin llave.

¹³¹ Según el autor, ejercer la protección de esta garantía sobre los archivos temporales sería más discutible al considerarlos más como «rastros» o «huellas de la navegación» que como «información de carácter personal» ya que, dichos archivos, constituirían un registro real de las visitas a internet que ha realizado el usuario del ordenador de la empresa y que quedan grabados en el mismo. A su vez, tenemos que recordar que tanto sobre las llamadas telefónicas como sobre el correo electrónico, recae la protección que confiere el secreto a las comunicaciones del art. 18.3 CE.

¹³² Derechos tales como el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (apdo.1 del art.), el derecho al secreto de las comunicaciones (apdo.3 del art.) y la limitación mediante Ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (apdo.4 del art.).

¹³³ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, págs.3-4.

aquellos tratados internacionales que haya suscrito España, como por ejemplo el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (arts. 8 y 10) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 7 y 8). Pero aunque la CE no la defina, no quiere decir que no la regule.

El derecho a la intimidad se regula en el art. 18.1 CE y está desarrollado por la LO 1/1982 que pretende la protección civil de los derechos de la personalidad cuya principal característica definitoria es “*su irrenunciable irrenunciabilidad*”¹³⁴ por ser un derecho inherente a la persona¹³⁵ cuya facultad más importante es la posibilidad de exclusión de los demás individuos no permitiendo la injerencia externa¹³⁶, tanto en la recogida intrusiva de información como en su divulgación ilegítima. Tenemos que decir sobre la intimidad que, aunque en la CE se regula y en la LO 1/1982 se desarrolla, ninguna nos ofrece una definición de la misma¹³⁷. A su vez, la intimidad guarda una cercana relación con la dignidad de las personas y los derechos inviolables inherentes al individuo que reconoce el art. 10.1 CE¹³⁸ y que pertenecen al grupo de principios generales que fundamentan el orden político y la paz social ya que, se tiene dignidad por el hecho de ser persona y, por lo tanto, se establece como un derecho superior y anterior a la CE.

El art. 7.1 de la LO 1/1982, considera como intromisión ilegítima¹³⁹ el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las

¹³⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, pág.6. O bien, tal y como establece el art. 1.3 LO 1/1982, es un derecho “*irrenunciable, inalienable e imprescriptible*” cuya renuncia se considerará nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el art. 2 de esta Ley.

¹³⁵ STC nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ.5º.

¹³⁶ STC nº 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988,231). El Tribunal determina que este derecho implica “*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana*”. En este sentido SSTC 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991,197); nº 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994,57); nº 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000,98); nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186); nº 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002,70); nº 218/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002,218) y nº 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003/127). SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, pág.9, define el derecho a la intimidad como el “*patrimonio moral interno de la persona que excluye la actuación externa de la misma, cuya natural publicidad enerva cualquier pretendida violación de aquel derecho*”.

¹³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: El control empresarial del correo tras la STC 170/2013. , nº 11/2014, 2014, pág. 7. [en línea]. [Consulta: 15/05/2016]. Recuperado de la base de datos de Aranzadi.

¹³⁸ SSTC nº 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003,127) y nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ.5º.

¹³⁹ En el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de la LO 1/1982, la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia con las limitaciones y especificidades en el establecidas.

personas en lugares de su vida privada o fuera de ellos (aptdo. 5), es decir, no se trata de prohibir su instalación sino su uso con una finalidad intencionada (aptdo. 2) y no amparada constitucionalmente con el objetivo de conocer aquellos aspectos privados o de la vida íntima de las personas, de sus manifestaciones y de aquellas cartas privadas no destinadas a quien haga uso de dichos medios. Es el aptdo. 5 de este artículo el que restringe aún más el uso de tales medios al prohibir la captación, reproducción o publicación en cualquier formato, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 de la misma Ley¹⁴⁰, de la imagen obtenida de la persona y de aquellas otras ajenas al círculo donde se desarrolla la actuación¹⁴¹. No quedarían integradas en esta categoría aquellas aplicaciones informáticas o similares que sirvan para poder leer los correos electrónicos por no ser su finalidad sino, la de disponer y utilizar un medio que permita comunicarse de forma rápida y económica. El art. 2.2 de la misma norma, nos indica que no existirá intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el trabajador preste su consentimiento o así se permita legalmente y siempre sujeto a criterios de proporcionalidad¹⁴². Ahora bien, sí existirá tal intromisión en el momento en el que el trabajador revoque su consentimiento (art. 2.3). Por todo lo expuesto, la LO 1/1982 no actúa como reguladora de la protección de la intimidad del trabajador en su actividad profesional o como limitadora del poder de organización y dirección del empresario, sino como suministradora de criterios interpretativos que nos ayudarán a distinguir la intromisión o injerencia ilegítima en el derecho a la intimidad, al honor o a la propia imagen¹⁴³.

¹⁴⁰ En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

¹⁴¹ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, págs.7-8.

¹⁴² En el mismo sentido MONEREO (MONEREO PÉREZ, J.L., op.cit. 2008, pág. 7: “sólo cuando medie consentimiento o se haya recabado la preceptiva autorización judicial conforme a criterios de proporcionalidad, se podrán conocer por terceros los aspectos relativos a la privacidad de las personas”. La STC nº 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016,39), FJ.3º indica que el consentimiento del trabajador pasa generalmente a un segundo plano por entenderse implícito en la relación contractual, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato (art. 10.3 b) del RD 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos).

¹⁴³ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, pág.7.

El TC define la intimidad como un concepto material, o como la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás¹⁴⁴ en contra de su voluntad. Este ámbito es necesario para mantener una calidad mínima de vida humana en nuestro entorno cultural, y debe ser respetado en el marco de las relaciones laborales donde es posible, en ocasiones, acceder a informaciones relativas a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden resultar lesivas para el derecho a la intimidad¹⁴⁵. Aunque las actividades realizadas durante las relaciones laborales son por sí mismas públicas, quedaría también prohibida cualquier tipo de intromisión en la intimidad de los trabajadores¹⁴⁶. Es así como lo interpreta el TC¹⁴⁷ que considera la posibilidad de la producción de intromisiones ilegítimas en aquellos lugares donde se desarrolla la actividad laboral. Como ejemplo, tenemos aquellas situaciones en las que se graban las conversaciones entre trabajadores o entre trabajador y cliente ya que son situaciones en las que pueden estar conversando sobre otras cuestiones distintas a las de la relación laboral. Son situaciones que el propio TC estima que pertenecen a la “*propia esfera de desenvolvimiento del individuo*”¹⁴⁸ y es por lo que determina que el derecho a la intimidad forma parte de la privacidad del trabajador y es ahí donde este derecho podrá ejercerse. Por todo ello, el TC rechaza que el lugar de trabajo, es decir, donde se desarrolla la actividad laboral, no sea un espacio donde el trabajador pueda ejercer su derecho a la intimidad. Sin embargo, este Tribunal considera que aquella conversación que se produzca en dicho espacio no estará amparada por el art. 18.1 CE por lo que la empresa, podrá acceder a ella, contrariamente de lo que ocurriría si dichas

¹⁴⁴ SSTC n° 98/2000, de 10 de abril; n° 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186); n° 10/2002, de 17 de enero (RTC 2002,10), FJ.5°; n° 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002,70), FJ.10°; n° 218/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002,218) y 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003,123), FJ.7°; n° 189/2004, de 2 de noviembre (RTC 2004,189), FJ.2°; n° 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013,170), FD.4° y n° 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016,39), FJ.5°.

¹⁴⁵ MANTECA VALDELANDE, V., op.cit., 2008, pág.3. En el mismo sentido se pronuncian en SSTC n° 142/1993 (RTC 1993,142); 98/2000 (RTC 2000,98); n° 186/2000 (RTC 2000,186) y n° 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016,39), FJ.5°.

¹⁴⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, pág.10.

¹⁴⁷ STC n° 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000,98).

¹⁴⁸ A modo de ejemplo, la STC n° 12/2012, de 30 de enero (RTC 2012,12) en su FJ.5° describe los siguientes: “*Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001 [TEDH 2001,552], P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57; y de 28 de enero de 2003 [PROV 2003,50030], Peck c. Reino Unido, § 58). Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad*”.

conversaciones se produjesen en aquellos espacios que para el trabajador tengan el carácter de «privado» como pueden ser los lugares de descanso y esparcimiento, los vestuarios, los servicios y otros análogos¹⁴⁹.

Sobre el «derecho a la intimidad», se pronuncia la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 630/2016, de 7 de julio de 2016¹⁵⁰, que resuelve recurso de casación por unificación de doctrina interpuesto por la empresa. Se trata de una trabajadora que fue despedida por motivos disciplinarios por incumplimiento de su obligación y por transgresión de la buena fe contractual al constatarse que consumía productos de la propia tienda durante el horario de trabajo aun conociendo fehacientemente la prohibición existente a través de las normas internas al respecto. La trabajadora considera que la captación de imágenes y su uso posterior trasgrede los derechos contenidos en el artículo 18.4 CE¹⁵¹ en relación con el art. 18.1 CE, relativos al «derecho a la intimidad», y de los arts. 55 TRLET y 108.2 LRJS. Aunque en un principio la Sentencia de instancia resuelve a favor de la misma, en suplicación sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en su Sentencia nº 2330/2014, de 30 de julio de 2014¹⁵², estima las alegaciones realizadas por la recurrente. Dicha sentencia, declara la nulidad del despido atendiendo a la doctrina de la STC nº 29/2013, de 11 de febrero de 2013¹⁵³ que considera “*nula toda sanción impuesta en base a una única prueba, lesiva de un derecho fundamental*” habiendo sido obtenida la prueba, sobre la que hablaremos más adelante, a través de las cámaras de video-vigilancia. El TSJ aprecia que dichas cámaras no solo grabaron la imagen de los trabajadores, que constituye un dato de carácter personal, sino que también, y como finalidad, sirvieron para realizar un control sobre el cumplimiento del contrato del trabajador en cuestión no habiendo sido comunicada dicha finalidad al trabajador, por lo que considera que se produce una vulneración del art. 18.4 CE. Sin embargo, el TS considera que “*la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos*

¹⁴⁹ STC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000,98), FJ.6º y nº 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016,39), FJ.4º.

¹⁵⁰ RJ 2016,4434.

¹⁵¹ Más reciente aún y en relación a este precepto, se pronuncia la STS de 15 de Septiembre de 2016 (JUR 2016, 212088) en un asunto donde se cuestiona la legalidad de la colocación de videocámaras en el centro de trabajo y la procedencia del despido basado en imágenes obtenidas gracias a ellas y que evidencian el incumplimiento sancionado. En este caso, al igual que ocurre en el que nos trae la STS nº 630/2016, de 7 de julio (RJ 2016, 4434), la empresa instala videocámaras y carteles que anuncian la medida adoptada en el momento de la instalación e indicando su verdadera finalidad. El Tribunal rechaza el recurso de casación por no estimar la existencia de contradicción ya que la resolución que se aporta, en relación con la recurrida, no trata sobre “*hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales*”.

¹⁵² AS 2014, 2330.

¹⁵³ RTC 2013, 29.

fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad” y entra a revisar los dos motivos del recurso. La empresa, debido al nivel de pérdidas desconocidas que se produjeron en el ejercicio instala cámaras en las zonas de trabajo y en la zona denominada de «reserva» destinada a almacén y donde fueron grabadas las imágenes que posteriormente utilizaron como prueba, no siendo instaladas en aseos, vestuarios y oficina. La empresa informa de dicha medida con carteles informando en el momento de su instalación. De acuerdo con este Tribunal, dicha instalación sugiere “*una finalidad protectora del patrimonio empresarial y la grabación de conductas que atenten contra esa finalidad*” como lo prueba la causa que impulsó su instalación. La Sala estima el motivo que afecta la admisibilidad de la prueba videográfica debido a que la empresa puso en conocimiento de los trabajadores su instalación, el tratamiento que en su caso pudiera darse a las imágenes obtenidas y, más sustancial para decidir sobre este asunto, la relevancia que dichos datos tendrían para el ejercicio de la potestad sancionadora de la empresa. Por lo tanto, declarada la validez de la prueba utilizada, declara la inexistencia de vulneración del «derecho a la intimidad» y, consecuentemente, proclamar la procedencia del despido.

El art. 18.1 CE, guarda relación con el art. 18 TRLET que garantiza la inviolabilidad de la persona del trabajador en la realización de registros sobre su persona, taquillas y efectos particulares siendo, tal y como hemos referido anteriormente, el art. 4.2.e) TRLET el que confiere al trabajador el derecho a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad¹⁵⁴. Por tanto, hay que distinguir dentro del ámbito laboral, entre aquella «parcela» perteneciente al ámbito de la vida privada¹⁵⁵, que es el espacio de intimidad personal y familiar, y entre aquella otra perteneciente al ámbito estrictamente laboral, es decir, aquella que integra los hechos que ocurren con ocasión de la actividad laboral y relativo a las relaciones sociales y profesionales¹⁵⁶. En consecuencia y refiriéndonos al TRLET, “*siendo la intimidad un aspecto de la dignidad, es claro que esta normativa ampara la esfera privada del*

¹⁵⁴ ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, pág.16-17.

¹⁵⁵ Así es como se pronuncia el TC cuando relaciona «intimidad» con «libertad y dignidad» de la persona en sus Sentencias nº 170/1987, de 30 de octubre; nº 142/1993, de 22 de abril y nº 186/2000, de 10 de julio (FD 6º): “*implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada*”.

¹⁵⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, págs.9-10.

trabajador”¹⁵⁷. Este derecho constituye entonces, la protección de una parcela que integra información sobre aquellos elementos que puedan indicar qué somos o qué hacemos y aquello que no queremos que sea conocido por los demás y caso de ser conocido, que no se difunda a terceros¹⁵⁸. Se trata además, tal y como establece el TC en su Sentencia nº 254/1993, de 20 de julio de 1993¹⁵⁹ y más reciente la nº 39/2016, de 3 de marzo de 2016 en su FJ.3º¹⁶⁰, de un derecho que garantiza al individuo «el poder de disposición» sobre sus datos y no solo sobre los de su propia «parcela» íntima o privada, sino que también garantiza al individuo el poder de control del uso y destino de sus datos personales que obren en poder de terceros para evitar un uso ilícito y lesivo para su dignidad y el derecho que pueda ser afectado¹⁶¹.

El TC en su Sentencia nº 99/1994¹⁶² indica que: “*El derecho a la propia imagen, consagrado en el art. 18.1 CE junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros*¹⁶³. Sólo adquiere así su pleno sentido cuando se le enmarca en la salvaguardia de «un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988 (LA LEY 1166-TC/1989), fundamento jurídico 3.)”. Esta Sentencia, nos trae un asunto en el que una empresa dedicada a la fabricación de jamón ibérico con denominación de origen, despidió a un trabajador por negarse a realizar el corte del jamón, dada su destreza,

¹⁵⁷ ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, pág.17.

¹⁵⁸ STC 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 170). SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, pág.4. Sobre esta parcela reservada, el autor detalla que elementos estarían incluidos además de las relaciones afectivas y/o sexuales: “*una esfera de confianza que comprende toda la información del sujeto, ligado a otros por lazos de afectividad o parentesco, o por razones religiosas, ideológicas, raciales o profesionales*”.

¹⁵⁹ RTC 1993,254.

¹⁶⁰ RTC 2016,39. FJ.3º: “*Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular*” [STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000,292), FJ 7].

¹⁶¹ El art. 7 LO 1/1982 prohíbe la injerencia ilegítima en la divulgación, revelación o publicación del contenido de las imágenes, grabaciones y escritos de cualquier índole que tengan un carácter íntimo u privado (aptdos. 3, 4 y 5).

¹⁶² SSTC nº 99/1994, de 11 de abril (LA LEY 13125/1994), FJ.5º; nº 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003,14), FJ.5º.

¹⁶³ En el mismo sentido, se pronuncia la STC nº 254/1993, de 20 de julio, (RTC 1993,254), en cuanto a la misión de protección que ha de cumplir el art. 18.1 CE frente a cualquier intromisión externa «no deseada» proveniente de terceros en la vida íntima y familiar.

durante la presentación del producto ante los medios de comunicación y Autoridades. El TC estima en esta Sentencia (FJ.7º) que un derecho fundamental del trabajador (art. 18.1 CE) especialmente vinculado con la tutela de su esfera íntima, no podía legitimarse con una sola orden, sino que además, debía demostrar la necesidad organizativa estricta al pretender que el trabajador despedido y no otro, pudiese cumplir con dicho cometido. Aunque también es cierto, que el derecho a la intimidad no es absoluto, tal y como sostiene el TC y el TS¹⁶⁴, al igual que no lo es el resto de los derechos fundamentales. No es absoluto debido a que permite su intromisión cuando se trata de salvaguardar intereses constitucionalmente relevantes o cuando dicha intromisión sea necesaria y proporcional con el fin legítimo perseguido pero también, cuando no transgreda el contenido esencial del derecho¹⁶⁵ por lo que podrá ceder “*ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionando para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho*”¹⁶⁶. Es precisamente por lo que acabamos de indicar y según MONEREO¹⁶⁷, por lo que se permitirá mediante la subsistencia de un contrato de trabajo, que un derecho fundamental inviolable “*dependa de lo dispuesto por la empresa*” en beneficio de su interés consagrado en el art. 38 CE haciendo caso omiso, continua este autor, de lo que supone la inclusión del derecho a la intimidad en la relación de trabajo como limitadora de la potestad discrecional del empresario y de esta forma, como “*garantía del ejercicio de otros derechos fundamentales*”¹⁶⁸.

La privacidad es algo distinta a la intimidad, siendo definida como el derecho individual, posiblemente fundamental, de una persona a decidir qué datos de su esfera personal desea proteger del conocimiento de terceros principalmente en el ámbito de la

¹⁶⁴ STS de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011,7699); SSTC: nº 170/2013 (RTC 2013,170), FJ 5.b; 186/2000 (RTC 2000, 186), FJ 5º; nº 57/1994 (RTC 1994,57), FJ 6º y nº 143/1994 (RTC 1994,143) FJ 6º, entre otras.

¹⁶⁵ SSTC nº 57/1994 (RTC 1994,57); nº 143/1994 (RTC 1994,143) y nº 39/2016 de 3 de marzo (RTC 2016,39), FJ.3º.

¹⁶⁶ STC 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002,70), FJ.10º.

¹⁶⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., op.cit. 2008, pág. 8.

¹⁶⁸ GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Cívitas, Madrid, 1988, pág. 21. STC nº 29/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 29), FJ 7º: “*esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental en su núcleo esencial*”. Así también, es como lo entiende VALDÉS DAL-RÉ, F. en su voto particular en STC nº 241/2012, de 17 de diciembre (RTC 2012, 241), donde indican que en la confrontación entre los intereses del empresario y entre los derechos fundamentales del trabajador, ha de prevalecer los del segundo.

informática y las nuevas tecnologías¹⁶⁹. Esta es una definición que, aunque muy parecida a la de “intimidad”, establece diferencias respecto a aquella en cuanto que constituye un segundo nivel de esta última pero más amplio y a su vez, con menor protección constitucional y conceptual¹⁷⁰. El TS recuerda que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos ya reconoce el derecho de cualquier persona a la vida privada y familiar y además, prohíbe la injerencia no prevista en la Ley y no justificada por razones de peso como pueden ser razones de seguridad, bienestar económico, la defensa del orden, prevención de infracciones penales, protección de la salud, la moral o de los derechos y libertades de los demás¹⁷¹. El TC en su intento de trasladar su doctrina¹⁷² al ámbito social, permite posibles injerencias en el ámbito del derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores en aquellos casos donde exista una resolución judicial. Dicha resolución, ha de estar motivada y además, cumplir con el «principio de proporcionalidad»¹⁷³, tal y como establece el aptdo. 4 del art. 90¹⁷⁴ de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS). Es por ello, por lo que el control sobre el uso privado de estos medios, aunque éste último fuese irregular, tendría que ser lo menos intrusivo y lo más respetuoso posible con el derecho a la intimidad del trabajador que procesa el art. 18.1 CE. Creemos entonces que, un acceso necesario a la información ha de guardar una serie de consideraciones para poder demostrar posteriormente su legalidad o ilegalidad¹⁷⁵:

¹⁶⁹ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, pág.5.

¹⁷⁰ ALVÁREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.: *La Defensa de la Intimidad de los Ciudadanos y la Tecnología Informática*, Ed. Aranzadi, 1996 y DAVARA RODRÍGUEZ, M.: *De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual*, Ed. Aranzadi, 1996, citados por SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, pág.5. Este autor indica que cualquier dato perteneciente a una persona por el simple hecho de ostentar su titularidad, puede ser incluido en su esfera de privacidad si así es exigido por la persona ya que, si individualmente no puede tener transcendencia, si puede determinar características del individuo al observarlo junto a otros datos

¹⁷¹ MANTECA VALDELANDE, V., op.cit., 2008, pág.3. El autor se refiere a la STS nº 966/2006 de fecha 26 de septiembre (RJ 2007,7514).

¹⁷² SSTC nº 207/1996, de 16 de diciembre, (RTC 1996,207), FJ.4º; nº 25/2005, de 14 de febrero, (RTC 2005, 25), FJ.6º; nº 233/2005, de 26 de septiembre, (RTC 2005,233), FJ.4º.

¹⁷³ CALVO GALLEGO, F.J., op.cit., 2012, pág.14. Aunque realmente (y refiriéndonos al asunto penal tratado en la STC 70/2002, de 3 de abril de 2002 [RTC 2002,70], FJ.10º), tal y como establece la STC nº 37/1989, de 15 de febrero (RTC 1989,37), no existe en la CE reserva absoluta en cuanto a la necesidad de una resolución judicial previa que autorice la actuación de las autoridades ya que no hay que descartar aquellas situaciones que con la correspondiente habilitación normativa por lo que tales actuaciones podrían ser establecidas por las autoridades competentes. En el mismo sentido se pronuncia la STC nº 115/2013, de 9 de mayo (RTC 2013,115), FJ.5º.

¹⁷⁴ Este aptdo. establece los elementos que configura el «Principio de Proporcionalidad», lo explicaremos más adelante.

¹⁷⁵ CALVO GALLEGO, F.J., op.cit., 2012, pág.13. STSJ de Andalucía de 9 de mayo (AS 2003,2840).

- a) No debe ser revelada a terceros aquella parte de la comunicación que no sea relevante a efectos profesionales o disciplinarios aunque se haya obtenido lícitamente.
- b) Es mejor prevenir que detectar y controlar, por ejemplo, estableciendo limitaciones de acceso a ciertas páginas¹⁷⁶.

5.3 EL CONTROL INFORMÁTICO Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA

Ya hemos hablado anteriormente sobre las limitaciones aplicables a la facultad de dirección y control del empresario que le confiere el art. 20 TRLET¹⁷⁷ pero según el TC, estas limitaciones no son aplicables al control que pudiera realizar la empresa sobre los medios informáticos facilitados a los trabajadores por considerarlos fuera del ámbito contractual. Es por este motivo, por lo que el TC establece una serie de obligaciones para el trabajador durante su prestación laboral y faculta al empresario para adoptar todas aquellas medidas que estime necesarias, con respecto a aquella, de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, y guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad.

Como hemos indicado, los medios informáticos son considerados como instrumentos de producción¹⁷⁸ que el empresario cede al trabajador para una finalidad concreta (producir, coordinar y garantizar la continuidad de la actividad laboral en los supuestos de ausencia de los trabajadores) y es por ello, por lo que puede ejercer la facultad de control sobre su uso para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador. Sin embargo, existe una perspectiva diferente que

¹⁷⁶ CALVO GALLEGO, F.J., op.cit., pág.13, 2012. El autor nos indica que además, es así como lo establece el Grupo de Expertos del art. 29 de la Directiva 1995/46/CE, de 24 de octubre, de “Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos” y también, la STS, de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007,7514)

¹⁷⁷ Al respecto se pronuncia entre otras, la Sentencia del TS de 26 de septiembre de 2007 (RTC 2007,7514) FD.3ª: “(...) *Por otra parte, con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del art. 18, pues incluso respecto a la taquilla, que es un bien mueble del empresario, hay una cesión de uso a favor del trabajador que delimita una utilización por éste que, aunque vinculada causalmente al contrato de trabajo, queda al margen de su ejecución y de los poderes empresariales del art. 20 del Estatuto de los Trabajadores para entrar dentro de la esfera personal del trabajador*”.

¹⁷⁸ STS de 26 de septiembre de 2007, FD.3ª: “*el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario «como propietario o por otro título» y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen.*”. También en este sentido, la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, FD.4º: “*A este respecto es necesario partir de lo dispuesto en el art. 20ET, -no del art. 18- es decir: el derecho de dirección del empresario, que tiene la titularidad del medio de trabajo utilizado (en este caso un ordenador) (...)*”.

considera los medios informáticos como algo más que meros instrumentos de trabajo ya que el uso injustificado de internet y del correo electrónico por parte del trabajador no determina su ilegalidad debido a la realidad social en la que vivimos. Una realidad, donde dichos medios forman parte de un esquema natural de comunicación básico y donde son utilizados para la propia socialización de la persona y para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Dos son los factores con los que se argumenta esta reflexión¹⁷⁹:

- 1º. El coste derivado del uso individualizado o privado del trabajador de estos medios. Habría que tener en cuenta la forma de conexión y el tipo de acceso a la red (ADSL o tarifa plana) aunque hoy en día, parece que carecería de un coste añadido para la empresa y más si tenemos en cuenta que el uso puede ser esporádico, puntual o excepcional sin que haya existido directrices del empresario o una respuesta apropiada en tiempo y forma del mismo.
- 2º. El uso personal que realice el trabajador de estos medios no ha de suponer una disminución en su obligación a una debida diligencia en su trabajo y de un incumplimiento de su contrato ya que, el trabajador puede hacer uso en los tiempos de descanso o en las «micropausas» fisiológicas de su actividad laboral¹⁸⁰.

Estos medios se diferencian de aquellos otros incluidos en el art. 18 TRLET por resultar cesiones de uso cuya finalidad es otra. Es por ello, por lo que el TC no encuentra aplicación directa o analógica de las condiciones incluidas en dicho artículo, ni identidad de razón en su regulación por lo que no cree que su control precise de una justificación por considerar que no contempla ninguna de las situaciones aludidas en el art. 20 TRLET¹⁸¹. Sin embargo, SUÁREZ¹⁸² nos indica que la justificación del control

¹⁷⁹ CALVO GALLEGO, F.J., op.cit., 2012, págs.3-4.

¹⁸⁰ ASSANTI-PERA: *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*. Cedam, Padova, 1972. El autor incide en la necesidad de admitir la existencia de “*los momentos de distracción y de inactividad que están naturalmente presentes en cualquier trabajo y que deben tolerarse porque la misma producción debe adecuarse a estos límites, que son los límites de aplicación del trabajo humano*”, citado por GOÑI SEIN, J.L., op.cit., 1988, pág.144. El TC ha reconocido la existencia de estas “micropausas” o periodos de “desconexión” al aplicar el principio de proporcionalidad a los medios de control establecidos por la empresa. En este sentido, STC nº 98/2000, de 10 de abril (RTC/2000/98), FD.9º: Ver ANEXO 8.3: (8).

¹⁸¹ MANTECA VALDELANDE, V., op.cit., 2008, pág.3.

¹⁸² SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, págs.8-9. Este autor, en el mismo sentido y respecto al ámbito del poder de dirección y control de la actividad laboral, considera que para que no se produzca afectación o responsabilidad derivadas del uso incorrecto de los medios telemáticos puestos a disposición de los trabajadores, el empresario necesitaría conocer las comunicaciones que realiza el trabajador durante su prestación laboral. CALVO GALLEGO, F.J., op.cit., 2012, págs.5-7, detalla los

del empresario sobre estos medios, la encontramos en el interés de preservar el sistema informático de aquellas afectaciones derivadas de determinados usos y, además, de liberar a la empresa de responsabilidades no deseadas frente a terceros.

El aptdo. 3 del Anexo del RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, exige expresamente que no deberá utilizarse ningún dispositivo cuantitativo o cualitativo de control sin que los trabajadores hayan sido informados y sin que se haya realizado la previa consulta con sus representantes, lo que equivaldría a una mayor protección en las comunicaciones inter-sindicales o de estas organizaciones con sus afiliados por lo que entraría en juego, en estos casos, los arts. 18 CE y el 28 CE. La relación que guarda el derecho a la intimidad que procesa el art. 18.1 CE con la informática, está en el propio objeto por el que se establece la protección de este derecho fundamental. El objeto al que nos referimos, es el de garantizar que no se use en la empresa la informática o sus aplicaciones para la recopilación de datos de carácter personal sin el consentimiento de los trabajadores evitando así la restricción de derechos fundamentales y la imposibilidad de su pleno ejercicio de acuerdo con la previsión del aptdo. 4 del art. 18 CE¹⁸³, debiendo de estar protegidas estas garantías mediante el dictado de las correspondientes Leyes Orgánicas¹⁸⁴.

Opinamos que es en el derecho de la intimidad donde el trabajador no podrá exigir el mismo respeto al utilizar un instrumento de la empresa en contra de las instrucciones y fuera de los controles establecidos por la empresa siempre y cuando, no se haya generado cierta tolerancia¹⁸⁵ a determinados usos personales de los medios informáticos por existir un hábito social generalizado, tal y como determina el TS en su Sentencia nº 966/2006, de 26 de septiembre de 2006¹⁸⁶. En este sentido, dicha Sentencia indica que

límites casuísticos extraídos de la doctrina de los Tribunales a los que podría acudir el empresario como justificativos del control que pudiera realizar: límites técnicos, daño o riesgo para los medios tecnológicos, eliminar un uso que produzca responsabilidades externas y aquel que suponga una violación de la buena fe contractual.

¹⁸³ En la STC nº 254/1993, de 20 de julio (RTC 1993,254), el TC determina que con la limitación del uso de la informática establecida en el art. 18.4 CE, se incorpora una nueva garantía constitucional frente a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad, a la libertad de la persona y a otros derechos de la persona, provenientes del uso ilegítimo del tratamiento de datos y que la Constitución llama “informática”. Concretamente en el caso que trata la Sentencia, estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad.

¹⁸⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, pág.5.

¹⁸⁵ STSJ de la Rioja, de 26 de mayo de 1998 (AS 1998,1413) y de 26 de mayo de 1998 (AS 1998,2670).

¹⁸⁶ RJ 2007/7514. Además, en esta Sentencia, el TS indica que la empresa no solo debe de establecer reglas sobre el uso de tales medios sino que además, el trabajador ha de ser informado sobre los controles

la existencia de instrucciones o regulación sobre su uso, no solo determina por sí misma la obligación del trabajador a cumplirlas, sino que el empresario ha de tener que comunicarlas «fehacientemente» al trabajador y demostrar la existencia de las mismas, ya que caso contrario, no existirá incumplimiento por parte del trabajador y, por lo tanto, el empresario no podrá acceder a los datos del correo electrónico del trabajador ni a los archivos temporales de internet por quedar éstos protegidos por el derecho a la intimidad¹⁸⁷. A colación, traemos la STSJ de Andalucía, de 25 de febrero de 2000¹⁸⁸, que resuelve un asunto donde el empresario realiza un registro en el ordenador del trabajador al sospechar que éste realizaba un uso personal del mismo. En dicho registro, descubre una carpeta llamada “pepote” creada para un uso personal y en consecuencia, impone una sanción al trabajador que fue impugnada por éste. El TSJ declara la violación al derecho de la intimidad del trabajador porque aunque considere el ordenador como una herramienta más de trabajo con finalidad estrictamente profesional, establece que el poder de «registro» del empresario no es absoluto sino que debe de estar sometido a las limitaciones del art. 18 TRLET¹⁸⁹. Con esto, el TSJ quiere decir que aunque los archivos que se encuentren en el ordenador no deben ser considerados como documentos personales, el art. 18 TRLET condiciona, en un primer momento, el registro que el empresario pudiera realizar al deber de demostrar por éste la necesidad del propio registro, es decir, que dicho registro sea indispensable para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa. Así, el TSJ equipara de esta forma los ficheros encontrados en el ordenador a los efectos personales que se pudieran encontrar en una taquilla.

SUÁREZ¹⁹⁰, contrariamente a lo que opina el TSJ, interpreta que en dicha Sentencia se confunden dos cuestiones diferentes: una, la idea de la existencia de una parcela de intimidad en cualquier objeto, equipo, programa, etc., utilizado por el

que se establezcan sobre su uso garantizando exclusivamente su efectiva y correcta utilización pudiéndose aplicar otras medidas al respecto de carácter preventivo.

¹⁸⁷ Así mismo, lo establece el TEDH en su Sentencia del 3 de abril de 2007 (TEDH 2007,23), caso Copland vs. Reino Unido: “Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal, las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales pueden incluirse en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» a efectos del art. 8.1 (Sentencias Halford [TEDH 1997, 37], previamente citada, ap. 44 y Amann contra Suiza [TEDH 2000, 87] [GC], núm. 27798/1995, ap. 43, TEDH 2000-II). Es lógico pues que los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo estén protegidos en virtud del art. 8, como debe estarlo la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet.”

¹⁸⁸ AS 2000,562.

¹⁸⁹ En este sentido se pronuncia la STSJ de Cantabria nº 175/2004, de 20 de febrero (AS 2004,443) y STS de 19 de julio de 1989 (RJ 1989,5878), FD 3º.

¹⁹⁰ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, pág.11.

trabajador en el centro de trabajo y otra, respecto al medio de prueba que puede utilizar el empresario a su favor para garantizar que tanto su patrimonio como el de los trabajadores no sea vulnerado por uno de ellos, tal y como indica el art. 18 TRLET. De esta forma, continua el autor, se está obligando a la empresa a permitir el uso con una finalidad personal de sus bienes y medios de producción a los trabajadores “*puesto que difícilmente la empresa va a poder probar la relación entre esa utilización y la pérdida de patrimonio empresarial*”. SUÁREZ¹⁹¹ además, relaciona el concepto de «privacidad» al de «intimidad» estableciendo la diferencia existente entre ambas. De acuerdo con este autor, la privacidad se constituye como un segundo nivel del círculo de intimidad del trabajador, pero más amplio y con menor protección constitucional y conceptual. Por tanto, continúa este autor, la privacidad en relación con la informática, relacionaría los apartados primero y cuarto del art. 18 CE al limitar el uso de la misma con el fin de garantizar el derecho a la intimidad de las personas.

5.4 EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES. CONTROL DE LOS MENSAJES ELECTRÓNICOS Y DE LAS LLAMADAS TELEFÓNICAS

Tal y como venimos comentando, debido a la intrusión de las TIC en las relaciones laborales y a la naturaleza que el empresario les confiere, nace en el empresario una necesidad de controlarlas pero, también de controlar aquellas comunicaciones, como pueden ser las realizadas mediante «sms» o «whatsapp», que el trabajador realice durante el desarrollo de su prestación laboral ya que dichas comunicaciones pueden tener contenidos con distinta finalidad, ya sea legal o ilegal, que pueden afectar a la empresa económicamente y poner en peligro su sistema informático o sus medios telemáticos. A su vez, el TC, debido a los continuos avances tecnológicos producidos en el ámbito de las telecomunicaciones y sobre todo en el uso de la informática, cree necesario conceptualizar nuevamente lo que tendríamos que entender por «comunicación» y preguntarnos cuál sería el nuevo objeto de protección del derecho fundamental del art. 18.3 CE¹⁹². Ahora bien, habría que definir cada una de las nuevas formas de comunicación por lo que pueden surgir numerosos problemas¹⁹³.

¹⁹¹ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, págs.5 que cita a ALVAREZ-CIENFUEGOS, J.M.: *La Defensa de la Intimidad de los Ciudadanos y la Tecnología Informática*, Editorial Aranzadi, 1996.

¹⁹² STC nº 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002,70), FJ.9º.

¹⁹³ SAIZ GARITAONANDIA, A.: Algunas notas sobre el secreto de las comunicaciones personales y la posible intervención de las mismas. *Civitas*, 2010, pág.2. [en línea]. [Consulta: 27/04/2016]. Recuperado de la base de datos de Aranzadi Social.

El art. 18.3 CE garantiza constitucionalmente el secreto de las comunicaciones y en especial, las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas¹⁹⁴. MARÍN¹⁹⁵ sostiene que aunque el derecho al secreto de las comunicaciones tiene como punto de partida una relación que lo une en su inicio a la noción de la intimidad, se puede decir que es un derecho autónomo e independiente al derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE. Añade además, que la jurisprudencia ordinaria, y en casos aislados la constitucional, sostiene que “*es un aspecto más dentro del derecho a la intimidad*” aunque a renglón seguido, lo considera como “*el fruto de una confusión, siquiera inconsciente, entre el ámbito de la comunicación considerada secreta y el ámbito de la intimidad*”¹⁹⁶. Entonces, considerando que es un derecho ligado estrechamente al derecho a la intimidad, se prohibiría su interceptación y el conocimiento antijurídico de aquellas comunicaciones ajenas por lo que “*el derecho posee eficacia erga omnes*”¹⁹⁷ prohibiendo de esta manera injerencias de terceros (ya sean públicos o privados) “*entre los que media el proceso de comunicación*” siendo indispensable entre estos “*para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado*” y no siendo extensible, de acuerdo con el TC¹⁹⁸, el secreto de las comunicaciones a aquellas realizadas entre el emisor y el receptor por lo que cualquiera de ellos, podrían hacer público el contenido de la misma.

¹⁹⁴ SAIZ GARITAONANDIA, A., op.cit., 2010, pág.1. Este autor indica que el TC entiende que la libertad de comunicación es inherente a este precepto estableciendo expresamente el secreto de las mismas. La STC nº 123/2002, de 20 de mayo (RTC 2002,123), establece aquello que se puede considerar como «comunicación»: “*cualquier proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico*”, “*cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas*” y “*con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión –eléctrico, electromagnético u óptico, etc...- de la misma*”. Quedan por tanto incluidos dentro de esta definición aquellos medios de comunicación que utilicen las líneas telefónicas como es el caso de la terminal de un ordenador, de acuerdo con MARTÍN (MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid: Civitas, 1995, citado por ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, págs. 20-21). Por lo tanto, según ROQUETA (ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, págs. 21-22), se incluirían también los mensajes transmitidos a través de la red informática mediante el correo electrónico. La misma conclusión se extrae de la STC nº 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002,70), FJ.9º. Además, es una protección especial constituida por la reserva de Ley Orgánica del art. 81.1 CE, recurso preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y acceso al recurso de amparo ante el TC (SAIZ GARITAONANDIA, A., op.cit., 2010, pág.1).

¹⁹⁵ RODRIGUEZ RUIZ, B.: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, citado por MARÍN ALONSO, I., op.cit. 2005, págs.115-116.

¹⁹⁶ BALAGUER CALLEJÓN, F.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas, 1995 citado por MARÍN ALONSO, I., op.cit. 2005, pág.116. En este mismo sentido se pronuncia SAIZ (SAIZ GARITAONANDIA, A., op.cit., 2010, págs. 1-2) que no considera el derecho al secreto de las comunicaciones como un aspecto específico más del derecho a la intimidad ya que, ambos se constituyen como derechos con sustantividad propia y respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, con una protección específica y diferenciada del derecho a la intimidad.

¹⁹⁷ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, págs.7-8. A esta conclusión también llega el TC: SSTC nº 34/1996, de 11 de marzo (RTC 1996,34); nº 127/1996, de 9 de julio (RTC 1996,127) y nº 70/2002, de 3 de abril (RTC 2000,70).

¹⁹⁸ STC nº 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984,114), FJ 7º.

Entonces, en un principio, tendríamos que hacernos una pregunta: ¿qué podríamos considerar como «comunicaciones»? El TC en su Sentencia nº 123/2002, de 20 de mayo de 2002¹⁹⁹, las define como “*cualquier proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico*”, “*cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas*” y “*con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión – eléctrico, electromagnético u óptico, etc...- de la misma*”. De acuerdo con esta definición, quedaría por tanto incluidos aquellos medios de comunicación que utilicen las líneas telefónicas como es el caso de la terminal de un ordenador²⁰⁰, y por lo tanto, se incluyen los mensajes transmitidos a través de la red informática mediante el correo electrónico. Así es como lo podemos extraer de la reflexión que realiza el TC en su Sentencia nº 70/2002, de 3 de abril de 2002²⁰¹: “*Ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE*”. El TC concluye definiendo las telecomunicaciones como «*los envíos que puedan hacerse a través del servicio postal de correos y, por extensión, a través de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios*» (FJ.9º). Claro que no solo las comunicaciones definidas como tales por el TC estarían dentro del ámbito de protección del art. 18.3 CE sino que también, los ficheros de textos, imágenes o sonidos adjuntos a los mensajes de correo electrónico por formar parte de los mismos y siempre que dichas comunicaciones se efectúen a través de «canales cerrados»²⁰² de comunicación y «sin publicidad». De acuerdo con lo expuesto, quedarían fuera del ámbito de protección del precepto constitucional los chats, las comunicaciones por radio y los foros de discusión debido al carácter público adquirido

¹⁹⁹ RTC 2002,123.

²⁰⁰ MARTÍN MORALES, R.: El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones. Madrid, 1995, citado por ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, pág.21.

²⁰¹ RTC 2002,70.

²⁰² De acuerdo con la STC nº 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013,170), AH.9º, el «canal cerrado» es aquel que solo es accesible para aquellas personas de las que se pretende que intervengan en la comunicación, y por lo tanto, quedaría fuera del control e inspección de terceros existiendo, por tanto, una «expectativa razonable de intimidad y de confidencialidad». Todo lo contrario es lo que establece como «canal abierto», el cual, en el asunto que resuelve, es aquel canal que está sujeto a la inspección y control de la empresa, por lo que quedaría descartada la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones.

debido a la libre accesibilidad de tales comunicaciones por parte de cualquier usuario²⁰³. En este sentido se pronuncia SAIZ²⁰⁴, cuando indica que la protección constitucional al secreto de las comunicaciones de aquellas indicadas en el art. 18.3 CE, que sin excluir otras formas de comunicación, no supone un «numerus clausus» ya que realmente lo que se protege es el «secreto» de la comunicación.

Una vez concretado lo que entendemos por «comunicación», definiremos el concepto de «secreto» al que alude el art. 18.3 CE por lo que de inicio, diremos que estamos hablando de un principio de un bien constitucionalmente protegido. La STC nº 70/2002²⁰⁵, anteriormente citada, indica en su FJ. 9º que “«El concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado»” incluyendo también en el ámbito de su protección, y refiriéndose al contenido de la comunicación, “*otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales*”²⁰⁶. Además, en su FJ.3º indica que «*el concepto de secreto... no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales*». Extraemos pues de este concepto, que confiere una protección al ámbito de la vida del individuo frente a la injerencia externa y que además, “*unido al término de «comunicaciones», añade al individuo la trascendente capacidad de controlar el acceso a ellas por parte de terceros*”²⁰⁷. Es por lo expuesto por lo que a su vez, tal y como venimos indicando, se prohíbe su interceptación, lo que también supondría la captación de otra forma del proceso de comunicación o aprehensión física del mensaje con conocimiento o no del mismo. No solo se va a prohibir la interceptación, sino también el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas como por ejemplo, la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, tal y como determina la citada Sentencia. Claro que una vez finalizado el proceso de comunicación, la propia

²⁰³ MARÍN ALONSO, I., op.cit., 2005, págs.148-149.

²⁰⁴ SAIZ GARITAONANDÍA, A., op.cit., 2010, pág.2.

²⁰⁵ En el mismo sentido, SSTC nº 114/1984, de 29 de noviembre, FJ.7 (RTC 1984,114) y nº 34/1996, de 11 de marzo, FJ.4 (RTC 1996,34).

²⁰⁶ En el mismo sentido STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, FJ.7º (RTC 1984,114). En este sentido, SAIZ GARITAONANDIA, A., op.cit. 2010, en referencia a la conclusión del TC que establece la necesidad de concretar los elementos incidentales de la comunicación protegidos por este derecho.

²⁰⁷ RODRIGUEZ RUIZ, B.: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, citado por MARÍN ALONSO, I., op.cit., 2005, pág.120. En este sentido se pronuncia la STS de 19 de julio (RJ 1989,5878), F.J.3º.

comunicación deja de estar tutelada por el art. 18.3 CE pasando a estar protegida por aquellas normas que protegen el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE y demás derechos²⁰⁸. En este sentido, ROQUETA²⁰⁹ añade al respecto que deben de existir indicios o evidencias externas suficientes que nos haga saber que estamos ante una comunicación considerada como «secreta»²¹⁰ de las que protege el precepto ya que de lo contrario, tal y como establece la Sentencia, estaríamos ante «efectos personales» del individuo²¹¹ y por lo tanto, al amparo del art. 18.1 CE.

Si trasladamos al ámbito laboral el concepto de «secreto», recordaremos que ya diferenciábamos dos sub-ámbitos dentro de éste ámbito, uno perteneciente a la esfera privada del trabajador y el otro, perteneciente a la esfera estrictamente laboral. Una vez dicho esto, y de acuerdo con MARÍN²¹², es indiferente distinguir la esfera a la que pertenecen las comunicaciones realizadas por el trabajador a efectos de permitir su acceso fundamentado en el poder conferido al empresario mediante el art. 20 TRLET sin ser motivo suficiente, tal y como indicábamos anteriormente, que el empresario sea el titular de las TIC o que exista un riesgo derivado de su mal uso o de un uso indebido que genere un sobrecoste, dañe sus medios telemáticos, incremente el tiempo no dedicado a la prestación laboral o que genere responsabilidades ajenas no deseadas frente a terceros, ya que para el TC, *“tan protegidos están los mensajes personales como los de cualquier otra naturaleza”*²¹³. Es más, conforme a esta autora, el empresario tendría que estar obligado a salvaguardar el derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa utilizando e insertando en su sistema informático todo aquello que sea necesario y suficiente para evitar la violación de este derecho fundamental, como por ejemplo instalar una clave de acceso para poder leer los mensajes de los correos electrónicos. Aunque también, y muy acertadamente, esta autora establece la existencia de otras posibilidades que van a permitir un control empresarial sobre el trabajo sin que suponga una vulneración de derechos

²⁰⁸ SSTC nº 123/2002, de 20 de mayo (RTC 2002,123) y nº 56/2003, de 24 de marzo (RTC 2003,56).

²⁰⁹ ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, pág.24. En este sentido, Auto del TC nº 30/1998, de 28 de enero (RTC 1998,98); STC nº70/2002, de 3 de abril (RTC 2002,70).

²¹⁰ En este sentido, la STC nº 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013,170), en su FJ.4, establece que *“Queda fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta”*.

²¹¹ Conclusión a la que llega el TC respecto de un asunto de tráfico de drogas, al considerar que no se puede entender como «carta» las hojas de papel que estaban en el interior de una agenda ya que no estaban dentro de un sobre.

²¹² MARÍN ALONSO, I., op.cit., 2005, pág.141.

²¹³ SAP de Barcelona, de 31 de julio de 1988²¹³.

fundamentales y por lo que no será necesario acceder al texto del mensaje enviado para constatar la existencia de incumplimiento laboral por parte del trabajador. Entre ellas indica las siguientes: prestar atención al o a los destinatarios del correo, al asunto del mismo, el tiempo de conexión, etc.

5.4.1 EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN

Las comunicaciones pueden realizarse a través de medios telefónicos (llamadas telefónicas), de medios de información o a través de mensajes electrónicos. Es sobre el control de estas vías o medios de comunicación sobre los que habría que establecer unos límites al poder de dirección de la empresa refiriéndonos específicamente a las facultades control y vigilancia. Pero, en aquellos casos en los que para la realización de la prestación laboral sea necesario el uso de estos sistemas de comunicación o medios de información de titularidad empresarial, incluyendo las cuentas de correo electrónico corporativo o de empresa, puestos a disposición de los trabajadores, consecuentemente habría que fijar una frontera respecto a la intimidad de los trabajadores y el secreto a las comunicaciones que el empresario no podría rebasar.

Respecto a la «navegación» por internet, consideramos que no estaría al amparo del art. 18.3 CE²¹⁴ ya que en estos casos no existe un proceso de comunicación entre personas como ocurre en las comunicaciones realizadas a través de los correos electrónicos y por suponer, además, que la navegación se trata de un acceso a una información o a unos conocimientos que un tercero ha puesto a disposición de todo aquel que la pretenda por lo que su elección y consulta es libre. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han abordado esta cuestión y concluyen indicando que dependerá de una serie de circunstancias por las que se determinará la existencia o no de la infracción del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores, unos considerando si los datos de las llamadas telefónicas y de los mensajes electrónicos son externos o no²¹⁵, y otros, dando mayor importancia a la titularidad de los medios utilizados. Es por ello, partiendo de la consideración de que la

²¹⁴ STSJ de Cataluña, de 16 de septiembre de 2002 (AS 2637,2002).

²¹⁵ En la STC nº 170/2013, de 7 de octubre, en su FJ.4º encontramos la misma conclusión: “*Se excluye la protección constitucional de comunicaciones abiertas, que se realizan en un canal del que no puede predicarse su confidencialidad*”.

titularidad de los medios la ostenta el empresario²¹⁶, tendríamos que distinguir tres supuestos de hecho que se pudieran producir:

- a) Cuando la empresa restrinja el uso del teléfono y de las cuentas de correo electrónico corporativo exclusivamente para la realización de la actividad profesional prohibiendo un uso personal.
- b) Cuando la empresa facilita al trabajador al menos dos teléfonos y dos cuentas de correo electrónico corporativo, uno de ellos destinado al uso personal.
- c) Cuando la empresa facilita un solo teléfono y una sola cuenta de correo electrónico corporativo y permite su uso indistinto.

En el primer supuesto, el acceso a las comunicaciones puede colisionar con el derecho a la intimidad del trabajador pero no con el derecho al secreto de las comunicaciones²¹⁷ aunque, también suele suceder que la empresa no haya impuesto condiciones de uso sobre estos medios al entender que existe una prohibición tácita del uso personal al no existir una autorización expresa²¹⁸. La STC nº 170/2013 de 7 de octubre de 2013²¹⁹ establece que, si los medios son propiedad del empresario y si los trabajadores han sido informados fehacientemente sobre las normas de uso de estos instrumentos de trabajo y sobre la posible fiscalización que el empresario pueda realizar de las comunicaciones, no le hará falta a este último una autorización del trabajador ni tampoco una autorización judicial para poder acceder a tales comunicaciones, ya que de lo contrario, se produciría una lesión de estos derechos²²⁰. En estos casos, según la STSJ

²¹⁶ ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, pág.74-80. Al respecto se pronuncia la STSJ de Galicia, de 21 de noviembre de 2003 (JUR 2004,57945), FD.3º. También la STC nº 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013,170), que en su FJ.4º indica al respecto, haciendo referencia a la STC nº 241/2012, que dentro de las facultades de autoorganización, dirección y control del empresario, es admisible la regulación del uso por parte de los trabajadores de los medios informáticos de titularidad empresarial así como, la facultad empresarial de control y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones relativas a su uso y siempre con el debido respeto a los derechos fundamentales.

²¹⁷ ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, p.71-80. En el mismo sentido, se pronuncian las SSTSJ de Cataluña nº 5886/2000, de 5 de julio (AS 2000,3452), FD.3º; de Andalucía nº 1619/2003, de 9 de mayo (AS 2003,2840), FD.5º; de Cantabria nº 973/2004, de 26 de agosto (AS 2004,2513); de Cataluña nº 7692/2004, de 4 de noviembre de 2004 (JUR 2004,16535), FD.4º; de Madrid nº 415/2005, de 31 de mayo (TOL 669.413) FD.1º.

²¹⁸ SSTSJ de Galicia, de 4 de octubre (AS 2001,3366), FJ.2º; de Andalucía nº 1619/2003, de 9 de mayo (AS 2003,2840), FJ.5º; y de Cataluña, de 6 de junio (AS 2003,2272), FD.3º.

²¹⁹ RTC 2013,170.

²²⁰ En este mismo sentido, se pronuncia la STC nº 241/2012, de 17 de diciembre (RTC 2012,241), que examina los dos elementos fácticos que considera garantes de la protección del derecho del art. 18.3 CE sobre las comunicaciones frente a la intervención empresarial: “1) el ordenador era de uso común para todos los trabajadores de la empresa; y 2) la empresa había prohibido expresamente a los trabajadores instalar programas en el ordenador, prohibición ésta que en modo alguno aparece como arbitraria en tanto que se enmarca en el ámbito de las facultades organizativas del propio empresario.”. En el primer

de Cataluña nº 7692/2004, de 4 de noviembre de 2004²²¹ en su FD.4º, la autorización del trabajador se entenderá implícita, si ha sido debidamente informado de la posibilidad de dicho control. Claro que si los derechos del art. 18 CE en este supuesto, es decir, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador, no son absolutos, creemos que tampoco se puede entender como absoluto el derecho del empresario al uso de su facultad de control y vigilancia²²² y por lo tanto, del derecho a la fiscalización del que venimos hablando, esto es en conjunto, y tampoco de hacer un uso indiscriminado y con carácter universal de los controles preventivos²²³ ya que habría que tener en cuenta diversos factores, como las condiciones de puesta a disposición a los trabajadores de estos medios, “*la atribución de espacios individualizados o exclusivos*”²²⁴, el momento en que se produce el uso indebido de tales medios, su duración, etc. La STSJ de Galicia, de 4 de octubre de 2001²²⁵ en su FJ.2º, se pronuncia respecto a hechos que ocurren en horario de trabajo: acceso a internet de la empresa a través de un terminal de la empresa, con independencia de la tarifa de servicio de internet contratada, para asuntos personales y en un gran número de ocasiones. El Tribunal determina que el trabajador ha transgredido la buena fe que ha de mediar en la relación contractual por lo que supone además, la existencia de un abuso de confianza del mismo considerando como no transgredido el derecho de la intimidad personal del trabajador, en este caso por acceder “*a las direcciones de quien se supone que no debería efectuar comunicaciones ajenas a las propias de su cometido profesional*”. Ahora bien, la renuncia voluntaria realizada del trabajador al derecho del secreto de las comunicaciones o a otros derechos fundamentales durante la vigencia del contrato, pensamos que no ha de entenderse

supuesto, al ser de uso común, el Tribunal determina que es motivo suficiente para que “*la pretensión de secreto*” carezca de “*cobertura constitucional*” y por la falta de condiciones que se han de dar para ello. En el segundo supuesto, al no existir un permiso expreso para la instalación de programas y al uso personal del ordenador, determina que “*no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial*”. Es por ello por lo que el Tribunal concluye que no estamos ante la vulneración de este derecho “*por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta*”. En el mismo sentido las SSTEDH: de 3 de abril de 2007 (TEDH 2007, 23), caso Copland c. Reino Unido, de 25 de junio de 1997 (TEDH 1997, 37), caso Halford c. Reino Unido, y 16 de febrero de 2000 (TEDH 2000,87), caso Amann c. Suiza, equipara las llamadas telefónicas realizadas desde los despachos profesionales a los correos electrónicos. El TEDH determina que dichas llamadas pertenecen a la esfera de la «vida privada» y de «correspondencia» a efectos del art. 8 del Convenio de protección de los derechos y de las libertades fundamentales.

²²¹ JUR 2004,16535.

²²² STS, 7 de marzo de 2007 (RJ 2007,2390), FD.5º.

²²³ ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, pág.72.

²²⁴ STC nº 241/2012 (RTC 2012,241), FD.5º. Ver ANEXO 8.3: (10).

²²⁵ AS 2001,3366.

como absoluta ni ilimitada²²⁶, en tanto que es necesario que el empresario demuestre la existencia de indicios de un uso inadecuado o prohibido que suponga un incumplimiento contractual y que posibilite el uso de su facultad de control y vigilancia²²⁷.

En el segundo supuesto, es decir, cuando el empresario ha puesto a disposición del trabajador al menos dos medios de comunicación, uno para su uso profesional y otro para su uso personal, estaremos ante diferentes situaciones: caso que el trabajador realizase las comunicaciones a través de los medios dispuestos para uso profesional, el empresario podrá auditarlas²²⁸. Caso contrario sería lo que ocurriría si el trabajador utilizase para sus comunicaciones personales los medios destinados precisamente para su uso personal por lo que dichas comunicaciones estarían entonces al amparo del derecho al secreto de las comunicaciones. Tenemos que recordar que cualquier control que sirva para la interceptación o aprehensión de las comunicaciones está totalmente prohibido por suponer una violación del art. 18.3 CE a no ser que exista una autorización de los comunicantes o bien, una autorización judicial²²⁹. En el tercer supuesto, es decir, la empresa proporciona un solo teléfono y una sola cuenta de correo electrónico para un uso indistinto, la empresa podría además proporcionar sistemas en los que el trabajador previamente, pudiera indicar el carácter de la llamada o de la comunicación, es decir, personal o privada, o bien que automáticamente sea identificado dicho carácter mediante el uso de algún tipo de software.

²²⁶ SSTC nº 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985,88), FJ.2º y nº 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013,170), FJ.3º.

²²⁷ ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, págs.72.

²²⁸ SJS de Barcelona, de 10 de septiembre (AS 2776,2001), FD.5º. El juzgador determina que al existir previo conocimiento y consentimiento del trabajador de los medios de control instalados por el empresario, no es aplicable el art. 2 LOPD, además, indica que esta LO es precisamente el desarrollo de la un precepto de la CE.

²²⁹ En el mismo sentido se pronuncia la STC nº 241/2012, de 17 de diciembre (RTC 2012,241). ROQUETA BUJ, R., op.cit., 2005, págs.70-80, añade además que está prohibida la contratación de investigadores con el objeto de obtener las direcciones de correo electrónico de sus trabajadores y acceder a su contenido cuando éstas cuentas tengan un carácter personal y privado y no hayan sido proporcionadas por la empresa.

5.4.2 LA INTERCEPTACIÓN DEL CORREO ELECTRÓNICO

Respecto al correo electrónico, SUÁREZ²³⁰ establece dos cuestiones importantes que deberíamos de abordar a la hora de valorar si existe infracción constitucional en el acceso al correo electrónico de los trabajadores que realiza el empresario:

- 1º. Si el acceso al programa de correo electrónico supondría un acto de violación de los derechos fundamentales del trabajador, es decir, del derecho a la intimidad, a la inviolabilidad de las comunicaciones, al honor y a la imagen.
- 2º. Si el empresario debería de guardar alguna cautela en el acceso a la información, caso que pudiera acceder, o si tendría facultad de poder acceder en cualquier momento a dicha información. Claro que, caso de suponer una violación de los derechos fundamentales del trabajador anteriormente aludidos, no tendría sentido esta segunda cuestión.

De esta forma, establece estas cuestiones como punto de partida de una controversia suscitada al respecto. Por un lado, indica que diversos Tribunales españoles no permiten la utilización particular de los medios telemáticos sin la autorización de la empresa la cuál fundamenta esta limitación de uso en la posible y consecuente pérdida de productividad. La productividad se configura como la finalidad por la que dichos medios se han puesto a disposición del trabajador y es por ello, por lo que la empresa podrá acceder y leer dichos mensajes sin que se produzca una violación de los derechos fundamentales del trabajador adoptando, caso de sancionar o despedir a éste basándose en mensajes leídos, aquellas medidas garantes de los derechos laborales marcados por el art. 18 TRLET y aquellas otras medidas que validen jurídicamente las pruebas necesarias para justificar la sanción o el despido. Por otro lado, este autor añade además, que el acceso al ordenador del puesto de trabajo y el acceso al correo electrónico por parte del empresario, significa la sumisión del trabajador al poder de control y vigilancia del empresario. De acuerdo con otros autores, este control ha de estar sometido a unas reglas o normas que garanticen los derechos de los trabajadores en el momento de producirse el registro además de tener que haber sido acordadas mediante Convenio

²³⁰ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit. 2001, pág.2.

Colectivo²³¹ ya que caso contrario, es decir, caso que no exista regulación o esta sea incompleta o incorrecta, habría que estudiar individualmente cada caso para concluir:

- a) Si existe legalidad o no en el ejercicio de control y vigilancia del empresario.
- b) Si existe vulneración, por parte del trabajador, de la exigencia de la buena fe, del deber de diligencia y de colaboración en el trabajo, además de incumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales.

Tal y como venimos indicando, el ordenador es una herramienta más de trabajo y por lo tanto, también lo es todo programa en él instalado. De esta forma, consideramos que el correo electrónico de la empresa, ya sea como programa instalado o como acceso directo al programa que accede a dicho servicio, es una herramienta más que el empresario pone a disposición del trabajador para optimizar su labor y conseguir un mayor beneficio. El trabajador, por tanto, tiene que respetar las reglas o las órdenes que haya impartido el empresario para su uso durante su actividad laboral en cumplimiento con el art. 18 TRLET y a su vez, actuar conforme al principio de la buena fe²³², siendo este principio aplicable a ambas partes, y con la debida diligencia, tal y como establece el art. 20 TRLET. Aunque tales reflexiones no son motivo suficiente para poder invadir ilícitamente el derecho a la intimidad del trabajador. Siguiendo a MARÍN²³³, a menos que exista una resolución judicial “*sometida a los principios de legalidad, proporcionalidad y motivación razonada y suficiente*”, “*independientemente de la tecnología empleada o de la naturaleza privada o profesional de la comunicación*”, la fiscalización de las comunicaciones de los trabajadores, colisiona con el derecho fundamental del art. 18.3 CE. La doctrina del TS considera que tanto el ordenador como los programas instalados, caso del correo electrónico, forman parte del círculo de

²³¹ El TRLET en su art. 20.3 establece varias posibilidades: disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres.

²³² La STSJ de Madrid nº 721/1998, de 16 de octubre de 1998 (AS 1998,3780), estima la procedencia del despido disciplinario basado en la transgresión de la buena fe contractual y en el abuso de confianza por «*haber utilizado el PC para asuntos y negocios particulares, para lo cual el actor almacenaba correspondencia y otra documentación particular en el equipo informático asignado*», durante la jornada laboral y además, visitando páginas de internet no relacionadas con su trabajo. En el mismo sentido: STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) nº 9382/2000, del 14 de noviembre (AS 2000,3444), que estima la procedencia del despido de un trabajador que utilizó el correo electrónico en horario de trabajo, con los medios propios de la empresa y para fines personales ajenos a los de la empresa; STSJ de Murcia nº 606/1999, de 15 de junio de 1999 (AS 1999,2504), que también estima como procedente el despido por «*deslealtad y abuso de confianza respecto a la empresa y a sus clientes*» en un asunto en el que el actor realiza trabajos durante su situación de baja además de utilizar para uso particular material informático propiedad de la empresa.

²³³ MARÍN ALONSO, I., op.cit., 2005, pág. 204.

intimidad del trabajador aunque se puede dar el caso, como se determina en la STC n° 186/2000, de 10 de julio de 2010²³⁴, en el que el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones no serán vulnerados mientras no exista correspondencia privada entre particulares tal y como hemos indicado anteriormente. De acuerdo con SUÁREZ²³⁵, parte de la doctrina determina que el hecho de leer los mensajes de los correos electrónicos de los trabajadores se considerarán asimilados a los registros contemplados en el art. 18 TRLET, es decir, a aquellos realizados a las taquillas y a los efectos personales de los trabajadores, por lo que deberían de seguir sus mismas directrices y por lo tanto, cumplir con sus garantías o con aquellas otras garantías estipuladas convencionalmente como pueden ser:

- a) Que exista necesidad de realizar el registro basada en la protección del patrimonio empresarial y/o de los demás trabajadores.
- b) Que el registro se realice dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo.
- c) Que durante el registro se cuente con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

Según lo expuesto, una vez establecidas las limitaciones de uso de estos medios impuestas por el empresario por norma o acuerdo e informado fehacientemente al trabajador de tal extremo, éste último no podrá alegar la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pero siempre teniendo en cuenta los matices y condicionantes de cada caso, por no extenderse las exigencias del art. 18.3 CE al empresario ya que, por la naturaleza de las mismas, su acceso no está vedado y por lo tanto, no serían secretas para el empresario²³⁶ caso que el trabajador utilizara dichos medios en nombre y representación del empresario como titular de los mismos. En estos

²³⁴ RTC 2000,186.

²³⁵ SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., op.cit., 2001, pág. 10.

²³⁶ SSTEDH de 24 de abril de 1990 (TEDH 1990,1) caso Kruslin y caso Hoving contra Francia; Más reciente, STEDH de 12 de enero de 2016, caso Barbulescu contra Rumania (TEDH 2016,1). En este caso, el Tribunal reconoce que aunque haya existido una intromisión en el derecho del demandante al respeto a la vida privada y a la correspondencia particular, no se ha vulnera el art. 8 de la Convención debido a que la vigilancia del empresario fue limitada en su alcance y proporcionada: “A la vista de estas consideraciones, el Tribunal llega a la conclusión de que no hay elemento alguno en el presente asunto que indique que las autoridades nacionales incumplieran su obligación de establecer un equilibrio adecuado, dentro de su margen de apreciación, entre los intereses del empleador y el derecho del demandante al respeto de su vida privada en virtud del art. 8”.

casos, el empresario no actuaría como un tercero²³⁷ para el que si estaría prohibido incluso penalmente el acceso a dichas comunicaciones²³⁸. Claro que no siempre se llega a la misma determinación porque tal y como hemos indicado, habrá que tener en cuenta los matices y condicionantes de cada caso reconociendo, además, que dicho poder no es absoluto.

La STC nº 241/2012, de 17 de diciembre de 2012²³⁹ resuelve recurso de amparo interpuesto por una trabajadora que cree violado su derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y su derecho al secreto de las comunicaciones. Es un asunto en el que la trabajadora es sancionada por haber utilizado un ordenador de uso común y sin clave de acceso de la empresa, existiendo para ello prohibición expresa. Además, es sancionada por instalar en dicho ordenador un programa diferente de los que usa la propia empresa, el «Trillian», para poder conversar con otras personas al margen del conocimiento de la misma. La empresa una vez descubierto el programa, accede a las conversaciones en presencia del responsable de servicio y de las dos trabajadoras. Dichas conversaciones, de acuerdo con la versión de la trabajadora, fueron realizadas a través de un correo electrónico personal para que pudieran ser mantenidas en un ámbito propio y reservado sin el conocimiento de terceros. El Tribunal establece que la finalidad del art. 18.1 CE no solo es la de reconocer un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás²⁴⁰, por lo que impide la revelación, divulgación o publicidad no consentida de los datos ubicados en dicho ámbito²⁴¹, sino que también, implica que cada persona tiene derecho a delimitar este ámbito propio y reservado. Respecto a la protección del art. 18.3 CE, indica el Tribunal que dicho precepto consagra la prohibición de la interceptación o del acceso al contenido o conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. El secreto a las

²³⁷ En este sentido, la Sentencia del TEDH en el asunto Lambert contra Francia de 24 de agosto de 1997 (TEDH 1998,40) que trata la interceptación de una llamada telefónica (“*poco importa, a este respecto, que las escuchas enjuiciadas fueran realizadas en la línea de una tercera persona*”) y la STSJ Andalucía de 9 de mayo de 2003 (AS 2003,2840).

²³⁸ STC nº 241/2012, de 17 de diciembre (RTC 2012,241). En este sentido, CALVO GALLEGO, F.J., op.cit., 2012, llega a la misma conclusión en comentario realizado sobre las SSTS de 26 de septiembre (RJ 2007,7514) y 8 de marzo (RJ 2011,932).

²³⁹ RTC 2012,241. Así es como también lo determina el Tribunal Supremo en su Sentencia nº630, de 7 de julio de 2016 (RJ 2016, 4434).

²⁴⁰ SSTC nº 170/1997, de 14 de octubre (RTC 1997,170), FJ.4º; nº 231/1988, de 1 de diciembre (RTC 1988/231), FJ.3º; nº 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991,197), FJ.3º; nº 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994,50), FJ.5º; nº 143/1994, de 9 de mayo (RTC 1994/143), FJ.6º; nº 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996,207), FJ.3º y nº 202/1999, de 8 de noviembre (RTC 1999,202), FJ.2º.

²⁴¹ SSTC nº 83/2002, de 22 de abril (RTC 2002,83), FJ.5º; nº 70/2009, de 23 de marzo (RTC 2009/70), FJ.2º; nº 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000/98), de FJ.6º a 9º y nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ.6º.

comunicaciones no solo protege el contenido de las mismas sino la identidad subjetiva de los interlocutores²⁴², siendo además, un derecho que solo protege al proceso de la comunicación lo que significa que, una vez finalizada ésta, no estará amparada por este precepto sino, en su caso, por otros derechos²⁴³. Tal y como venimos explicando, la facultad de vigilancia y control, debe ejercerse desde el debido respeto a la dignidad del trabajador (art. 4.2.c) TRLET)²⁴⁴ además, debiendo de tener en cuenta las condiciones de puesta a disposición a los trabajadores de los medios telemáticos, de los espacios individualizados²⁴⁵ y de las instrucciones que sobre dichos medios o espacios se hayan establecido por el empresario o convencionalmente. En el asunto que nos trae esta Sentencia, el acceso a la información ha sido realizado una vez finalizada la comunicación en sí. Pues bien, por un lado el Ministerio Fiscal solicita la denegación del amparo solicitado por el trabajador por los siguientes motivos²⁴⁶:

- a) El disco duro donde quedaban registradas las conversaciones era propiedad de la empresa y estaba instalado en un ordenador de uso común en el que no hacía falta clave de acceso precisamente para poder disponer de toda la información que en él hubiera, incluidas las conversaciones que quedaron registradas.
- b) Que las dos trabajadoras instalaron el programa sin autorización de la empresa sin adoptar precaución alguna para salvaguardar sus conversaciones.
- c) Que el acceso a dichas conversaciones fue realizado por la responsable del servicio y en presencia de las dos trabajadoras sin dar publicidad al resto de la empresa de dicha acción y descubrimiento.
- d) Que las trabajadoras no mostraron desacuerdo ni para el acceso y lectura de las conversaciones ni cuando fueron sancionadas.

²⁴² De acuerdo con el FJ.4º de esta STC: “Este derecho está afectado con la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil” (SSTC nº 114/1984, de 29 de noviembre [RTC 1984,114]; nº 123/2002, de 20 de mayo [RTC 2002,123]; nº 56/2003, de 24 de marzo [RTC 2003,56] y, en especial, la STC nº 230/2007, de 5 de noviembre [RTC 2007,230], FJ.2º, o las Sentencias del TEDH de 2 de agosto de 1984 [TEDH 1984,1], caso Malone c. Reino Unido , §84 y, de 3 de abril de 2007 [TEDH 2007,23]).

²⁴³ STC nº 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002,70), FJ. 9º.

²⁴⁴ STC nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ.5º.

²⁴⁵ STC nº 281/2005, de 7 de noviembre (RTC 2005,281). Como ejemplo de espacio individualizado, la asignación de cuentas personales de e-mail ya sea para trabajadores o para entidades sindicales.

²⁴⁶ SSTC nº 186/2000, de 10 de octubre (RTC 2000,186); nº 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002,70) y nº 173/2011, de 7 de noviembre (RTC 2011,173).

El Tribunal por lo tanto, determina que no ha existido transgresión de los artículos 18.1 y 18.3 CE²⁴⁷. ¿Dónde encontramos entonces motivos para discutir estas conclusiones? En este caso, la Sentencia incorpora un voto particular de D. FERNANDO VALDÉS DAL-RE²⁴⁸ cuya opinión, con la que estamos de acuerdo, es contraria a la expuesta al determinar que la desobediencia de la trabajadora a las instrucciones del empresario sobre el uso de los medios telemáticos, e incluso de aquellas otras que tengan un carácter disciplinario, no justifican la violación de derechos fundamentales²⁴⁹, por lo que habría que distinguir el hecho constitutivo de sanción del “factor constitucionalmente protegido”. VALDÉS cree que “la intervención judicial debe producirse con las previsiones y cánones de la autorización judicial que cita el art. 18.3 CE”, límites que no se han respetado ya que dicha intervención se ha realizado sin el consentimiento de los trabajadores²⁵⁰ y sin autorización judicial. Además, supone que la actuación de la empresa demuestra una «intencionalidad lesiva» debido a que mantuvo en secreto el conocimiento previo que tenía sobre la instalación de dicho programa y, además, de la existencia de conversaciones efectuadas a través del mismo no posibilitando a las trabajadoras la reposición del ordenador al estado original anterior a la instalación de dicho programa y por consiguiente, a los usos indicados por la empresa²⁵¹. Del mismo modo, argumenta, que en el proceso de reparto a domicilio de la correspondencia postal o su entrega, nadie está autorizado a abrir y leer su contenido, tanto de aquellas cartas que están en reparto como de las que se encuentran depositadas en aquellos espacios pertenecientes a otras personas. De acuerdo con VALDÉS, idéntica limitación a la referida habría que aplicar a aquellos archivos de correo electrónico o de mensajería pertenecientes a otros “siempre que sean identificados como tales” aunque su acceso no esté protegido mediante claves de acceso y sean encontrados en un ordenador de uso común.

²⁴⁷ Tal y como ocurre en la reciente STS nº630 de 7 de julio de 2016 (RJ 2016, 4434) y en su Auto de 15 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 212088).

²⁴⁸ Su opinión se apoya en las SSTC nº 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003,2), FJ.5º y nº 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984,114).

²⁴⁹ STC nº 41/2006, de 13 de febrero (RTC 2006,41), FJ.5º.

²⁵⁰ En este caso, la intervención se realizó con la mera identificación de los intervinientes y además, se realizó una intervención del contenido íntegro de las conversaciones realizadas con su apertura y lectura.

²⁵¹ En este mismo sentido se pronuncia MARÍN ALONSO, I.: *La mensajería electrónica en la empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones. A propósito de la STC 241/2012, de 17 de diciembre. Revista La Ley Digital*, nº 1195/2013, 2013, págs. 5. [en línea]. [Consulta: 28/06/2016]. Recuperado de la base de datos de Editorial LA LEY.

Entonces podemos decir, respecto a los medios que el empresario pone a disposición de sus trabajadores, que no solo es necesario facilitar a los trabajadores información e instrucciones necesarias, tanto sobre la vigilancia y control que sobre la actividad laboral se realizará como del uso esperado y además, en su caso, para poder acceder a las comunicaciones. De acuerdo con MARÍN²⁵², además sería indispensable adoptar una serie de mecanismos necesarios para acceder a su contenido ya previstos en el art. 18.3 CE:

- a) Necesidad de autorización judicial.
- b) Necesidad de la voluntad de alguno de los intervinientes en el proceso comunicativo. Aunque en este caso, sí podríamos estar ante la posible vulneración del derecho a la intimidad de algunos de los interlocutores o de ambos si la información extraída es utilizada indebidamente por la empresa.

Además, opinamos que el empresario debe de ajustar tanto la actuación como los medios elegidos y utilizados para dicho acceso a una serie de criterios que permitirían en algunos casos la intrusión en estos derechos constitucionales.

²⁵² MARÍN ALONSO, I., op.cit., 2013, pág. 7.

6. CRITERIOS NECESARIOS PARA UNA MENOR INTRUSIÓN EN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES

6.1. EL INCUMPLIMIENTO LABORAL DEL TRABAJADOR

Una vez examinadas las obligaciones del empresario en el ejercicio del poder de dirección y control respecto a las TIC, además de las consecuencias que le pudiera suponer un uso indebido de las mismas, también tendríamos que hablar sobre las consecuencias que tendría para el trabajador la utilización no autorizada de dichos medios. De acuerdo con ROQUETA²⁵³, la utilización no autorizada de los medios telemáticos tendrá el carácter de incumplimiento laboral, es decir, se considerará como un comportamiento no deseado que transgrede las normas establecidas. Entre este tipo de comportamiento, continua este autor, podemos distinguir:

1) Indisciplina o desobediencia en el trabajo (art. 54.2.a) TRLET): cuando el trabajador no está autorizado expresamente para el uso de los medios para una finalidad distinta a la establecida por la empresa²⁵⁴.

2) Transgresión de la buena fe contractual²⁵⁵ (art. 54.2.d) TRLET), ya explicada. Podemos diferenciar entre tres situaciones:

2.1.) El trabajador no tiene autorización del empresario y utiliza los medios facilitados por el empresario para fines distintos a los impuestos por éste²⁵⁶.

2.2.) El trabajador tiene autorización pero realiza un uso abusivo²⁵⁷.

2.3.) Si la empresa no ha previsto nada al respecto y el trabajador utilizara los medios para un uso personal sin autorización empresarial, de acuerdo con la doctrina judicial podríamos estar ante dos situaciones:

2.3.1) Ante una “*infracción del deber de lealtad laboral y de la buena fe contractual*”²⁵⁸.

²⁵³ ROQUETA BUJ, R.: *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs.82-84.

²⁵⁴ SSTJ de Cataluña, de 4 de julio de 2000 (AS 2000,3452) y de 11 de marzo de 2004 (AS 2000,2004).

²⁵⁵ Ahora bien, de acuerdo con la STSJ de Cataluña, de 18 de septiembre de 2001 (JUR 2001,316116), no se transgrede la buena fe contractual cuando se realiza un envío erróneo de programas informáticos de la empresa (que además no los usa en beneficio propio), al correo particular del trabajador debido a un fallo en la red de la empresa o para trabajar y.

²⁵⁶ SSTSJ de Cataluña, de 14 de noviembre de 2000 (AS 2000,3444); de 22 de julio de 2004 (AS 2004,2696) y de 4 de julio de 2000, (AS 2000,3452); STSJ del País Vasco, de 4 de junio de 2002 (AS 2003,1543); STSJ de la Comunidad Valenciana, de 15 de mayo de 2003 (JUR 115407,2004).

²⁵⁷ STSJ de Cataluña, de 11 de marzo de 2004 (AS 2004,1231).

²⁵⁸ SSTSJ de Murcia, de 15 de junio de 1999 (AS 1999,2504); de Cataluña, de 29 de enero de 2001 (AS 2001,577); de Andalucía, de 22 de abril de 2003 (JUR 159912,2003) y de Galicia, de 16 de julio de 2003 (JUR 178294,2004).

2.3.2) O solamente, estaríamos ante un uso abusivo de dichos medios²⁵⁹.

Dentro de los supuestos que ya hemos visto y tratado, entre otros, encontramos actos que constituyen una transgresión de la buena fe contractual²⁶⁰: la navegación irregular por internet y chatear en horario de trabajo²⁶¹ utilizando la red de la empresa, utilizar el ordenador y el correo electrónico de la empresa para uso particular²⁶², para acosar²⁶³ o para ofender gravemente a sus jefes (enviando correos a los clientes de la empresa)²⁶⁴, visitar páginas de ocio²⁶⁵, la descarga de archivos durante la jornada laboral²⁶⁶, instalar contraseñas no autorizadas, ocasionar daños en el sistema informático de la empresa, la competencia desleal²⁶⁷, la cesión y/o acceso no autorizado a terceros de datos personales de trabajadores y clientes de la empresa²⁶⁸, el acceso a indebido a los datos de carácter particular de los clientes de la empresa cediéndolos a terceros²⁶⁹ y, en general, la utilización incorrecta o no autorizada de los elementos y medios telemáticos de la empresa. Mención especial merece un supuesto muy particular: el acceso de un trabajador a los medios TIC de otros compañeros o superiores. En este caso, se consideraría que el trabajador ha vulnerado los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de estos²⁷⁰.

²⁵⁹ SSTJ de Madrid, de 25 de abril de 2002 (JUR 178294,2004); de 23 de marzo de 2004 (AS 2002,2220) y de 9 de diciembre de 2004 (AS 2004,3577).

²⁶⁰ ROQUETA BUJ, R.: *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág.84.

²⁶¹ STSJ de Canarias, de 19 de enero 2004 (JUR 2004,69775) y STSJ de Cataluña, de 6 de mayo 2005 (TOL 2005,664412).

²⁶² SSTJ de Murcia, de 15 de junio 1999 (AS 1999,2504); de Galicia, de 4 de octubre 2001 (AS 2001,3366); de la Comunidad Valenciana, de 15 de mayo 2003 (JUR 2003,115407); de Cataluña, de 11 de marzo 2004 (AS 2004,1231); SSTSJ de Madrid, de 21 de noviembre 2001 (JUR 2002,36596); de 25 de abril 2002 (JUR 2002,167962) y de 14 de mayo 2002 (JUR 2002,199028).

²⁶³ SSTSJ de Madrid, de 21 de diciembre 2001 (JUR 2001,1046423); de 17 de enero de 2005 (TOL 2005,583549); de 25 de enero 2005 (TOL 2005,557886); de 31 de mayo 2005 (TOL 2005,669413) y 21 de junio de 2005 (TOL 2005,678032).

²⁶⁴ SSTSJ de Cataluña, de 26 de abril de 2002 (JUR 2002,7245); del País Vasco, de 31 de octubre 2000 (JUR 2001,46336).

²⁶⁵ SSTSJ de Aragón, de 4 de marzo 2002 (AS 2002,1342); de Cantabria, de 13 de noviembre 2002 (AS 2003,850) y del País Vasco, de 4 de febrero 2003 (JUR 2003,122042).

²⁶⁶ SSTSJ de Cataluña, de 29 de enero 2001 (AS 2001,577); de Castilla y León, de 29 de enero 2001 (JUR 2001,122571); de Madrid, de 13 de noviembre 2001 (AS 2002,471); de la Comunidad Valenciana, de 26 de junio 2003 (AS 2004,1111); de Castilla y León, de 29 de marzo 2004 (JUR 2004,141046) y de Cataluña, de 4 de mayo 2005 (TOL 2005,664265).

²⁶⁷ STSJ de Madrid, de 10 de abril 2003 (AS 2003,3257).

²⁶⁸ STSJ de Andalucía, de 22 de mayo de 2001 (AS 2001, 2870).

²⁶⁹ STSJ de Madrid, de 19 de octubre de 2004 (JUR 2004,299962).

²⁷⁰ ROQUETA BUJ, R.: *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág.89.

6.2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Existen unos criterios necesarios para evitar una mayor invasión en los derechos constitucionales aludidos, criterios que encontramos en el «principio de proporcionalidad» y que son: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en su sentido estricto. En nuestra normativa, es en el aptdo. 4 del art. 90 LRJS, donde podemos observar el «principio de proporcionalidad» en el procedimiento laboral. Este precepto permite, siempre que no existan medios de prueba alternativos (juicio de necesidad), que el juez o tribunal autorice el acceso mediante auto²⁷¹, una vez comprobado que la acción del empresario es ajustada a los fines del proceso (juicio de adecuación o idoneidad)²⁷² y previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso. Pasemos entonces a describir brevemente según TERRADILLOS²⁷³ los elementos que integran el «principio de proporcionalidad» pero sin olvidar que habría que tener en cuenta las circunstancias de cada caso²⁷⁴:

- a) El «juicio de idoneidad», es decir, si la medida podrá conseguir la finalidad propuesta. La «idoneidad» de acuerdo con esta autora, es el primer criterio a tener en cuenta o al que recurrir para examinar el cumplimiento del juicio de proporcionalidad. La «idoneidad», *“hace referencia a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exigiría que las injerencias faciliten la*

²⁷¹ SSTC nº 123/2002, de 20 de mayo (RTC 2002,123), FJ.2º; nº 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999,49), FJ.8º; nº 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999,166), FJ.1º y 2º; nº 171/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999,171), FJ.5º; nº 126/2000, de 16 de mayo (RTC 2000,126), FJ.2º; nº 299/2000, de 11 de diciembre (RTC 2000,299), FJ.2º; 14/2001, de 29 de enero (RTC 2001,14), FJ.2º y nº 202/2001, de 15 de octubre (RTC 2001,202), FJ.2º.

²⁷² TERRADILLOS (TERRADILLOS ORMAETXEA, E., op.cit., 2004, pág. 42) realiza la siguiente observación en lo que respecta a la selección del medio alternativo más idóneo: *“La lógica del principio queda fuera de toda duda, ya que aquello en que la medida exceda del mínimo necesario para conseguir el efecto querido por la norma, convertirá a la restricción en arbitraria y, en fin, inadmisibles desde un punto de vista constitucional”*.

²⁷³ *Ibid.*, op.cit., 2004, págs.41-44. Más reciente y en éste sentido: MARÍN ALONSO, I., op.cit., 2013, pág. 7.

²⁷⁴ SSTC nº 123/2002, de 20 de mayo (RTC 2002,123), FJ.2º y nº 70/2002, de 3 de abril de 2002 (RTC 2002,70) que en su FJ.10º que indica al respecto, que existirá una habilitación legal específica para el examen o acceso al contenido de los instrumentos o efectos siempre que sea estrictamente necesario por lo que habrá que valorarse las circunstancias de cada caso, habiéndose de entender como una *“exigencia legal de una estricta observancia de los requisitos dimanantes del «Principio de Proporcionalidad»”*.

obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación”²⁷⁵.

- b) «Juicio de necesidad», esto es, que no exista otra medida que sea más moderada para conseguir dicha finalidad, es decir, una vez establecida la finalidad, hay que identificar entre aquellos medios alternativos que aseguren el fin protegido por el ordenamiento y, además, elegir el más idóneo para conseguir el objetivo que suponga la menor lesión posible de los derechos constitucionales y que no convierta tal decisión empresarial en arbitraria. En palabras de ésta autora, “*el elemento de «necesidad» se caracteriza por guiar al aplicador del Derecho en la búsqueda de los medios más apropiados para lograr sus fines*”.
- c) «Juicio de proporcionalidad en su sentido estricto» en cuanto que, si la medida adoptada o la actuación realizada es ponderada o equilibrada, esto es, que su resultado sea, para el interés general, más beneficioso o ventajoso que perjudicial sobre otros bienes o valores en conflicto²⁷⁶, o dicho de otra forma, averiguar si existe una adecuada y razonable proporción de medio a fin. La «proporcionalidad» se configura como tercer elemento que atrae el «principio de proporcionalidad». De acuerdo con esta autora, con solo caer uno de los dos elementos anteriores, “*caería con él el entero juicio de proporcionalidad*” para poder garantizar y asegurar el derecho o bien protegido.

Una observación realizada por esta autora²⁷⁷, que consideramos importante al respecto, es sobre la exigencia de este principio al «principio de legalidad» en cuanto al ajuste de las medidas adoptadas a los fines que lo justifican²⁷⁸, constituyendo el «principio de legalidad» otro “*de los soportes del principio de proporcionalidad*”, por lo que éste último, se constituye como una reacción ante el incumplimiento laboral del trabajador. El TC crea doctrina al respecto y establece la necesidad de observar o respetar el «principio de proporcionalidad» a la hora de adoptar medidas que sean restrictivas de derechos fundamentales, esto es, que permitan la injerencia en dichos derechos, por lo que se ha de cumplir con los tres elementos que componen este

²⁷⁵ GONZÁLEZ –CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, 1990, pág. 154 (citado por TERRADILLOS ORMAETXEA, E., op.cit., 2004, pág. 41).

²⁷⁶ STC nº 37/1998, de 17 de febrero (RTC 1998,37), FJ.8º; STS, de 12 de marzo de 1997 (RJ 1997,2892), FJ.2º.c).

²⁷⁷ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., op.cit., 2004, pág. 44.

²⁷⁸ La STC nº 70/2002, de 3 de abril de 2002 (RTC 2002,70), en su FJ.10º indica al respecto: “*la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad*”.

principio que podrán posibilitar la injerencia en estos derechos constitucionales: juicio de idoneidad o adecuación, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en su sentido estricto²⁷⁹.

A modo explicativo, traemos la STC nº 170/2013, de 7 de octubre de 2013²⁸⁰, que resuelve recurso de amparo interpuesto por un trabajador sobre la STSJ de Madrid de 27 de abril de 2010²⁸¹ que resuelve, a su vez, recurso de suplicación del mismo. Se trata de un asunto en el que se despide a un trabajador por haber proporcionado información de la empresa a personal de otra entidad mercantil, sin autorización de la misma y utilizando medios cuya titularidad ostenta la propia empresa: teléfono móvil y correo electrónico. Mediante el acceso a estas comunicaciones, la empresa obtiene las pruebas necesarias para fundamentar el despido. La Sentencia recurrida en suplicación ante el TSJ de Madrid, da ilicitud a los mensajes interceptados del móvil debido a que el Convenio Colectivo no hace referencia a los teléfonos móviles y a las pruebas obtenidas a través de dichos medios. Sin embargo, el TSJ sí declara la licitud de los mensajes interceptados en correos electrónicos del ordenador mediante su extracción ya que, el artículo 59.11 del citado Convenio prohíbe, con la salvedad del uso que puedan hacer los representantes de los trabajadores, su uso para otros fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral. Por este motivo, cree que la empresa no tiene la necesidad de establecer reglas de uso al respecto y estaría legitimada, además, para comprobar dicho uso sin vulnerar el derecho a la intimidad. La STSJ de Madrid da la razón a la empresa, y por lo tanto, declara procedente el despido ya que, estima que el empresario está exonerado de las reglas estipuladas en el art. 20.3 TRLET debido a la existencia de una regulación convencional al respecto (art. 59.11 del Convenio Colectivo de la Industria Química XV). El trabajador, mediante recurso de amparo, solicita la improcedencia del despido por la vulneración de los artículos 18.1 y 18.3 CE basándose en la inexistencia de un protocolo, procedimiento o instrucciones sobre los límites y condiciones de utilización de los ordenadores. La STC, que resuelve

²⁷⁹ La exigencia del «Principio de Proporcionalidad» por parte del TC, la podemos encontrar, por citar alguna, en las SSTC nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ.6º, nº 70/2002, de 3 de abril 2002 (RTC 2002,70), FJ.10º y nº 49/1999 de 5 de abril (RTC 1999,49), donde en su FJ.7º indica: “(...) un principio que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales (...) y que, en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando incluso frente a la ley exigencias positivas y negativas”.

²⁸⁰ RTC 2013,170.

²⁸¹ JUR 2010, 232556.

el recurso de amparo estableciendo doctrina al respecto, contempla los derechos constitucionales ya explicados, y por lo tanto, la utilizaremos a modo ejemplo y de resumen. El TC considera necesario observar los requisitos en los que se puedan fundamentar una correcta aplicación del art. 20.3 TRLET respecto a las medidas utilizadas para el control y vigilancia:

- a) Haber establecido las normas de uso de los medios informáticos que estén a disposición de los trabajadores.
- b) Informar a los trabajadores de la existencia de control sobre dichos medios.
- c) Informar a los trabajadores de los medios de control que se van a utilizar para fiscalizar el uso de dichos medios.

El TC, en este caso, entró a valorar lo siguiente:

- a) Los medios de control utilizados y el alcance de dicho control.
- b) La existencia una prohibición expresa empresarial además de una información previa sobre las reglas de uso.

Debido a las determinaciones y a la conclusión a la que llega el TSJ de Madrid en su Sentencia, el TC estima la existencia de una contradicción precisamente en la conclusión debido a que, según indica, las garantías constitucionales exigidas deben ser las mismas para ambas formas de comunicación al igual que el respeto que sobre ellas debe de prevalecer, y es por lo que la empresa, debería haber establecido unas reglas de uso y protocolos, o instrucciones, sobre el control de los contenidos. Además, el TC entiende que la disposición convencional solo tiene naturaleza sancionadora y, por lo tanto, no puede menoscabar en las garantías de un derecho constitucional. Es por ello, continúa el TC, por lo que dichos preceptos convencionales solo podrían tratarse como previsiones al uso particular que los trabajadores realicen de dichos medios y nunca como medida legal que permita la interceptación del contenido de las comunicaciones privadas efectuadas a través de los medios empresariales puestos a disposición de los trabajadores. Sin embargo, sí permite el control de las comunicaciones recibidas y emitidas sin acceder a su contenido. El TC por lo tanto, entrará a examinar las condiciones en las que se han producido dichas comunicaciones:

- a) Si se ha producido la interceptación de los mensajes en el momento de su envío o el acceso al contenido se ha realizado una vez que se han enviado y han quedado registrados en el ordenador propiedad de la empresa.
- b) Si la comunicación se ha realizado a través de un canal cerrado o de un canal abierto de comunicación.
- c) Si el contenido tiene dimensión objetiva, y con esto nos referimos a datos de la empresa o datos de la vida privada del trabajador, o dimensión subjetiva, esto es, respecto al derecho a la intimidad, es decir, sobre la existencia de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad sobre el contenido. En este caso el trabajador sabía a través del Convenio Colectivo, que el correo electrónico de la empresa podría estar sometido a control empresarial como una faceta más dentro del poder del empresario atribuido tanto por el art. 20.3 TRLET, como por los artículos 79.2, 59.11 y 61.9 del citado Convenio.

El TC, en este caso, considera que ha de resolver sobre el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones y el poder de dirección del empresario²⁸² debido a la aportación de la empresa como prueba del contenido de determinados e-mails del trabajador recurrente obtenidos mediante el acceso al portátil propiedad de la empresa. Según el TC, es la causa que provoca una colisión entre el art. 20.3 TRLET y los arts. 18.1 y 18.3 CE. Por este motivo, el Tribunal²⁸³ examina el grado de cumplimiento del principio de proporcionalidad considerando los siguientes aspectos de la medida:

- a) El fin legítimo de la empresa: proteger los intereses de la empresa.
- b) Si la actuación realizada es conforme a la legalidad (art. 20.3 TRLET).
- c) Si la actuación realizada por la empresa es razonable, es decir, si ha habido vulneración del secreto empresarial con los medios de la propia empresa.
- d) Si el procedimiento de control ha sido idóneo: la empresa depositó el ordenador ante notario y fue revisado por un perito para buscar la razonabilidad de la medida.

²⁸² Artículos 18.1 y 18.3 de la CE y art. 20.3 TRLET, respectivamente.

²⁸³ El TC se apoya en la doctrina establecida por las siguientes Sentencias: SSTC n° 70/2002 (RTC 2002,70), FJ.9° respecto al derecho al secreto de las comunicaciones; n° 186/2000 (RTC 200,186), FFJJ.5° y 6° respecto al secreto de las comunicaciones y n° 173/2011 (RTC 2011,173), FFJJ.2° y 3°, sobre el derecho a la intimidad.

- e) Si dicha actuación era necesaria, es decir, no había otra posibilidad para acreditar el incumplimiento del trabajador.
- f) Si la actuación realizada era proporcional respecto a su finalidad: en este caso, no se analizaron datos personales ni familiares del trabajador, solo los empresariales.

Pues bien, no solo hemos examinado la definición que adopta el TC del concepto de intimidad²⁸⁴ como concepto material²⁸⁵, sino que además, hemos explicado el derecho a la intimidad aplicado a las relaciones laborales²⁸⁶. De acuerdo con esta Sentencia, el «secreto de las comunicaciones» no se dispensa en virtud a su contenido y a su carácter necesariamente íntimo, reservado o personal²⁸⁷ sino en relación a la vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas a través de «canales cerrados» con la intermediación técnica de un tercero. Entonces, el objeto de protección del art. 18.3 CE es garantizar la plena libertad con la que se puedan realizar las comunicaciones, incluidas las electrónicas²⁸⁸, y no su contenido, ya sea “*banal o de notorio interés público*”²⁸⁹. Sí quedaría fuera del amparo de la protección de este precepto aquellas comunicaciones que se realicen con carácter «abierto» o «no secreto», esto es, las realizadas a través de medios de los que no puede predicarse su confidencialidad. Como contrapartida, para la protección del contenido de las comunicaciones, tal y como estamos manteniendo, deberían de existir evidencias externas que indiquen el carácter secreto de las mismas²⁹⁰. El TC para examinar si la medida adoptada restrictiva de un

²⁸⁴ STC nº 114/1984 (RTC 1984,114), FJ.7º, por todas.

²⁸⁵ Muy al contrario al secreto de las comunicaciones que la CE garantiza como concepto rigurosamente formal salvo resolución judicial en el sentido de que «*se predica de lo comunicado sea cual sea su contenido*» (SSTC nº 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013,170), FJ.4º; nº 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114), FJ.7º y nº 34/1996, de 11 de marzo (RTC 1996,34), FJ.4º).

²⁸⁶ SSTC nº 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000,98), FJ.6º a FJ.9º; nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ.5º y nº 173/2011, de 7 de noviembre (RTC 2011,173). También el TEDH se pronuncia en el mismo sentido en sus Sentencias de fecha 25 de septiembre de 2001 “PG y JG vs. Reino Unido”; de 28 de enero de 2003, “Peck vs. Reino Unido” y de fecha 3 de abril de 2007 (TEDH 2007,23).

²⁸⁷ STC nº 114/1984 (RTC 1984,114), FJ.7º.

²⁸⁸ SSTC nº 142/2012 (RTC 2012,142), FJ.3º; nº 123/2002 (RTC 2002,123), FJ.5º y nº 281/2006, de 9 de octubre (RTC 2006,281), FJ.3º.

²⁸⁹ De acuerdo con esta Sentencia, tal y “*como se infiere de lo dicho y de nuestra jurisprudencia constitucional, la protección que el derecho fundamental dispensa no se extiende a todos los fenómenos de comunicación entre personas, ni alcanza a cualesquiera materiales con ella relacionados presentes, pasados o futuros*”.

²⁹⁰ “*Pueden ser abiertas de oficio o sometidas a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido*” (STC nº 281/2006, de 9 de octubre [RTC 2006,281], FJ.3º). En este sentido, la STC nº 70/2002, de 3 de abril de 2002 (RTC 2002,70), en su FJ.9º determina al respecto (en relación a la lectura de unos documentos que estaban dentro de una agenda intervenida por la Guardia Civil que posibilitó la detención y condena de traficantes de drogas), que dicha información no estaba tutelada por el 18.3 CE entre otros motivos, porque por su apariencia externa no se podía presumir que se trataba de una comunicación postal, por lo que concluye que no ha habido interferencia en un proceso de comunicación sino que se ha de considerar como un proceso de comunicación ya consumado por lo que dichos papeles

derecho fundamental cumple con el principio de proporcionalidad entrará a valorar lo siguiente:

- a) Juicio de idoneidad: en este conflicto, la adopción de la medida se fundamenta en evidencias sobre un comportamiento irregular del trabajador.
- b) Juicio de necesidad: en este caso, el objetivo es el de comprobar si existía un comportamiento irregular del trabajador: envío de información de obligada reserva a terceros ajenos a la empresa.
- c) Juicio de proporcionalidad en su sentido estricto: se estima necesario acceder al contenido de los e-mails ya que sospecha que a través de estos medios se realiza una transferencia no autorizada de información confidencial de la empresa. Es por este motivo, por lo que el resultado de la medida se consideró como la más ventajosa para el interés general de la empresa.

Por todo ello, el TC determina que la medida es ponderada y equilibrada por lo que desestima la petición del trabajador.

De igual modo se pronuncia el Tribunal Supremo al respecto en su reciente Sentencia nº 630/2016, de 7 de julio de 2016²⁹¹ donde estudia la admisibilidad de la prueba videográfica obtenida mediante las cámaras instaladas en el centro de trabajo. Los datos obtenidos evidencian continuos incumplimientos laborales del trabajador además de la trasgresión de la buena fe que van a motivar su despido. El TS estima la licitud de la prueba por considerar que la medida adoptada, a través de la cual se obtienen dichas imágenes, no es restrictiva de derechos fundamentales ya que, tal y como indica en su F.D. 2º, *“la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”*.

Entonces, estamos en disposición de decir, que no solo cuando hablamos del «principio de proporcionalidad», estamos refiriéndonos a los juicios que la empresa ha de seguir para elegir, instalar y utilizar aquellos medios que sirvan para controlar y

han de considerarse «efectos personales del delincuente» y no en el marco del secreto de las comunicaciones. De acuerdo con esta Sentencia, el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, ha de ceder *“ante intereses superiores constitucionalmente relevantes”* y además, siempre que se cumpla con tres requisitos: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, que la medida limitativa del derecho a la intimidad esté prevista en la Ley (Principio de legalidad) y que respete el Principio de Proporcionalidad.

²⁹¹ RJ 2016, 4434.

vigilar la prestación laboral del trabajador, sino que, hablamos de cómo posibilitar la legalidad de las pruebas obtenidas a través de estos instrumentos si queremos optar por sancionar o despedir al trabajador por las irregularidades cometidas o que pudiera cometer.

7. LA CUESTIÓN DE LA PRUEBA. MEDIOS PROBATORIOS

A modo general, todo lo relacionado con la «prueba» en el procedimiento judicial, y nos referimos a la carga, la proposición, la admisión, la práctica, la anticipación, etc., se regula en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (arts. 217 y 281 a 386), siendo la LRJS la que desarrolla su especialidad para el procedimiento laboral. Pero ¿qué es la prueba? La «prueba» de acuerdo con MONTERO²⁹², es la “*actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso o a fijarlos conforme a una norma legal*”. El objeto de la prueba, en términos legales, es la de verificar aquellos hechos que soporten las pretensiones u oposiciones de las partes con la ayuda de aquellos medios de prueba²⁹³ legalmente admitidos y que serán utilizados para convencer al Juez de su certeza y, consecuentemente, conseguir su declaración de «hechos probados»²⁹⁴ siendo esto último su finalidad²⁹⁵. De esta forma, y de acuerdo con el art. 90 LRJS, las partes pueden servirse, previa justificación de su utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, de cuantos medios de prueba, regulados por Ley y aportados en un soporte adecuado, para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba. A su vez, se podrán incluir aquellos procedimientos que reproduzcan la palabra, la imagen y sonido, o de archivo y reproducción de datos para lo que será necesario auto judicial (tal y como indica el art. 76.4 LRJS que remite al propio art. 90)²⁹⁶ cuando el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental. De acuerdo con la norma, serán inadmitidos aquellos medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, a través de procedimientos que no respeten estos

²⁹² MONTERO AROCA, J., CARRATALÁ TERUEL, J.L. Y MEDIAVILLA CRUZ, M.L.: *Proceso laboral práctico*. Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 388.

²⁹³ Prueba pericial (art. 93 LRJS desarrolla la especialidad), prueba documental (art. 94 LRJS, no hay especialidad y se desarrolla en la LEC), interrogatorio de testigos (art. 92 LRJS, desarrolla la especialidad) y el interrogatorio de parte (art. 91 LRJS, desarrolla la especialidad).

²⁹⁴ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. Y MENÉNDEZ SEBASTIAN, P.: La prueba en el proceso laboral: objeto, carga y posibilidades de impugnación. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 10, 2006, págs.1. [en línea]. [Consulta: 12/07/2016]. Recuperado de la base de datos de Aranzadi Social.

²⁹⁵ MONTERO AROCA, J., CARRATALÁ TERUEL, J.L. Y MEDIAVILLA CRUZ, M.L.: *Proceso laboral práctico*. Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 389. Este autor realiza una aclaración respecto al «objeto» de la prueba que sirve para diferenciarlo de la «finalidad» de la misma: el «objeto» de la prueba es aquello que es susceptible de probar a modo general, es decir, aquellas afirmaciones realizadas junto con los datos proporcionados por las partes sobre los hechos.

²⁹⁶ SSTC n° 207/1996, de 16 de diciembre, (RTC 1996,207), FJ.4°; n° 25/2005, de 14 de febrero, (RTC 2005, 25), FJ.6°; n° 233/2005, de 26 de septiembre, (RTC 2005,233), FJ.4°.

derechos o las libertades públicas²⁹⁷, y tal y como venimos manteniendo, deberá respetarse, en su establecimiento, el principio de proporcionalidad²⁹⁸.

Así es como puede ocurrir en aquellos casos en los que se realice una utilización indebida por parte de la empresa de las TIC, es decir, una utilización para fines ajenos a los laborales en su más sentido estricto. Sí es cierto que, tal y como venimos explicando, el empresario puede hacer uso de tales medios cumpliendo con los requisitos del art. 20.3 TRLET pero, de acuerdo con lo que el TC establece en el FJ 4º de la Sentencia nº 186/2000²⁹⁹ anteriormente citada, cuando su uso tenga una finalidad probatoria: *“el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por las leyes procesales, de modo que en ningún caso cabe considerar menoscabado el derecho que nos ocupa «cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda»*³⁰⁰. Es así como lo podemos observar también en la reciente STC nº 39/2016, de 3 de marzo de 2016³⁰¹, en su FJ.4º en un asunto en el que la empresa realiza una grabación de imágenes. En este caso, el Tribunal, una vez comprobado que se ha satisfecho el respeto al derecho a la intimidad y después de verificar que se ha producido el cumplimiento de los requisitos del principio de proporcionalidad³⁰², da la razón a la empresa validando las pruebas obtenidas a través de las grabaciones que captaron las cámaras instaladas, previa publicidad de su instalación, donde se observa la apropiación indebida de la trabajadora en cuestión de dinero de la caja cumpliendo de esta forma con la finalidad

²⁹⁷ Así lo establece también el art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ, en adelante), indicando al respecto que dichas pruebas no surtirán efecto.

²⁹⁸ El apartado 6 del art. 90 LRJS indica que, si como resultado de las medidas anteriores se obtuvieran datos innecesarios, ajenos a los fines del proceso o que pudieran afectar de manera injustificada o desproporcionada a derechos fundamentales o a libertades públicas, se resolverá lo necesario para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados. SSTC nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ.6º, nº 70/2002, de 3 de abril 2002 RTC 2002,70), FJ.10º; nº 49/1999 de 5 de abril (RTC 1999,49), FJ.7º y más reciente, nº 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016,39), FJ.5º.

²⁹⁹ Más reciente, STC nº 187/2014, de 17 de noviembre (RTC 2014,187), FD.4º.

³⁰⁰ SSTC nº 149/1987, de 30 de septiembre (RTC 1987,149), FJ.3º; nº 167/1988, de 27 de septiembre (RTC 1988,167), FJ.2º; nº 212/1990, de 20 de diciembre (RTC 1990,212), FJ.3º; nº 87/1992, de 8 de junio (RTC 1992,87), FJ.2º; nº 1/1996, de 15 de enero (RTC 1996,1), F.2; y nº 52/1998, de 3 de marzo (RTC 1998,52), FJ.2º.

³⁰¹ RTC 2016,39.

³⁰² SSTC nº 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000,186), FJ.6º y nº 98/2000, de abril (RTC 2000,98), FJ.8º.

para la que fue instalada la cámara, es decir, para el control de la debida prestación laboral³⁰³.

Sin embargo, continuando con la ya citada STC nº 186/2000, VALDÉS DAL-RE en voto particular que realiza en dicha Sentencia, opina de manera contraria por dos motivos:

- 1º. La existencia de una falta de información necesaria (art. 5 LOPD) al trabajador sobre la verdadera finalidad de la instalación de la cámara. Siendo esta información necesaria para poder garantizar el derecho fundamental del art. 18.4 CE: su finalidad no era la de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos (art. 20.3 TRLET en relación con el art. 6.2 LOPD) sino, obtener pruebas de las irregularidades que estaban ocurriendo en dicha caja. Por un lado legitima el objetivo, aún sin el consentimiento del trabajador, y por otro lesiona el art. 18.4 CE al utilizar “*medios encubiertos*”.
- 2º. Se diluye el contenido esencial del art. 53.1 CE y del art. 1.1 CE sobre la constitución de un Estado social y democrático de Derecho y sus valores superiores, es decir, libertad, justicia, igualdad y el pluralismo político: ni las organizaciones empresariales ni la libertad de empresa del art. 38 CE, legitima la realización de limitaciones injustificadas de los derechos fundamentales ni las libertades públicas de los trabajadores³⁰⁴.

Esta regulación de los medios de prueba forma parte de la protección o tutela que en el ámbito de la jurisdicción social no solo ampara a los trabajadores, sino que es extensible a cualquier sindicato que tenga representación en la empresa (caso contrario, podrá actuar como coadyuvante), pudiendo dirigir sus pretensiones contra el empresario o contra aquellas otras personas vinculadas al empresario por cualquier título. El Ministerio Fiscal podrá actuar como parte en defensa de los derechos fundamentales y

³⁰³ En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia nº 630/2016, de 7 de julio (RJ 2016, 4434) y en su Auto de 15 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 212088). En la STS nº 630/2016, el Tribunal rechaza la petición de nulidad de la recurrida en la instancia al entender que “*el defecto enunciado, no especificación en aquella de la prueba en la que se basó el juzgador para declarar probados los hechos, no impide a la Sala resolver sobre las cuestiones de fondo al existir elementos fácticos suficientes*”. También podemos observar dichas conclusiones en los Autos del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 21746) y 17 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 58966). Estos Autos nos traen dos casos donde van a decidir sobre la licitud de las cintas de videos aportadas por detectives privadas y su valor probatorio.

³⁰⁴ Para esta reflexión, VALDÉS se apoya en la STC nº 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985,88), FJ.2º.

libertades públicas y además, podrán intervenir las entidades públicas o privadas que tengan encomendadas la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, en supuestos de discriminación y con el consentimiento del trabajador perjudicado (art. 177 LRJS)³⁰⁵. En estos casos, es el sujeto lesionado el legitimado para ejercer acciones³⁰⁶ en el procedimiento laboral concreto eligiendo, entre los previstos en la Ley, el tipo de tutela que pretende.

³⁰⁵ La tramitación de estos procedimientos son urgentes y preferentes respecto a todos los que se sigan en el juzgado o tribunal al igual que sus recursos debiendo interponerse la demanda en el plazo general de prescripción o caducidad de la acción debiendo guardar los requisitos previstos en la LRJS (art. 179 LRJS) y pudiendo solicitar en la misma, medidas cautelares que garanticen la efectividad de la tutela judicial (arts. 79 y 180 LRJS).

³⁰⁶ La acción ejercida no se podrá acumular con otras de diferente naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de derechos fundamentales o libertades públicas salvo, que deba de realizarse bajo la modalidad procesal indicada en el art. 184 LRJS respetando para ello las reglas y garantías del Capítulo XI de la LRJS (art. 178 LRJS).

8. CONCLUSIONES

Con la rápida evolución e implantación de las TIC nuestro marco normativo laboral se encuentra inadecuado, ya sea por su escasa regulación como de la protección que esta presta al uso y finalidad que de ellas se realice. Pero también, por no contemplar aquellas situaciones que de dicho uso, dentro de las relaciones laborales, se puedan generar, sobre todo en su relación con el ejercicio del poder de dirección y control del empresario.

Es por ello, a falta de norma específica, por lo que actualmente tendremos que acudir al contrato de trabajo y a la negociación colectiva como principales herramientas reguladoras y limitadoras de dicho poder. Incluso también, podríamos recurrir a aquellas instrucciones que el empresario pudiera haber establecido al respecto.

Estas «reglas» o «normas de uso» de los distintos medios telemáticos han de ser acordadas mediante Convenio Colectivo o contrato de trabajo, debiendo estar reflejadas expresamente de forma clara y concisa y teniendo en cuenta los matices y condicionantes de cada caso, para así tal vez, facilitar la interpretación y aplicación deseada y posibilitar la resolución de aquellos casos en los que existan controversias y litigios al respecto. De esta forma, se protegerían tanto los derechos del empresario como los del trabajador y facilitaría el cumplimiento de sus obligaciones. Claro que todo ello, y siempre, teniendo en cuenta el cumplimiento por ambas partes de la «buena fe» en el trabajo y por parte del trabajador, de la buena diligencia en su prestación laboral.

En las relaciones laborales, tanto el poder de dirección y control del empresario como su facultad de control y vigilancia de la prestación laboral, no es absoluto y no debe implicar la privación al trabajador, ya no como ciudadano sino como trabajador por cuenta ajena, tanto de los derechos que la CE le reconoce como de aquellos otros que le repercuten indirectamente por el establecimiento de limitaciones a dichas facultades.

Para el ejercicio de tal facultad, el empresario habrá de tener en cuenta los arts. 18 y 20.3 TRLET en relación con el art. 38 CE, sobre el reconocimiento de la libertad de empresa en relación con el ejercicio y defensa de su productividad. Ambos artículos del

TRLET han de aplicarse de forma simultánea sin ser excluyentes entre sí. Con esto quiero decir, que el derecho que le confiere al empresario el art. 20.3 TRLET con respecto al art. 38 CE, se ha de limitar, de acuerdo con el art. 18 TRLET, al horario de trabajo, a realizarse públicamente y en presencia de algún representante de los trabajadores o notario, respetando, en todo caso, los derechos que el art. 18 CE confiere al trabajador, es decir, el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la dignidad, éste último propugnado a su vez por el art. 10 CE y arts. 18 y 4.2.e) TRLET. Además, en dicho ejercicio, el empresario deberá de tener en cuenta los límites marcados por el TRLET. En la adopción de las medidas que estime más oportunas, deberá justificar ya no solo su establecimiento, sino el uso que hará de ellas y su finalidad, que ha de ser legal, cualquiera que sea el tipo de uso asignado a los instrumentos empresariales puestos a disposición del trabajador o de la tolerancia admitida en su utilización. Tampoco deberá adoptar criterios discriminatorios al seleccionar a los trabajadores sobre los que recaerán dichas medidas para así, de esta forma, evitar la vulneración del «principio de igualdad» del art. 14 CE.

A la hora de aplicar medidas de vigilancia y control, habrá que distinguir entre elementos de producción y aquellos otros destinados a un uso o finalidad distinta para los que son cedidos. Pero también, habrá que diferenciar entre los distintos espacios que puedan existir dentro del centro de trabajo en los que se desarrolla la actividad laboral y aquellos otros, que por su carácter de «privado», el trabajador va a poder ejercer su derecho a la intimidad y donde va a estar amparado por el art. 18.1 CE. Aunque también es cierto, que en aquellos espacios donde se desarrolla la actividad laboral puedan presentarse situaciones, conversaciones, datos, informaciones, etc., que pertenezcan a la «intimidad» y «privacidad» del trabajador y que habrá que tener en cuenta a la hora de juzgar el establecimiento, uso o finalidad de las medidas.

En relación a las comunicaciones, ya hemos indicado que tendremos que considerar la naturaleza o el carácter de aquellas, los diferentes canales utilizados para su realización ya que, en cualquiera de los diferentes elementos, medios, espacios, situaciones, etc., podríamos encontrar componentes pertenecientes a la intimidad del trabajador. El art. 18.3 CE garantiza constitucionalmente el secreto de las mismas y en especial, las postales, telegráficas y telefónicas. Este derecho debería, y así lo creo, de ser extensible a los mensajes transmitidos por correo electrónico ya que no dejan de ser «comunicaciones» realizadas a través de medios diferentes pero con otro formato, el

digital, por lo que deberían de recibir el mismo tratamiento que reciben las comunicaciones postales. Es un derecho ligado estrechamente al derecho a la intimidad y con eficacia «*erga omnes*».

Respecto a las comunicaciones ya realizadas, tal y como hemos desarrollado en el trabajo, se prohíbe su interceptación, el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, las injerencias de terceros entre emisor y receptor, ya sean públicos o privados, y revelar, especialmente a terceros, aquella parte de la información que no sea relevante a efectos profesionales o disciplinarios aunque haya sido obtenida lícitamente. Por lo tanto, la fiscalización de las comunicaciones está prohibida salvo cuando se trate de salvaguardar intereses constitucionales, siempre que no transgreda el contenido esencial del derecho, debiendo de existir una resolución judicial motivada y sobre todo, mientras se cumpla con el «principio de proporcionalidad»

A su vez, el derecho al «secreto de las comunicaciones» es extensible a la actividad sindical dentro de la empresa o centro de trabajo, estando prohibida igualmente su interceptación, entorpecimiento u obstrucción voluntaria y además, el filtro que de ellas pudiera realizar la empresa, para así evitar la transgresión del derecho a la libertad sindical y del derecho al secreto de las comunicaciones. Respecto al art. 8.2.a) LOLS, considero que está inadecuado a las TIC o al menos, debería permitir una interpretación en un sentido más amplio. Es un precepto que, si nos atenemos a lo indicado en el art. 3 del Código Civil, sigue haciendo referencia a un espacio «físico» por lo que muestra una clara inadecuación a los nuevos medios y formas de comunicación y a su capacidad evolutiva y de innovación. Por lo tanto, sería necesario que la norma hiciera referencia a las nuevas formas de comunicación y a los nuevos espacios, tanto «físicos» como «digitales» e incluso «virtuales», para facilitar su interpretación y aplicación. Así mismo, y en relación a lo expuesto, la limitación establecida en el art. 8.1.b) LOLS, entiendo que quedaría igualmente obsoleta ya que, con los nuevos medios y formas de comunicación, se podría permitir un uso y un acceso, «a elección» de las partes, durante las 24 horas del día, posibilitando la realización de dicha actividad fuera de las horas de trabajo para así no entorpecer la actividad normal de la empresa. Claro que, con la limitación del horario de apertura del centro de trabajo respecto al uso de aquellos medios que estén dentro de la empresa.

Respecto a los «registros» sobre las “*taquillas y efectos particulares*” a los que hace referencia el art. 18 TRLET, como ya concluimos en su momento, dicho precepto queda igualmente obsoleto al no contemplar aquellos otros medios, espacios, situaciones, elementos, etc., que han originado la intromisión de las TIC en las relaciones laborales. Considero que la única diferencia existente entre aquellos espacios y elementos que contempla el TRLET y aquellos otros proporcionados por las TIC, radica en el formato o tipo de soporte, es decir, unos son elementos «físicos» y otros «digitales» e incluso «virtuales», por lo que estimo que dicho precepto ha de ser modificado en este aspecto. Por ello, considero que el empresario a la hora de realizar el «registro» sobre estos nuevos medios y elementos ha de estar sometido igualmente a las limitaciones del art. 18 TRLET.

Creo que siempre sería mejor prevenir que detectar y controlar, por lo que el empresario debería de salvaguardar el derecho al secreto de las comunicaciones utilizando e insertando en el sistema informático todo aquello que sea necesario y suficiente para evitar la violación de este derecho, además de tener que proteger la identidad subjetiva de los interlocutores o corresponsales. La capacidad de control de acceso y de uso de las comunicaciones corresponden al individuo, emisor o receptor, y me refiero a todas las comunicaciones, sea cual sea el sub-ámbito al que pertenezca, privado o estrictamente laboral, incluyendo las consideradas como «secretas», aunque sea necesaria una clave de acceso para llegar a ellas, ya que de lo contrario, estaríamos ante lo que se podrían considerar como «efectos personales» del individuo y por lo tanto, estarían al amparo del art. 18.1 CE. Ahora bien, una vez finalizado el proceso de comunicación, la propia comunicación deja de estar tutelada por el art. 18.3 CE pero pasaría a estar protegida, igualmente, por aquellas normas que protegen el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE y demás derechos que amparan al trabajador, como puede ser el derecho a la dignidad.

Dependerá entonces de las restricciones, de los permisos para su uso, del tipo de cesión de los medios telemáticos que realice el empresario a los trabajadores (incluyendo el software instalado o permitido), del tipo de canal utilizado para la comunicación («cerrado» o «abierto»), del momento en que se realiza la interceptación y de la dimensión del contenido (objetiva o subjetiva) para determinar la existencia o no de infracción por parte del empresario del derecho a la intimidad, a la dignidad y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores. Claro que estas consideraciones

tienen doble sentido debido a que también determinarán la existencia de incumplimiento laboral de éstos últimos. Sin embargo, la navegación por internet no estaría amparada por el art. 18.3 CE por no existir un proceso de comunicación como tal entre personas, tal y como ocurre en las comunicaciones realizadas a través de los correos electrónicos o mensajería. Además, el hecho en sí de navegar se ha de tratar como un «acceso» a una información o a unos conocimientos que un tercero ha puesto a disposición de todo aquel que la pretenda, por lo que su elección y consulta es libre.

Por todo ello, el trabajador ha de ser informado fehacientemente de las normas de uso, de los medios utilizados para el control y vigilancia existentes en el centro de trabajo, del uso y finalidad general o específica que les vaya a dar el empresario y de la posible fiscalización que pueda realizar éste de las comunicaciones. Son medidas que van a posibilitar la comprobación de una posible existencia de incumplimiento laboral por parte del trabajador o de la vulneración de sus derechos fundamentales, pero además, son necesarias para poder permitir el acceso al contenido de los elementos o medios cedidos por el empresario llegado el caso. En este último caso, para evitar la infracción de los derechos fundamentales referidos, es necesaria una autorización judicial o la del propio trabajador, ya se encuentren en elementos o medios cedidos por el empresario al trabajador o en comunicaciones que se realicen a través de ellos. Aunque mediante la autorización del trabajador pueda existir una renuncia voluntaria de éste al derecho al secreto de las comunicaciones o a otros derechos fundamentales durante la vigencia del contrato, ésta no ha de entenderse como absoluta ni ilimitada. Con esto quiero decir que el empresario ha de demostrar la existencia de indicios de un uso inadecuado o prohibido que suponga un incumplimiento contractual o la inexistencia de buena fe y diligencia en el trabajo para poder posibilitar, en un principio, un uso legal de su facultad de control y vigilancia sin tener que invadir los derechos a la intimidad, a la dignidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador. Pero al igual que, tal y como hemos indicado anteriormente, estas facultades no son absolutas, los derechos que el art. 18 CE confiere al trabajador no son absolutos ya que, como excepción, se permitirá su intromisión cuando se trate de salvaguardar intereses constitucionales siempre que no transgreda el contenido esencial del derecho, debiendo de existir una resolución judicial motivada y sobre todo, mientras se cumpla con el «principio de proporcionalidad».

Por todo lo dicho, el control y vigilancia del empresario habrá de someterse a mayores requisitos formales y causales, o dicho de otra manera, habría que conciliar dicha facultad con los intereses y derechos fundamentales del trabajador cumpliendo con las exigencias del «principio de proporcionalidad»: juicio de idoneidad (elemento de idoneidad), juicio de necesidad (elemento de causalidad) y juicio de proporcionalidad en sentido estricto (o elemento de mínima repercusión). Cuando hablamos del «principio de proporcionalidad», nos referimos también a cómo posibilitar la «legalidad» de las pruebas obtenidas a través de estos instrumentos caso que el empresario opte por sancionar o despedir al trabajador por causa de las irregularidades que hubiera podido cometer. El «principio de proporcionalidad» se constituye, por tanto, como una reacción ante el posible incumplimiento laboral del trabajador, de ahí su importancia en su exigencia al «principio de legalidad» como otro de los principios que lo soportan en cuanto al ajuste de las medidas adoptadas a los fines que lo justifican.

9. BIBLIOGRAFÍA

BLASCO PELLICER, C.: Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 15, 2009. [en línea]. [Consulta: 06/04/2016]. Recuperado de la base de datos de Aranzadi Social.

CALVO GALLEGO, F. J.: TIC y el poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso del Facebook y redes sociales. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 71/20129, 2012. [en línea]. [Consulta: 02/05/2016]. Recuperado de la base de datos de Aranzadi.

GONZÁLEZ DEL REY RODRIGUEZ, I. Y MENÉNDEZ SEBASTIAN, P.: La prueba en el proceso laboral: objeto, carga y posibilidades de impugnación. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 10, 2006. [en línea]. [Consulta: 12/07/2016]. Recuperado de la base de datos de Aranzadi Social.

GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial.* Cívitas, Madrid, 1988.

LLAMOSAS TRAPAGA, A.: *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Una relación fructífera no exenta de dificultades,* Dykinson, Madrid, 2015.

MANTECA VALDELANDE, V.: Control del empresario sobre el uso del ordenador por los trabajadores: alcance, contenido y límites. *Actualidad Jurídica Aranzadi Social*, 2008.

MARTÍN MAZZUCCONI, C., SEMPERE NAVARRO, A.V., QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., MELÉNDEZ MORILLO VELARDE, L., MATEOS Y DE CABO, O., & LIEBERWITZ, R.L.: *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico.* Eolas, Madrid, 2014.

MARÍN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones.* Tirant lo Blanch, Sevilla, 2005.

MARÍN ALONSO, I.: *La mensajería electrónica en la empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones. A propósito de la STC 241/2012, de 17 de diciembre.* *Revista La Ley Digital*, nº 1195/2013, 2013, págs. 5. [en línea]. [Consulta: 28/06/2016]. Recuperado de la base de datos de Editorial LA LEY.

MERCADER UGUINA, J. R.: *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L.: El control empresarial del correo tras la STC 170/2013. , nº 11/2014, 2014, pág. 7. [en línea]. [Consulta: 15/05/2016]. Recuperado de la base de datos de Aranzadi.

MONTERO AROCA, J., CARRATALÁ TERUEL, J.L. Y MEDIAVILLA CRUZ, M.L.: *Proceso laboral práctico*. En AAVV., Aranzadi, Navarra, 2003.

MONTOYA MELGAR, A.: Nuevas tecnologías y buena fe contractual (buenos y malos usos del ordenador en la empresa. *Relaciones laborales, Sección Monografías*. 5-6, 2009. [en línea]. [Consulta: 22 marzo 2016]. Recuperado de la base de datos de La Ley Digital.

RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: El nacimiento de una nueva era*. Paidós Ibérica, Barcelona, 1996.

RIFKIN, J.: Liderando la Tercera Revolución Industrial: La Nueva Agenda Energética de la Unión Europea para el Siglo XXI - La Próxima Etapa de la Integración Europea-. *ectp.org/Google Académico*, 2007, p.5. Recuperado el 21 de mayo de 2016 desde:

<https://scholar.google.es/scholar?bav=on.2.or.&bvm=bv.122448493,d.d24&biw=1188&bih=521&dpr=1.15&um=1&ie=UTF-8&lr&q=related:xnlRsjIrykRKM:scholar.google.com/>

ROQUETA BUJ, R.: *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SAIZ GARITAONANDIA, A.: Algunas notas sobre el secreto de las comunicaciones personales y la posible intervención de las mismas. *Civitas*, 2010. [en línea]. [Consulta: 27/04/2016]. Recuperado de la base de datos de Aranzadi Social.

SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Junta de Andalucía, Sevilla, 2011.

SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A.: El acceso por el empresario al correo electrónico de los trabajadores. *Diario La Ley*. Ref. D-228 tomo 6, 2001. [en línea]. [Consulta: 22/03/2016]. Recuperado de la base de datos de La Ley.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías*. Tirant lo Blanch “Colección laboral”, Valencia, 2004.

10. ANEXOS

10.1 APÉNDICE LEGISLATIVO

- Constitución Española, de 27 de diciembre de 1.978.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de enero, de “Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de “Protección de datos de carácter personal”. Modificada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de “Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”.
- Ley 23/1992, de 30 de julio, de “Seguridad privada”.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de “Servicios de la Sociedad de información y de comercio electrónico”, en relación a internet.
- Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de “Firma Electrónica”.
- Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Incorpora la Directiva 2001/29/CE a nuestro ordenamiento jurídico.
- Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.
- Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
- Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de “Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información”.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre de 2015, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
- Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1.889.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de “protección de datos de carácter personal”.

- Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica.
- Directiva 1995/46/CE, de “Tratamiento de datos personales y libre circulación”, al amparo su art. 29 se crea el grupo de trabajo sobre protección de datos constituido en la UE. Esta Directiva quedará derogada el día 25 de mayo de 2018 por el Reglamento 2016/679/UE, de 27 de abril.
- Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo.
- Directiva 2002/19/CE, sobre el acceso a redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión.
- Directiva 2002/20/CE, de autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.
- Directiva 2009/136/CE, que modifica la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Deroga la Directiva 1997/66/CE, de “Tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas”.
- Directiva 2009/140/CE, que modifica la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.
- Reglamento 2016/679/UE, de 27 de abril, que derogará la Directiva 94/46/CE el día 25 de mayo de 2018 (esta Directiva derogó a su vez las Directivas 1988/301 y 1990/388).
- Reglamento 611/2013/UE, de 24 de junio, relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.
- Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999. BOE 6 mayo 1999, núm. 108, [pág. 16808]; rect. BOE, núm. 140, [pág. 22596].

10.2 CONVENIOS COLECTIVOS CONSULTADOS

- XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Registrado y publicado mediante Resolución de 3 de agosto de 2015 (código de convenio nº 99004235011981) y que fue suscrito con fecha 16 de julio de 2015.
- V Convenio Colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (código convenio nº 99012405011999), registrado y publicado mediante Resolución de 16 de octubre de 2013 y que fue suscrito el 3 de abril de 2013.

10.3 APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 24 de febrero 1984 (RJ 1984,918).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 11 de septiembre 1986 (RJ 1986,5134).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 21 de julio 1988 (RJ 1988,6220).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 19 de julio 1989 (RJ 1989,5878).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 24 enero 1990 (RJ 1990,206).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 12 de marzo 1997 (RJ 1997,2892).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 26 de septiembre 2006 (RJ 2007,7514).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 7 de marzo 2007 (RJ 2007,2390).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 26 de septiembre 2007 (RJ 2007,7514).
- **España.** Tribunal Supremo. Auto de 17 de diciembre 2008 (JUR 2009,58966).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 1 de julio 2010 (RJ 2010,8438).
- **España.** Tribunal Supremo. Auto de 4 de noviembre 2010 (JUR 2010,21746).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 8 de marzo 2011 (RJ 2011,932).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 6 de octubre 2011 (RJ 2011,7699).
- **España.** Tribunal Supremo. Sentencia de 7 de julio 2016 (RJ 2016,4434).
- **España.** Tribunal Supremo. Auto de 15 de septiembre 2016 (JUR 2016,212088).
- **España.** Audiencia Provincial. Sentencia de 25 de febrero 1998 (ARP 4021,1988).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia de 25 de febrero 2000 (AS 2000,562).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia de 22 de abril 2003 (JUR 159912,2003).

- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia nº 1619/2003, de 9 de mayo 2003 (AS 2003,2840).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia, de 22 de mayo 2001 (AS 2007, 3132).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia, de 5 de junio 2007 (AS 2001,2870).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sentencia de 11 de octubre 1999 (AS 1999,6424).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sentencia de 4 de marzo 2002 (AS 2002,1342).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sentencia de 19 de enero 2004 (JUR 2004,69775).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sentencia de 13 de noviembre 2002 (AS 2003,850).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia núm. 4522/2000, de 23 de mayo de 2000 (AS 2000,1934).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia núm. 5886/2000, de 4 de julio 2000 (AS 2000,3452).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia núm. 9382/2000, de 14 de noviembre (AS 2000,3444).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia, de 29 de enero (AS 2001,577).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia, de 18 de septiembre (AS 2001,316116).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia, de 26 de abril (LA LEY JURIS 2002,7245).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 16 de septiembre 2002 (AS 2637,2002).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia núm. 7692/2004, de 6 de junio (AS 2003,2272).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 11 de marzo 2004 (AS 2004,1231).

- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 22 de julio 2004 (AS 2004,2696).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia núm. 7692/2004, de 4 de noviembre 2004 (JUR 2004,16535).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia, de 4 de mayo 2005 (TOL 2005,664265).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia, de 6 de mayo 2005 (TOL 2005,664412).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sentencia de 20 de febrero 2004 (AS 2004,443).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sentencia de 23 de febrero de 2004 (AS 2004,444).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sentencia de 26 de agosto 2004 (AS 2004,2513).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sentencia de 29 de enero 2001 (JUR 2001,122571).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sentencia de 29 de marzo 2004 (JUR 2004,141046).
- **España.** Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid). Sentencia de 8 de noviembre 2004 (AS 2004,3073).
- **España.** Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana. Sentencia de 15 de mayo 2003 (JUR 115407,2004).
- **España.** Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana. Sentencia de 26 de junio 2003 (AS 2004,1111).
- **España.** Tribunal Superior de la Extremadura. Sentencia de 30 de julio 2014 (AS 2014,2330).
- **España.** Tribunal Superior de Galicia. Sentencia de 4 de octubre 2001 (AS 2001,3366).
- **España.** Tribunal Superior de Galicia. Sentencia de 16 de julio 2003 (JUR 2004,178294).
- **España.** Tribunal Superior de Galicia. Sentencia de 21 de noviembre 2003 (JUR 2004,57945).

- **España.** Tribunal Superior de Galicia. Sentencia de 4 de octubre 2001 (AS 2001,3366).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia núm. 721/1998, de 16 de octubre 1998 (AS 1998,3780).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia, de 13 de noviembre 2001 (AS 2002,471).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia, de 21 de noviembre 2001 (JUR 2002,36596).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia, de 21 de diciembre 2001 (LA LEY JURIS 2001,1046423).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia, de 25 de abril 2002 (JUR 2002,167962).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia, de 14 de mayo 2002 (JUR 2002,199028).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia de 18 de septiembre 2002 (AS 2002,2828).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia de 10 de abril 2003 (AS 2003,3257).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia de 16 de diciembre 2003 (AS 2004,2297).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia, de 17 de enero 2005 (TOL 2005,583549).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia, de 25 de enero 2005 (TOL 2005,557886).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia núm. 415/2005, de 31 de mayo 2005 (TOL 2005,669413).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia, de 21 de junio 2005 (TOL 2005,678032).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia, de 27 de abril 2010 (JUR 2010, 232556).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia núm. 346/2011 de 28 abril 2011 (AS 2011,1148).

- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia núm. 606/1999, de 15 de junio 1999 (AS 1999,2504).
- **España.** Tribunal Superior de Madrid. Sentencia, de 19 de mayo 2004 (JUR 2004,299961).
- **España.** Tribunal Superior de Murcia. Sentencia, de 15 de junio 1999 (AS 1999,2504).
- **España.** Tribunal Superior de Murcia. Sentencia, de 22 de febrero 2016 (AS 2016, 279).
- **España.** Tribunal Superior de La Rioja. Sentencia de 26 de mayo 1998 (AS 1998,1413).
- **España.** Tribunal Superior de La Rioja. Sentencia de 26 de mayo de 1998 (AS 1998,2670).
- **España.** Tribunal Superior de La Rioja. Sentencia de 4 de febrero de 2003 (JUR 2003,122042).
- **España.** Tribunal Superior del País Vasco. Sentencia de 4 de junio de 2002 (AS 2003,1543).
- **España.** Tribunal Superior del País Vasco. Sentencia de 4 de febrero de 2003 (JUR 2003,122042).
- **España.** Juzgado de lo Social de Barcelona. Sentencia núm. 606/1999, de 10 de septiembre 2001 (AS 2776,2001).
- **España.** Tribunal Constitucional. Auto núm. 30/1998, de 28 de enero 1998 (RTC 30/1998 AUTO).
- **España.** Tribunal Constitucional. Auto núm. 423/2004, de 4 de noviembre 1984 (RTC 423/2004 AUTO).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 114/1984, de 29 de noviembre 1984 (RTC 1984,114).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 88/1985, de 9 de julio 1985 (RTC 1985,88).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 149/1987, de 30 de septiembre 1987 (RTC 1987,149).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 170/1987, de 30 de octubre 1987 (RTC 1987,170).

- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 167/1988, de 27 de septiembre 1987 (RTC 1988,167).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 231/1988, de 2 de diciembre 1988 (RTC 1988,231).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 37/1989, de 15 de febrero 1989 (RTC 1989,37).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 212/1990, de 20 de diciembre 1990 (RTC 1990,212).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 197/1991, de 17 de octubre 1991 (RTC 1991,197).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 87/1992, de 8 de junio 1992 (RTC 1992,87).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 142/1993, de 22 de abril 1993 (RTC 1993,142).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 254/1993, de 20 de julio 1993 (RTC 1993,254).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 292/1993, de 18 de octubre 1993 (RTC 1993,292).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 57/1994, de 28 de febrero 1994 (RTC 1994,57).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 99/1994, de 11 de abril 1994 (LA LEY 13125/1994).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 143/1994, de 9 de mayo 1994 (RTC 1994,143).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 1/1996, de 15 de enero 1996 (RTC 1996,1).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 34/1996, de 11 de marzo 1996 (RTC 1996,34).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 127/1996, de 9 de julio 1996 (RTC 1996,127).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 207/1996, de 16 de diciembre 1996 (RTC 1996,207).

- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 170/1997, de 14 de octubre 1997 (RTC 1997,170).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 37/1998, de 17 de febrero 1998 (RTC 1998,37).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 52/1998, de 3 de marzo 1998 (RTC 1998,52).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 49/1999, de 5 de abril 1999 (RTC 1999,49).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 90/1999, de 26 de mayo 1999 (RTC 1999,90).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 166/1999, de 27 de septiembre 1999 (RTC 1999,166).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 171/1999, de 27 de septiembre 1999 (RTC 1999,171).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 202/1999, de 8 de noviembre 1999 (RTC 1999,202).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 10/2000, de 17 de enero 2000 (RTC 2000,10).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 98/2000, de 10 de abril 2000 (RTC 2000,98).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 126/2000, de 16 de mayo 2000 (RTC 2000,126).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 186/2000, de 10 de julio 2000 (RTC 2000,186).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 299/2000, de 11 de diciembre 2000 (RTC 2000,299).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 14/2001, de 29 de enero 2001 (RTC 2001,14).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 202/2001, de 15 de octubre 2001 (RTC 2001,202).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 70/2002, de 3 de abril 2002 (RTC 2002,70).

- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 83/2002, de 22 de abril 2002 (RTC 2002,83).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 123/2002, de 20 de mayo 2002 (RTC 2002,123).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 213/2002, de 11 de noviembre 2002 (RTC 2002,213).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 218/2002, de 25 de noviembre 2002 (RTC 2002,218).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 2/2003, de 16 de enero 2003 (RTC 2003,2).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 14/2003, de 20 de julio 2003 (RTC 2003,14).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 56/2003, de 24 de marzo 2003 (RTC 2003,56).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 127/2003, de 30 de junio 2003 (RTC 2003,127).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 189/2004, de 2 de noviembre 2004 (RTC 2004,189).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 25/2005, de 14 de febrero 2005 (RTC 2005,25).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 233/2005, de 26 de septiembre 2005 (RTC 2005,233).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 281/2005, de 7 de noviembre 2005 (RTC 2005,281).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 41/2006, de 13 de febrero 2006 (RTC 2006,41).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 281/2006, de 9 de octubre 2006 (RTC 2006,281).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 230/2007, de 5 de noviembre 2007 (RTC 2007,230).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 70/2009, de 23 de marzo 2009 (RTC 2009,70).

- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 173/2011, de 7 de noviembre 2011 (RTC 2011,173).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 12/2012, de 30 de enero 2012 (RTC 2012,12).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 142/2012, de 2 de julio 2012 (RTC 2012,142).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 241/2012, de 17 de diciembre 2012 (RTC 2012,241).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 29/2013, de 11 de febrero de 2013 (RTC 2013,29).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 115/2013, de 9 de mayo 2013 (RTC 2013,115).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 170/2013, de 7 de octubre 2013 (RTC 2013,170).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 187/2014, de 17 de noviembre 2014 (RTC 2014,187).
- **España.** Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 39/2016, de 3 de marzo 2013 (RTC 2016,39).
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Caso Malone contra Reino Unido. Sentencia de 2 agosto 1984 (TEDH 1984,1).
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Caso Niemitz contra Alemania. Sentencia de 24 abril 1990 (TEDH 1990,1).
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Caso Kruslin y caso Huving contra Francia. Sentencia de 16 diciembre 1992 (TEDH 1992,77).
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Caso Halford contra Reino Unido. Sentencia de 25 junio 1997 (TEDH 1997,37).
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Caso Lambert contra Francia. Sentencia de 24 agosto 1997 (TEDH 1998,40).
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Caso Amman contra Suiza. Sentencia de 16 de febrero 2000 (TEDH 2000,87).
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Caso Rotaru contra Rumania. Sentencia de 4 mayo 2000 (TEDH 2000,130).

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Caso P. G. y J. H. contra Reino Unido. Sentencia de 25 septiembre 2001 núm. 2001/552.
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Caso P. G. y J. H. contra Reino Unido. Sentencia de 28 de enero 2003.
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Caso Copland contra Reino Unido. Sentencia de 3 abril 2007 (TEDH 2007,23).
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Caso Barbulescu contra Rumania. Sentencia de 12 de enero de 2016 (TEDH 2016,1).

10.4 NOTAS

(1) «**Flexibilidad económica**» supone: «... *la capacidad de adaptación de la empresa a sus mercados fluctuantes – y designa- el modo de adecuar el sistema productivo, la organización del trabajo y los recursos humanos disponibles a las variaciones de la demanda en cantidad y calidad*», por flexibilidad productiva entiende «*la capacidad de adaptación en la producción sin incurrir en costes elevados -tiempo, calidad, esfuerzo, o rendimiento-*», la flexibilidad laboral «*más que referida al derecho del trabajo en su conjunto, es en realidad la flexibilidad del mercado de trabajo... y habrá de considera simultáneamente aspectos como la flexibilización numérica, la flexibilización funcional y la flexibilización financiera*» citado por BLASCO PELLICER, C., op.cit., 2009, pág.6.

(2) La «**flexibilidad externa**», propicia que las empresas que desarrollan distintas fases del proceso productivo estén interconectadas facilitando la descentralización y la externalización productiva que se traducirá en una diversificación de las formas de trabajo. La flexibilidad interna, además de facilitar esta descentralización y externalización, persigue una mejor adaptación a las exigencias del mercado con consecuencias en la determinación temporal de la prestación, del salario y en el contenido y capacidad de trabajo cuyo efecto es la tendencia a la desaparición de aquellas tareas que pueda realizar una máquina con la consecuente e innecesaria participación de la mano de obra del trabajador³⁰⁷. La «flexibilidad externa» se puede dividir en dos grupos:

³⁰⁷ BLASCO PELLICER, C., op.cit., 2009, págs.7-9.

- a) La «**flexibilidad externa de entrada**», viene referida a la posibilidad de contratar trabajadores sin garantizar la estabilidad laboral y sólo mientras existan necesidades específicas y temporales de la empresa; se flexibiliza el ingreso a la relación laboral, reconociendo al empresario una importante libertad de contratación temporal, o facilitando la utilización de modalidades contractuales distintas del contrato por tiempo indefinido.
- b) La «**flexibilidad externa de salida**», pretende, en mayor o menor medida la posibilidad de efectuar suspensiones y extinciones de contratos de trabajo de forma ágil y barata, en definitiva se facilita el despido, bien ampliando la operatividad de las causas de justificación del despido o bien disminuyendo la cuantía de las indemnizaciones.

(3) **Derecho a la intimidad:** En nuestra CE no existe una definición del derecho a la intimidad personal por lo que la tendremos que obtener en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en aquellos tratados internacionales que haya suscrito España como por ejemplo el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (arts. 8 y 10) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 7 y 8).