

REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

**UTILIZACIÓN EN LA EMPRESA
DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS
(CONTROL EMPRESARIAL
E INTIMIDAD DEL TRABAJADOR)**

Discurso leído el día 27 de junio de 2014 en la Solemne Sesión de Ingreso
del Académico de Número

EXCMO. SR.

DON JESÚS SOUTO PRIETO

y contestación del

EXCMO. SR.

DON JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ

Académico de Número



A Coruña, 2014

© de la edición: RAGJYL
© de los textos: sus autores

ISBN: 978-84-9812-246-6
Depósito Legal: C-1110-2014

Patrocina la edición: Excm. Diputación Provincial de A Coruña
Imprenta Provincial - A Coruña

ÍNDICE

Salutación.....	9
Introducción	11
I.–CONTROL AUDIOVISUAL E INTIMIDAD DEL TRABAJADOR	15
A) Doctrina tradicional de suplicación.....	16
B) Doctrina del Tribunal Constitucional: SSTC 98/2000 y 186/2000	18
C) Recepción de esta doctrina constitucional por la doctrina de suplicación del orden social.	24
1.–Captación de imágenes en el puesto de trabajo.....	24
2.–Videovigilancia en lugares distintos del correspondiente a la ejecución del trabajo	27
a) Distinción entre lo público y lo privado en los espacios de la empresa no destinados a la ejecución del trabajo.....	27
b) Videovigilancia fuera del centro de trabajo.....	27
c) Videovigilancia en relación con el derecho de huelga.....	30
D) Crítica de la situación judicial originada por la aplicación generalizada de la doctrina de la ponderación	31
1.–Contenido protegido por el derecho a la intimidad (art. 18 CE) frente al control empresarial	33
2.–Control empresarial frente al derecho a la intimidad	35
3.–La referencia a la dignidad humana como límite de control	38
E) Videovigilancia y derecho a la propia imagen.....	39
F) Videovigilancia y protección de datos	41
G) Otros instrumentos de control recientes	42

II.–CONTROLES INFORMÁTICOS Y EL USO DEL ORDENADOR EN LA EMPRESA (DOCTRINA UNIFICADORA DEL TRIBUNAL SUPREMO)...	43
A) Determinación del conflicto	43
B) Doble aspecto: sustantivo y procesal	45
1.–Plano procesal: Prueba ilícita por vulneración del derecho fundamental a la intimidad.....	45
2.–Plano sustantivo: La infracción laboral.....	51
C) Marco legal insuficiente	52
D) Doctrina judicial.....	54
1.–De suplicación.....	54
2.–Unificación de doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo: SSTs de 26/9/07 (Rcud 966/06) y de 8/3/11 (Rcud. 1826/10)	58
3.–Recepción de la doctrina unificada del TS por los Tribunales de Suplicación	64
4.–Mayor matización de la doctrina unificada de la Sala IV TS por sentencia de 6 de octubre de 2011 (Rcud 4053/10), del Pleno de la Sala	66
5.–Observaciones críticas tras la última doctrina unificada por la sentencia de 6 de octubre de 2011	71
E) Conclusiones, sobre el estado actual de la cuestión.....	72
1.–Prohibición absoluta de usos personales	73
2.–Autorización de los usos personales	76
3.–Falta de prohibición y de autorización del uso personal	76
III.–CONTROL DEL CORREO ELECTRÓNICO Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	79
A) Consideraciones generales en la doctrina constitucional, judicial y científica	79
B) Doctrina última del Tribunal Constitucional sobre el secreto de las comunicaciones y la ilicitud de la prueba.....	88
1.–STC 241/2012, de 17 de diciembre	88
2.–STC 170/2013, de 7 de octubre.....	93
C) Conclusiones.....	98
1.–Autorización del uso personal.....	99
2.–Prohibición de uso personal	99
3.–Inexistencia de prohibición o autorización.....	99
D) Tercero ajeno a la relación laboral que interviene en la comunicación	100
CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. D. JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ	103

I

DISCURSO

del

EXCMO. SR.

DON JESÚS SOUTO PRIETO

Excelentísimos Sres. Académicos

Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades

Sras. y Sres.:

Vaya en primer lugar mi sincero y profundo agradecimiento a la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación por acogerme en su seno. Esta designación, que acepto con sano orgullo por el honor que se me dispensa, comporta el compromiso, del que me responsabilizo, de sentirme más vinculado a los Juristas y al Derecho de Galicia. Tengo la sensación de que mi vocación jurídica es casi innata, quizá por el especial sentido jurídico connatural a los gallegos y, naturalmente por razones familiares que vosotros conocéis. Espero que vuestro magisterio, estímulo, comprensión y benevolencia me permitan cumplir con dicho compromiso y con esta confianza me integro desde hoy plenamente en esta docta Institución, recordando, además, el honor que supone suceder en la vacante a un gallego tan relevante como D. Marcelino Cabanas Rodríguez, que después de ocupar importantes cargos, de carácter técnico (Letrado del Ministerio de Justicia) y de carácter político (Subsecretario de dicho Ministerio) pasó a integrarse en la judicatura como Magistrado del Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado como el actual es un hecho irreversible la invasión de las nuevas tecnologías en todas las esferas de la vida, fenómeno que tiene un crecimiento exponencial y que hace imprevisible imaginar siquiera los cambios que experimenta de continuo ¹ por impulso de la propia globalización y de la competencia internacional. Estas innovaciones técnicas inciden en casi todas las esferas de la vida de las personas, lo cual causa una justificada inquietud, sobre todo al producirse iniciativas de carácter político que permiten interferir en las relaciones humanas de ámbito privado ² .

Estas tecnologías, en cuanto técnicas que contribuyen a mejorar la producción, propiciando una actualización de las necesidades organizativas y la posibilidad de comprobar el cumplimiento por parte del

1 Se habla ya de sistemas que en las grandes superficies podrían tentar a sus clientes con el olor del pan recién hecho o agencias de viajes que podrían reproducir los olores de playas paradisíacas. Véase cita (1) en “Dimensión Jurídico-Penal del correo electrónico”, Manuel Marchena, Diario La Ley nº 6475, Sección Doctrina, 4 mayo 2006, ref. D-114, E. La Ley 1004/2006.

2 Véase el actual escándalo sobre las escuchas por parte de la NSA. Manuel Marchena, en la obra citada, ya daba cuenta, a través de la cita correspondiente de que la puesta en funcionamiento del sistema ECHELON nos desnuda como emisores y como destinatarios. En efecto, la *National Security Agency* (NSA) ha creado un sistema global de información y vigilancia con esa denominación, que captura y analiza virtualmente cualquier llamada telefónica, fax, correo electrónico y telemensaje enviado desde cualquier parte del mundo.

trabajador de su prestación laboral, inciden necesariamente en determinados aspectos de las relaciones laborales pues varía el proceso productivo de las empresas, permite un mayor control del empresario sobre el trabajador al ejercitar su poder de dirección y permite también dejar constancia de la propia intervención del trabajador a través de los instrumentos informáticos, constituyendo un medio de prueba para acreditar las conductas irregulares, previniendo así los ilícitos contractuales de carácter laboral. En este sentido lo esencial es buscar un equilibrio entre las facultades empresariales dirigidas a mejorar la productividad y el respeto de los derechos de los trabajadores, evitando sobre todo la lesión de los que tienen carácter fundamental ³.

Al afrontar el análisis de los problemas jurídicos, tanto sustantivos como procesales que se suscitan con el uso de los instrumentos informáticos, se advierte enseguida su carácter interdisciplinar, lo que haría imposible, incluso espacialmente, abarcarlos en este discurso. Ello nos aconseja ceñirnos aquí a los que se suscitan a propósito del control informático de la prestación de trabajo por el empresario, utilizando los instrumentos de la nueva tecnología, haciendo un recorrido sobre la doctrina judicial creada al respecto, describiendo su evolución a raíz de las críticas que tales pronunciamientos fueron suscitando.

3 Como indica Susana Rodríguez Escanciano en “*Innovación tecnológica y productividad empresarial: Posibilidades y límites en un contexto económico de crisis*, Diario La Ley nº 8094, Sección Doctrina, 30 may. 2013, E. La Ley, 2588/2013”: Bajo el objetivo de reforzar la viabilidad de la empresa y del mercado reduciendo los costes organizativos, las nuevas tecnologías permiten no sólo reducir efectivos en el momento de su incorporación a la organización empresarial, sino también hacer viable la futura restricción en los aumentos de personal....

Este recorrido ⁴ se va a centrar en tres formas principales de control: I) el control audiovisual y sus problemas en relación con la intimidad del trabajador; II) control en el uso de ordenadores, particularmente la navegación por internet, y su posible colisión con la intimidad; III) control del correo electrónico y el secreto de las comunicaciones.

4 Siguiendo la estructura analítica propuesta por Aurelio Desdentado Bonete y Ana Belén Muñoz Ruiz, en “*Control informático, Videovigilancia y protección de datos en el trabajo*”, E. Lex Nova, 1ª Edición, mayo 2012.

I.-CONTROL AUDIOVISUAL E INTIMIDAD DEL TRABAJADOR

Ante todo, es preciso recordar que lo que caracteriza a la relación laboral es que consiste en un intercambio de trabajo por salario, pero con una característica especial pues el trabajo se presta dentro del “ámbito de organización y dirección de otra persona”, que es el empresario (art. 1º ET), de modo que no estamos sólo ante una actividad personal que se presta por cuenta ajena, sino que el carácter personalísimo de la prestación del trabajador determina que la actividad se preste bajo la dependencia del empresario, el cual ejerce un poder de dirección sobre el trabajador; poder que supone apoderar al empresario para ejercer un control de la actividad laboral, pues de acuerdo con el art. 20.3 ET “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”, siempre con la limitación derivada del respeto debido a su dignidad humana, y aquí es donde aparece la posibilidad de que esa vigilancia se ejerza utilizando las nuevas tecnologías de reproducción de la imagen y sonido, y que esos instrumentos de reproducción se empleen luego como elementos de prueba para acreditar en un proceso laboral los incumplimientos del trabajador, surgiendo así una posible colisión entre el empleo de esos medios de prueba y ciertos derechos fundamentales del trabajador, fundamentalmente la intimidad,

pero también el derecho a la propia imagen y a la autodeterminación informativa a través de las normas de la protección de datos. Vemos, pues, que en este primer campo del control audiovisual las técnicas de grabación y filmación de la imagen y del sonido operan como medios de vigilancia para controlar que la prestación del trabajo se ejercita de manera regular, pero también funcionan como medios de prueba si el resultado registrado constituye una actividad ilícita, que puede prestarse a dos valoraciones diferentes y compatibles como ilícito laboral o penal ⁵.

A) Doctrina tradicional de suplicación

Tradicionalmente la doctrina judicial de suplicación parte de la consideración de que el empleo de estas nuevas técnicas equivalen a la prolongación de un órgano humano, pues si el empresario puede vigilar con su mirada o con sus oídos –o con los de sus delegados– lo que sucede en la empresa mientras se realiza el trabajo, nada debe impedir que utilice un instrumento técnico para realizar esa función, siempre, claro está, que el control se haga exclusivamente sobre los lugares de trabajo. ⁶. Pero esta posibilidad de captación de imágenes sufre una matización restrictiva cuando se trata de la captación del sonido ⁷, sobre

5 Típico caso del hurto de un trabajador encargado de la caja que se registra mediante la filmación de una video-cámara.

6 La S. TSJ de Galicia de 21/4/1995, AS 1514 señala que el art. 20.3 ET “autoriza a tener una persona en el lugar de la prestación de servicios para vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales, que puede ser sustituida acudiendo a los medios y adelantos que hoy la técnica ofrece, como puede ser la instalación de una cámara de televisión, pero solo limitada a estos fines, lo que excluye todo tipo de publicación y de difusión de imágenes captadas, o de conservación de las mismas una vez visualizadas dentro de un tiempo razonable...., salvo que se haya apreciado infracción sancionable en cuyo supuesto podrán ser conservadas durante y a los solos efectos de prueba”.

7 La S. TSJ de Galicia de 25/1/1996, AS 12, relativa al Casino de La Toja, admitió no sólo la grabación de la imagen sino también del sonido basándose en que tal

la base de que la grabación de las conversaciones afecta de una forma más sensible a la intimidad, en cuanto permite en mayor medida que las imágenes reconstruir aspectos íntimos (ideología, afiliación sindical, religión, creencias, salud, origen racial, vida sexual, etc.).

El criterio básico de esta orientación tradicional radica, por tanto en la consideración de que el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores, tanto en el sentido estricto del desempeño del cometido profesional como en las relaciones con los clientes, lo que supone abarcar las conversaciones del personal y clientes en el desarrollo de dicho cometido profesional y en el lugar de trabajo, sin afectar por tanto a aquellos otros lugares que atienden a finalidades de orden personal de los trabajadores como ocurre con “los lavabos o vestuarios, salas de descanso, comedores o lugares de esparcimiento”.

En cuanto al control audiovisual y sus límites hay fundamentalmente dos posturas:

grabación tenía la misma finalidad de añadir un “mayor control y seguridad a la actividad de juego que la empresa desempeña, y su instalación era conocida por los trabajadores y por el comité de empresa antes de entrar en funcionamiento.... y si su instalación se limita a puntos concretos del centro de trabajo y no se produce por ello de forma generalizada que pudiera resultar arbitraria”, aunque se hace eco de las discrepancias que a este respecto se contenían en la STSJ de Cataluña de 25/4/1994, AS 1478, que había citado el juzgador de instancia, que admite que en determinadas zonas de un hotel se haga la grabación de la imagen, pero no del sonido, razonando que “si la mera toma de imágenes puede considerarse como una actuación de control normal que no vulnera su derecho a la intimidad no puede afirmarse lo mismo de la grabación de sus conversaciones que éstos mantienen entre sí con los clientes, en los que pueden deslizarse conceptos o afirmaciones que afecten al ámbito particular propio del trabajador y aun de los clientes que no existe razón alguna de vigilancia que autorice a la empresa a conocer”. La STSJ Galicia de 25/1/1996 fue luego anulada por la STC 98/2000.

Según la primera, ese control será siempre lícito si se produce en relación con los lugares de trabajo. Se trata de una simple prolongación por medio de instrumentos técnicos de una vigilancia que podría hacerse directamente por el empresario o sus delegados.

De acuerdo con la segunda, ese control no siempre será lícito, siendo necesario acudir a otros elementos, tales como la intensidad del control como su permanencia o su carácter no selectivo, pues un control de estas características se parecería a un modelo orwelliano de control total ⁸.

B) Doctrina del Tribunal Constitucional: SSTC 98/2000 y 186/2000

La doctrina tradicional a que hemos aludido quedó profundamente afectada por la doctrina establecida en estas sentencias. La primera, STC 98/2000 concede el amparo solicitado por el representante del Comité de Empresa del “Casino de La Toja, S.A.” contra la sentencia del TSJ de Galicia de 25/1/1996, que admitió no sólo la grabación de la imagen sino también del sonido en las secciones de caja y del juego de la ruleta francesa, considerando que con ello se vulneraba el derecho fundamental a la intimidad de los afectados , y ello a pesar de que tales grabaciones se realizaban en el lugar de trabajo, mediante micrófonos visibles cuya instalación conocían los trabajadores y el comité de empresa antes de entrar en funcionamiento. Comienza el Tribunal Constitucional rechazando la premisa de la que parte la sentencia impugnada en el sentido de que el centro de trabajo no es el ámbito adecuado para que los trabajadores puedan ejercer su derecho de

⁸ J.Thibault Aranda, “*El control multimedia de la actividad laboral*”, página 18, E. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004 citado por A. Desdentado Bonete en “*Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una nota sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical de correo electrónico*” en Revista Poder Judicial nº 88.

intimidad en la empresa, salvo en determinados lugares (vestuarios, servicios y análogos), afirmando que la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos “*resulta, a fortiori, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores*”, pero “*no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente o entre los propios trabajadores, en la que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral*”, que pertenecen a la esfera privada de la persona, y por ello, a los efectos de la salvaguarda de la intimidad “*habrá que atender no sólo al lugar del centro de trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida...)*....”. A continuación se afirma que la grabación de esas conversaciones de los trabajadores entre sí y de éstos con los clientes lesionan el derecho a la intimidad en cuanto permite captar comentarios privados y ajenos al interés de la empresa, a lo que puede objetarse ⁹, que desde el momento en que se ha advertido de la grabación, la confidencialidad aparece solamente en cuanto expectativa. Por último, la

⁹ A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, obra citada, página 21. Mencionan el caso del telemarketing telefónico, en el que se justifica el control porque se trata de un teléfono de uso exclusivamente profesional. Y el argumento de que los trabajadores “se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa”, se contesta que tal constricción se produciría también si durante el trabajo un encargado de la empresa está presente en la ruleta o en la caja.

sentencia, al reconocer que también existía un interés de la empresa en las escuchas, teniendo en cuenta que podían servir para resolver reclamaciones y transacciones económicas de importancia, considera existente el conflicto entre el interés controlador empresarial en la intimidad de los trabajadores, lo que a su entender obliga a ponderar “*en qué circunstancias puede considerarse legítimo*” el uso de los sistemas audiovisuales de control... (llegando a la conclusión).. de que “*no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad de la empresa y el buen funcionamiento del casino*”, puesto que ya disponía de un sistema de seguridad y control anteriormente establecidos sin que se hubieran detectado fallos en el mismo, no *siendo* “*la mera utilidad o conveniencia*” para la empresa justificación suficiente para dicha instalación complementaria. Concluye por tanto con el otorgamiento del amparo en cuanto el control empresarial por simple conveniencia “*no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima*”, sino desproporcionado, en relación con la finalidad de seguridad perseguida, el sacrificio que implica para la intimidad de trabajadores, e incluso clientes.

Se advierte el casuismo, la inseguridad y el subjetivismo que se derivan de la doctrina de la ponderación, sin resolver antes si realmente existe o no el conflicto entre el control del empresario y la intimidad del trabajador¹⁰.

10 A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, obra citada, página 22: “como siempre el juicio de ponderación es inseguro, pues no se dice que, si las restricciones de la intimidad se hubieran fundado en la aplicación de medidas de control “indispensables” y “estrictamente necesarias”, el resultado podría haber sido otro”.

En la STC 186/2000 se acude también al criterio de la ponderación, dando por supuesto que existe un conflicto entre la facultad empresarial de controlar la actividad laboral de sus empleados y la intimidad de éstos. El caso se refiere al cajero de un economato de empresa al que, como consecuencia de un “descuadre llamativo” en los rendimientos de una sección, y de alguna advertencia sobre irregularidades, se le somete a vigilancia mediante un circuito cerrado de televisión que enfocaba desde el techo solamente las tres cajas registradoras en donde se habían detectado irregularidades y el mostrador de paso de las mercancías. Las cintas de video grabadas revelaron que el actor había realizado de forma reiterada maniobras en el cobro de artículos a los clientes del economato, sustrayendo diferentes cantidades de la caja. La medida no fue comunicada al trabajador afectado ni a los representantes de los trabajadores, y se impugna esta prueba, como ilícita, por entender que se vulneran los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen.

La sentencia, después de definir el derecho a la intimidad como garantía de “*un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás*” y recordar que no estamos ante un derecho absoluto, señala la limitación recíproca entre el derecho fundamental y las facultades de control del empresario y, de acuerdo con el principio de proporcionalidad –en sentido amplio–, realiza la ponderación valorando si la medida restrictiva del derecho fundamental supera el canon de constitucionalidad fundado en las tres condiciones consistentes en el “*juicio de idoneidad*”, “*juicio de necesidad*” y “*juicio de proporcionalidad*” en sentido estricto.

No se aclara si la grabación de la actividad laboral del trabajador en el lugar y durante el tiempo de trabajo, sin una previa información al

afectado, vulnera el derecho de éste a la intimidad, sino que se da por existente el conflicto y se examina directamente con arreglo al principio de proporcionalidad, que resuelve en sentido favorable a la licitud de ese tipo de control, estimando, al igual que en la sentencia recurrida, que es una actuación “**justificada** (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); **idónea** para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); **necesaria** (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y **equilibrada** (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada)”.

Consecuentemente, la declaración de la sentencia de que en este caso no se ha producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal no se deriva de que la grabación de la ejecución del trabajo no sea nunca lesiva del derecho a la intimidad (doctrina tradicional), sino de que, aunque lo fuera en principio, dejaría de serlo por estar justificada con arreglo al principio de proporcionalidad, pues como dice la propia sentencia “*la intimidad del recurrente no resulta agredida por el mero hecho de filmar como desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues esa medida no resulta **arbitraria ni caprichosa**, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cual era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de trasgresión a la buena fe contractual*”,

y añade que, a diferencia de lo resuelto en la sentencia 98/2000, en donde se pretendía añadir un sistema de grabación de sonido para mayor seguridad, sin que estuviese acreditada la quiebra del sistema anteriormente existente ni que resultase indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino, por el contrario *“en el presente caso... se habían advertido irregularidades en el comportamiento de los cajeros en determinada sección del economato y un acusado descuadre contable. Y se adoptó la medida de vigilancia de modo que las cámaras únicamente grabaran el ámbito físico estrictamente imprescindible”*.

De este modo, aplicando la técnica casuística de la ponderación para decidir directamente si existe o no lesión del derecho del trabajador a la intimidad, dependiendo ello de las circunstancias particulares de cada caso, se llega a resultados diferentes, pues mientras en la primera se otorgó el amparo por entender que las grabaciones vulneraban el derecho fundamental a la intimidad, a pesar de que se realizaron en el lugar de trabajo, con instalación de micrófonos a la vista y conocida por los trabajadores e informe a los representantes de éstos antes de poner en funcionamiento el sistema, en cambio en la segunda se rechaza el amparo solicitado por el trabajador despedido por existir irregularidades en la gestión de la caja que quedaron grabadas por una video-cámara instalada en el lugar de trabajo, sin aviso al afectado ni a los representantes de los trabajadores.

Con este método, se produce inseguridad al no determinarse previamente si existe o no un derecho del trabajador a no ser grabado o, al menos, una expectativa razonable de confidencialidad que provoque el conflicto con las facultades empresariales de dirección y control establecidas en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores.

C) Recepción de esta doctrina constitucional por la doctrina de suplicación del orden social.

Esta doctrina de la ponderación, valorando caso por caso la justificación de la medida, tuvo su inmediato reflejo en la doctrina judicial de la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, donde se aprecia la misma inseguridad, ofreciendo numerosos ejemplos de aplicaciones con criterios más amplios o más estrictos según los casos. Siguiendo a A. Desdentado y A. B. Muñoz en la obra mencionada, podemos distinguir las siguientes situaciones:

1.– Captación de imágenes en el puesto de trabajo

Existen sentencias que todavía siguieron aplicando el denominado criterio del ámbito profesional, valorando el lugar y el tiempo de trabajo, al modo de la teoría tradicional, casi como un ámbito ajeno a la intimidad, o en todo caso como un elemento que influye decisivamente en la justificación de la medida, afirmando, por ejemplo, que “filmar lo que ... acontece en la caja donde presta servicios la actora, no puede vulnerar la intimidad de ésta dado que se limitan a recoger imágenes de su puesto de trabajo que no constituye espacio alguno de privacidad, sino de desempeño de sus funciones de cara al público ¹¹.

Pero en general se va imponiendo la doctrina constitucional de la ponderación, como en el caso de un control mediante cámaras fijas de los puntos de venta de un aeropuerto – control que fue utilizado por la Agencia Nacional de Protección de Datos y sobre el que se informó a los trabajadores–, caso en que la sentencia considera que el sistema está

¹¹ Sentencia del TSJ de Madrid de 28/6/05 (AS 2080), citadas por A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, obra citada página 25 y 26.

justificado por la existencia de irregularidades en el funcionamiento de las cajas, siendo además idóneo para la finalidad pretendida –mas segura y fiable que la tradicional observación por medio de detectives–, y equilibrada. El ámbito de trabajo ya no es absolutamente decisivo y se inclina la balanza en función de que la medida esté justificada y sea proporcional¹².

Cualitativamente diferentes de los supuestos en que la finalidad es el control de la prestación laboral son aquellos otros en que la captación de imágenes se hace con otras finalidades directamente atentatorias a la intimidad y que supone un ilícito ejercicio de las facultades empresariales de control, como la instalación de cámaras ocultas bajo la mesa de las administrativas, conectadas con el despacho del gerente con la finalidad de observar y grabar imágenes de zonas corporales¹³.

Ya hemos dicho que la **grabación de conversaciones** constituye un aspecto más sensible para la intimidad que la grabación de las imágenes, porque la conversación puede revelar pensamientos y sentimientos internos que la imagen no proporciona o proporciona muy limitadamente¹⁴.

La STC 98/2000 resolvió el conflicto a favor de la intimidad, ponderando que la grabación de las conversaciones resultaba más agresiva que la de las imágenes, que ya existía, y que no aparecía como algo indispensable, sino de mera conveniencia, para el interés empresarial, lo cual indica que para poder inclinarse a favor del control empresarial

12 Sentencia del TSJ de Baleares de 4/09/09 mencionada en A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, obra citada, página 26.

13 Sentencia TSJ de Asturias de 30/4/04, mencionada en A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, obra citada, página 27 y 28.

14 J. R. Mercader Uguina. *Derecho del Trabajo*. Nuevas tecnologías y sociedad de la información. Lex Nova, Valladolid, 2002 páginas 104-105.

en este caso tendría que haberse acreditado un interés y una utilidad empresarial muy superior para que su instalación resultase lícita.

Esta justificación específica en aras de la finalidad productiva es la que aparece en la STS de 5/12/03, en la que se acepta el control telefónico, realizado aleatoriamente, de la actividad comercial de los Asesores de una empresa de telefonía en su relación con los clientes de la empresa, y la justifica porque “el teléfono controlado se ha puesto a disposición de los trabajadores como herramienta de trabajo para que lleven a cabo sus funciones de telemárketing y a la vez disponer de otro teléfono para sus conversaciones particulares... y los trabajadores que conocen que ese teléfono lo tienen solo para trabajar y conocen igualmente que puede ser intervenido por la empresa si además la empresa solo controla las llamadas que recibe el trabajador y no las que hace”, por lo que concluye “que se trata de un control proporcionado a la finalidad que con el mismo se pretende”, siendo además “necesario” “idóneo” y “equilibrado”.

Como señalan A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz¹⁵ “en el telemárketing telefónico si las conversaciones no pudieran ser controladas, la prestación de trabajo tampoco podría ser dirigida y vigilada por el empresario, con lo que, probablemente no habría siquiera un contrato de trabajo, sino una colaboración profesional de una empresa con unos trabajadores autónomos. El control de las conversaciones es, por tanto, indispensable en la lógica de contrato y se hace en unas condiciones que minimizan la eventual lesión de la esfera de la intimidad”.

La recepción de la doctrina de la STC 186/2000 ha resultado decisiva en la normalización del uso de la video-vigilancia con cámara

15 Obra citada. Página 29.

oculta y sin información previa, siendo numerosas las sentencias que insisten en los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, sin prestar mayor atención a que la instalación del sistema de video-vigilancia sea transparente mediante la información previa, reproduciendo la argumentación de la referida sentencia en el sentido de que el secreto de la instalación actúa como garantía de la efectividad de la medida y que la exigencia de información al comité de empresa es una cuestión de mera legalidad (art. 64 E.T.).

Nada ilustra mejor este carácter casuístico de la ponderación que constatar como a veces conduce a resultados diferentes en supuestos iguales¹⁶.

2.– Videovigilancia en lugares distintos del correspondiente a la ejecución del trabajo.

a) *Distinción entre lo público y lo privado en los espacios de la empresa no destinados a la ejecución del trabajo.*

La afirmación de la STC 98/2000 de que la instalación de estos medios de video-vigilancia “en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta *a fortiori* lesiva en todo caso al de-

16 Sentencias del TSJ de Galicia de 30/11/01 y 20/3/02 (AS 390 y 3385, cita de A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, obra citada, página 30). En la primera se apreció lesión del derecho a la intimidad por no haberse ofrecido explicación ni justificación concreta o razonada acerca de su decisión de instalar la cámara, sin que sea bastante a tal fin la mera sospecha de prestación irregular del servicio, porque la grabación se hizo de forma subrepticia y, además no era el único sistema que la empresa podía utilizar para la comprobación de la prestación del servicio. En la segunda se considera justificada la medida porque era idónea para conseguir el objetivo propuesto, no se advierte otra más moderada para el mismo propósito, el control se aplicó de forma esporádica afectando a otros trabajadores que realizaban jornada nocturna en el museo y no era exigible la información previa porque con ella se frustraría la finalidad pretendida.

recho a la intimidad”, mezcla lugares que se pueden considerar públicos dentro del ámbito de la empresa –como lo de espera o descanso, en las cafeterías o comedores– y otros lugares que son de uso personal y muy sensibles en la intimidad (aseos, servicios, duchas, vestuarios).

b) *Videovigilancia fuera del centro de trabajo.*

El supuesto es frecuente en los casos en que se trata de controlar la actividad laboral que han de realizar los trabajadores fuera del establecimiento de la empresa (representantes de comercio, vendedores a domicilio, actividades de transporte), y cuando hay sospecha de que el trabajador realiza actividades de concurrencia ilícitas por cuenta propia o ajena o cuando se trata de controlar determinadas actividades del trabajador durante la situación de incapacidad temporal. También es preciso distinguir aquí entre el ámbito público y el privado, teniendo en cuenta que el domicilio del trabajador quedará normalmente fuera de las facultades de control, pero esto no quiere decir que el control sea ilimitado en los espacios públicos, en donde también pueden sufrir restricciones las medidas de vigilancia audiovisual .

La delimitación entre el espacio público y el privado puede resultar problemático de acuerdo con la doctrina de la ponderación ¹⁷ .

17 La STSJ de Galicia de 26/3/07 (AS 2822), aplicando los criterios de ponderación de la STC 186/2000, entiende que justificada la grabación de imágenes de un taller anexo al domicilio del trabajador objeto de la observación, porque concurrían indicios serios sobre una posible concurrencia desleal, siendo tal medida necesaria para comprobar si efectivamente se producía la competencia desleal y no se grababa el domicilio del trabajador propiamente dicho. En sentido opuesto, y utilizando la misma técnica de la ponderación, la STSJ del País Vasco de 30/6/08 (AS 2817), considera vulneradora de la intimidad la grabación por un detective de las operaciones realizadas por la trabajadora en “un tendedero de ropa situado en la fachada exterior del edificio, delante de una ventana” de su domicilio, entendiendo que eran “momentos puntuales de una persona que se asoma al exterior de su domicilio “para realizar actos propios de su vida priva-

Puede señalarse que en general se acepta la vigilancia por medio de detectives privados y la incorporación de lo grabado como medio de prueba, siempre que las imágenes se refieran a espacios públicos y que se trate de controlar la actividad del trabajador que haya de realizarse fuera del centro de trabajo,¹⁸ o de controlar las actividades del trabajador durante la baja por incapacidad temporal.¹⁹ No faltan, sin embargo criterios excesivamente restrictivos,²⁰ afirmando que “la actividad que cualquier persona pueda llevar a efecto fuera de su centro de trabajo pertenece a la esfera de su vida privada, aún cuando se desarrolle en espacios públicos y no puede ser fiscalizada por la empresa, porque forma parte de su intimidad, no teniendo los empleadores derecho alguno a conocer a qué dedican los trabajadores su tiempo”, afirmación que resulta claramente excesiva. En este sentido, cuando la Ley Orgánica 1/1982, en su art. 7, define las intromisiones ilegítimas, la locución que se utiliza en el nº 5 de este artículo para señalar como ilegítima la captación, reproducción o publicación... de la imagen de una persona, no sólo en lugares o momentos de su vida privada, sino también “fuera

da y reservada”, concluyendo que se trataba de un seguimiento dentro del hogar pues se producía cuando la trabajadora “se asoma a la vía pública con la única finalidad de realizar... actos propios del cuidado de su hogar y que pertenecen al ámbito de su intimidad personal”.

- 18 La STSJ de Madrid de 21/4/08 (AS 1266) justifica el seguimiento por detectives de un visitador médico, que entiende “como idónea de controlar la actividad laboral del actor.... única manera de poder averiguar y demostrar ... las causas reales que estaban ocasionando el escaso rendimiento” y que la grabación se limitó a... “las actividades que diariamente realizaba el actor fuera de su domicilio”
- 19 Son numerosas las sentencias de los TSJ. A título de ejemplo la sentencia del de Galicia de 27/11/04 (AS 1676).
- 20 STSJ de Madrid 27/6/07 (AS 3037), considerando injustificado el seguimiento de un delegado comercial respecto del cual se sospechaba que estaba haciendo competencia a la empresa y que “las imágenes fueron captadas en una playa”.

de ellos”, debe entenderse que no se refiere propiamente a la lesión de la intimidad sino a la lesión del derecho a la propia imagen.²¹

c) *Videovigilancia en relación con el derecho de huelga*

También se han producido problemas, al margen del derecho a la intimidad, en materia de ejercicio del derecho colectivo de huelga. Bastará mencionar, a título de ejemplo la STC 37/1998, en el que nuevamente se muestran las deficiencias de la técnica de la ponderación. El Tribunal consideró injustificado el control, en este caso realizado por la policía y no por el empresario, en la filmación por cámaras de video y toma de fotografías sobre la actuación de un piquete, porque “la filmación entrañó una disuasión u obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga, reduciendo su efectividad, pues, no cabe minusvalorar los efectos disuasorios que puede producir en el ánimo de quienes pacíficamente forman parte de un piquete informativo el hecho de ser ininterrumpidamente filmados, sin mediar explicación alguna de este proceder..., sin que se acepte su ofrecimiento de identificación y, sobre todo, sin saber qué uso van a hacer de la filmación las Fuerzas de Seguridad y qué tipo de controles van a existir sobre la misma” de modo que el bien constitucionalmente legítimo de la preservación de la seguridad ciudadana debe ceder en este caso ante el derecho constitucional de huelga.²²

21 STC 138/2009, entre otras.

22 Sin embargo, como indican A. Desdentado y A. B. Muñoz, obra citada pgs. 38 y 39, frente a estas valoraciones de carácter circunstancial y subjetivo, podría también ponderarse que es notorio que en las actuaciones de los piquetes se producen, a veces, alteraciones del orden público frente a las que la filmación en un espacio público puede ser una fórmula razonable y moderada de prevenirlas, y que la oferta de identificación de algunos miembros del piquete no garantiza de forma eficaz la seguridad si los desórdenes se producen luego por personas no identificadas o que se integran posteriormente en el piquete, siendo relativo el efecto disuasorio de la filmación sobre el ejercicio del derecho de huelga, porque

D) Crítica de la situación judicial originada por la aplicación generalizada de la doctrina de la ponderación

A. Desdentado y A. B. Muñoz, en la obra repetidamente citada, señalan el panorama confuso que se advierte después del examen de las sentencias que acogieron la doctrina constitucional de la ponderación, que ofrece un alto grado de casuismo, inseguridad y subjetivismo determina que, en la práctica se han ido imponiendo dos conclusiones que resultan muy discutibles:

Una, expresiva de que los controles genéricos de videovigilancia no son admisibles, salvo que concurran especiales circunstancias de justificación, por imposibilidad o alto coste de controles alternativos ²³. Esta conclusión la juzgan demasiado restrictiva.

Y otra, que la videovigilancia oculta está siempre justificada con carácter general cuando hay sospechas fundadas de irregularidades o incumplimientos de importancia ²⁴. Por el contrario, esta conclusión la estiman demasiado amplia.

Pero, como siguen diciendo dichos autores ²⁵, quizá el problema más grave sea el de “la generalización automática de la ponderación en supuestos en los que propiamente no existe un conflicto entre la forma de control audiovisual aplicada y el derecho a la intimidad”, pues en la práctica “cualquier forma de control audiovisual lleva a formular un juicio de ponderación, sin previo análisis de si, efectivamente, la

si la acción informativa va a ser pacífica no hay razones para sentirse disuadido y el uso posterior de la filmación por las Fuerzas de Seguridad podría aclararse con posterioridad, en este caso aplicando la entonces vigente Ley Orgánica 5/1992 que permitía invocar determinadas medidas de protección de datos.

23 STSJ Madrid 17/4/09 (AS 1656).

24 STSJ Valencia 27/4/04 (AS 382).

25 Obra citada página 40.

intimidad ha sido afectada. Se ha invertido el sentido de la doctrina tradicional del orden social y... de la afirmación de que el espacio de la ejecución del trabajo es ajeno a la intimidad y ésta no puede, en consecuencia, resultar nunca lesionada por el control audiovisual, se ha pasado a otra situación en la que la premisa de que todo control audiovisual afecta a la intimidad determina que debe aplicarse automáticamente la ponderación”.

La ponderación consiste en un juicio de proporcionalidad, que es el que permite establecer la preferencia en cada caso, preferencia que puede alterarse si varían las condiciones del caso, de modo que los conflictos entre derechos constitucionales, que en la mayoría de los casos se expresan en normas que son estructuralmente principios²⁶ deben resolverse sopesando cual ha de ser considerado preferente y por tanto mediante la ponderación a través de un juicio de proporcionalidad –idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto–.

Pues bien, el Tribunal Constitucional afirma con frecuencia “la posición preminente de los derechos fundamentales en nuestro Ordenamiento”²⁷, pero no hay realmente una relación jerárquica entre los principios²⁸. En la Constitución Española se distingue entre Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales y Principios Rectores, pero esto no supone una relación jerárquica que, ante un derecho fundamental (por ejemplo el derecho a la intimidad) quede excluido automáticamente un derecho constitucional (como el control empresarial derivado de la libertad de empresa). Por ello, concluyen A. Desdentado Bonete y

26 L.M. Díez Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Cívitas Madrid, 2008, página 54.

27 Lo reitera por ejemplo en la ya citada STC 186/2000.

28 L.M. Díez Picazo, obra citada, páginas 55, 125 y 126.

A. B. Muñoz Ruiz,²⁹ que antes de acudir directamente a la ponderación y por tanto al principio de proporcionalidad, es necesario determinar si realmente se ha producido una situación de conflicto entre los derechos que entran en concurrencia, lo cual exige precisar con claridad cuál es el contenido protegido por el correspondiente principio en cuanto expresión normativa de un derecho fundamental o constitucional.

1.- Contenido protegido por el derecho a la intimidad (art. 18 CE) frente al control empresarial

De los diversos derechos que se mencionan en el art. 18 CE (la intimidad, el honor, la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la autodeterminación informativa), nos interesa ahora señalar el contenido protegido por el derecho a la intimidad y una referencia específica al derecho a la propia imagen.

El Tribunal Constitucional define la intimidad como “un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”³⁰, incardinándolo con “la propia personalidad” y con “la dignidad de la persona humana”, siendo un derecho que nos permite mantener “el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal”, excluyendo las intromisiones de terceros³¹. Desde un punto de vista formal y subjetivo el Tribunal Constitucional se refiere a las decisiones que toma el individuo sobre lo íntimo y señala que “corresponde a cada individuo reservar el espacio, más o menos amplio

29 Obra citada, página 42.

30 Así, en STC 159/2009, que menciona otras sentencias del mismo Tribunal.

31 Según la expresión del Juez COOLEY, mencionado por A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, en obra citada, “derecho a que nos dejen en paz”.

según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”³², o bien que cada persona “puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Pero existe también un criterio material para definir la intimidad “será aquello, que, según las pautas sociales imperantes suele considerarse reservado o ajeno al legítimo interés de los demás”.³³ Pero no parece que baste para definir ese contenido el criterio subjetivo, que en realidad indica únicamente que es el titular del derecho el *que puede bajar las barreras* de la protección de su intimidad³⁴, pues lo que voluntariamente se exhibe en público deja de ser íntimo, de modo que puede concluirse que para definir el contenido de la intimidad, aparte de la voluntad del titular de ocultar a los demás el espacio que se reserva como íntimo, deberá concurrir el elemento objetivo que justifique la protección de ese espacio reservado por el titular.

Como estas pautas sociales imperantes son variables históricamente, quizá sea preferible, identificar los ámbitos en los que se manifiestan los problemas de la intimidad.³⁵ Como recuerdan los repetidos autores, con carácter general existen determinados ámbitos en donde la intimidad se presupone, como ocurre en relación con el ámbito corporal, proyectándose en relación con zonas del cuerpo que se quieren mantener veladas por razones de pudor³⁶; o sobre la publicación de un desnudo³⁷; o las grabaciones con cámaras ocultas bajo la mesa de las administrativas³⁸;

32 STC 115/2000.

33 L. M. Díez Picazo. Obra citada, página 299.

34 STC 99/1994 y 72/2007.

35 R. Martínez Martínez, *una aproximación a la autodeterminación informativa*. Cívitas. Madrid, 2004, páginas 34 y 37.

36 STC 218/2002, referente al registro personal de un preso.

37 STC 156/2001,

38 Sentencia ya citada del TSJ de Asturias de 30/4/04, AS 2112.

o la grabación de funciones fisiológicas que han de realizarse en privado, lo que justifica la prohibición de utilizar estos mecanismos en los espacios de los servicios; lo que se refiere a la utilización de elementos corporales para la realización de análisis así como los propios datos obtenidos sobre la salud de las personas³⁹; el ámbito de la intimidad sexual, que permite rechazar las agresiones de este tipo⁴⁰; en el ámbito familiar se entiende que la intimidad es inherente a aquellos aspectos que no tienen por qué hacerse públicos⁴¹; se puede hablar también de intimidad ideológica, cuando afectan a condiciones religiosas, políticas, o filosóficas que quieren mantenerse en privado, como el caso de un diario íntimo; e incluso se alude a una intimidad económica y patrimonial, aunque solo cuando el conocimiento de los datos económicos permitan reconstruir la vida íntima de los afectados⁴²; excesiva, parece, la STC 119/2001, que otorga protección al derecho fundamental de la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, en relación con “una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables”.

2.– Control empresarial frente al derecho a la intimidad

Como segundo elemento del posible conflicto aparecen las facultades del control empresarial, pero para establecer un ámbito laboral de la intimidad y delimitar hasta donde puede extenderse, es necesario definir esas facultades de control empresarial. Tradicionalmente la doctrina entendió que las facultades de control del empresario tiene un carácter unitario, como manifestación específica de un poder directivo

39 SSTC 158/2009 y 159/2009.

40 SSTC 136/2001.

41 STC 115/2000, sobre las confidencias de la niñera indiscreta.

42 STC 110/1084, sobre el secreto bancario y las declaraciones fiscales.

general⁴³. En ese poder general puede distinguirse: 1º, un poder directivo en sentido estricto, como la facultad de ordenar la actividad de la empresa y dirigir la ejecución de la prestación de servicios, dictando instrucciones de carácter general y órdenes concretas; 2º, un poder de control, que se concreta en la vigilancia sobre la ejecución de esa prestación laboral y, de manera más amplia sobre el funcionamiento de la empresa; 3º, un poder disciplinario que incluya la facultad de sancionar los incumplimientos de los trabajadores⁴⁴. El fundamento del poder de dirección hay que buscarlo, en primer lugar en el principio de libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE y comprende, no sólo la facultad de crear establecimientos empresariales, sino también las facultades necesarias para dirigirlos y controlar su funcionamiento⁴⁵; pero también en la ordenación legal del contrato de trabajo que reconoce los poderes empresariales en el marco de la relación laboral (art. 20 ET), de modo que prestado consentimiento al contrato de trabajo se entiende aceptado el poder de dirección del empresario.

Aunque algún sector de la doctrina afirme que la vigilancia extralaboral queda fuera del ámbito de control empresarial establecido en el art. 20.3 ET⁴⁶, como en el caso del control de la I. T. por un detective privado, se mantiene en general el criterio unitario, lo cual no implica que se admita en todos los casos la misma intensidad de control, puesto

43 A. Montoya Melgar, “El Poder de Dirección del empresario, Estudios de Trabajo y Previsión. Madrid 1965, citado por A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, obra mencionada.

44 M. F. Fernández López, “El poder disciplinario en la empresa”. E. Cívitas, Madrid 1992.

45 A. Montoya Melgar, “Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario”, en el trabajo dirigido por F. Pérez de los Cobos “Libertad de Empresa y Relaciones Laborales, Estudios Económicos”, Madrid, 2005, páginas 131-179.

46 L. A. Fernández Villazón, “Las facultades empresariales de control”.

que las medidas a adoptar deberán acomodarse al objeto sobre el que versen, como ocurre con los reconocimientos médicos del art. 20.4 ET. Pero el control de las conductas extralaborales del trabajador se admite en cuanto dicha conducta tiene importancia para el cumplimiento del contrato de trabajo, y así, en el caso de la incapacidad temporal la relevancia está en que el empresario asume obligaciones, en el pago de prestaciones y en la cotización durante la situación de baja, y el control sobre el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos viene legitimado por ser el empresario un deudor de seguridad, correspondiendo al empresario vigilar no sólo la ejecución de la prestación laboral en sentido estricto sino la conducta del trabajador respecto de las instalaciones, los bienes o las personas que se encuentren en dicho ámbito, por lo que el poder de dirección comprende las facultades que se refieren al conjunto de la organización de la empresa⁴⁷.

Pero, como dicen dichos autores, lo que realmente suscita el conflicto no es el carácter unitario o autónomo de las facultades de vigilancia y control empresarial, sino la forma de llevarlas a cabo a través de las nuevas técnicas de videovigilancia, que permiten captar, transmitir, almacenar y reproducir imágenes y sonido, tanto mediante una filmación fija como móvil y con posibilidades de variar la distancia focal, aumentando con todo ello la eficacia de la vigilancia. En términos generales, el art. 20.3 ET permite no sólo la tradicional vigilancia personal por el empresario o sus encargados, sino también las que se realizan mediante la aplicación de las nuevas tecnologías que aumenta extraordinariamente esas facultades de control, facultades que en el precepto indicado tienen como un único límite “la consideración debida a

47 A. Montoya Melgar, “El poder de dirección del empresario”, obra citada, páginas 139-142.

la dignidad humana (... del trabajador)”, siendo éste un límite que, al margen de los que resulten de la aplicación de las normas de la protección de datos, es excesivamente difuso.

3.– La referencia a la dignidad humana como límite del control

La falta de regulación concreta sitúa los límites del control del art. 20.3 ET: discrecionalidad del empresario para “adoptar las medidas de vigilancia que estime más oportunas” frente a la consideración debida a... la dignidad humana”, que constituye un concepto jurídico indeterminado y permite un margen muy amplio de inseguridad y arbitrariedad en su aplicación.

Como señalan A. Desdentado y A. B. Muñoz⁴⁸, para salir de la inseguridad jurídica se pasó de la idea filosófica de que el hombre siempre debe ser considerado como un fin y no puede ser utilizado como instrumento, a la “elaboración de un principio general de colaboración recíproco”, y en este sentido “el art. 10.1 CE configura la dignidad de la persona como fundamento del orden político”, habiéndose destacado por el Tribunal Constitucional “la conexión del propio art. 10.1 establece entre la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes” de forma que “aunque la dignidad de la persona no sea invocable de forma autónoma en amparo⁴⁹, puede ser protegida en su proyección de esos derechos”, por lo que “el límite de la dignidad humana debe reconducirse... a la aplicación de las garantías de los derechos directamente sensibles que resultan afectados por la aplicación de las técnicas de videovigilancia (... fundamentalmente) derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la autodeterminación informativa”.

48 Obra citada, página 52 y 53.

49 STC 57/1994.

El problema de la legitimidad o ilegitimidad de estos medios en relación con la intimidad no puede plantearse en abstracto, sino en concreto y en función de las circunstancias concurrentes en el caso⁵⁰, lo cual no impide establecer ciertas orientaciones generales como la de distinguir entre la grabación de conversaciones y la captación y grabación de imágenes.

También pueden variar las conclusiones cuando el control, aunque dentro del establecimiento empresarial, se produce fuera del lugar de trabajo, distinguiendo entre lugares sensibles a la intimidad (aseos, servicios, vestuarios) y otros que no lo son como los accesos a los comedores⁵¹. Igualmente pueden variar las conclusiones cuando se controlan los accesos al centro de trabajo, bien por razones de seguridad o bien para verificar el cumplimiento del horario.

Por último, los controles que tienen lugar fuera del centro de trabajo, se suelen justificar en cuanto se realizan para vigilar la ejecución de la prestación laboral, aunque también en este supuesto podría resultar cuestionable⁵².

E) Videovigilancia y derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen, como otro mecanismo de defensa del trabajador, puede entrar en conflicto con el control empresarial a través de la videovigilancia y al margen del derecho a la intimidad con el que no está necesariamente vinculado, aunque puede producirse una doble

50 M. Rodríguez Piñero “Intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, en Relaciones Laborales, nº 8/2004.

51 STSJ Madrid 14/2/06, AS 3406.

52 Como el caso, ya citado, de la vigilancia del garaje anexo al domicilio, en que la técnica de la ponderación sería necesaria, no por lesión del derecho a la intimidad, sino más bien por posible lesión del derecho a la propia imagen.

lesión en algunos casos⁵³. Se trata de un derecho configurado por la jurisprudencia constitucional como autónomo⁵⁴. Se cuestiona por tanto la disposición del trabajador sobre su imagen. Cuando el trabajador es grabado durante la ejecución del trabajo en un lugar que está a la vista de los demás, no se puede hablar de lesión de la intimidad, pero el trabajador puede impedir la obtención de esa imagen y su reproducción con arreglo al nº 5 del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, que considera esa obtención y publicación como intromisión ilegítima, aunque se realice en lugares o momentos considerados como fuera de la vida privada. El conflicto es distinto del que se produce en relación con la intimidad, en donde la dignidad humana supone un límite al poder de vigilancia empresarial, de modo que no se considera autorizada por la ley ni por el consentimiento el empleo de medios de vigilancia que atenten a la intimidad y no se justifique mediante la ponderación⁵⁵. El conflicto es distinto en relación con el derecho a la propia imagen, porque este derecho se refiere solo al poder de disposición sobre la imagen, pero este poder puede venir restringido por la ley y por el propio contrato de trabajo en virtud del cual el trabajador viene sometido al control empresarial dentro de los límites que marca el art. 20.3 ET, de manera que si el poder de vigilancia se ejerce respetando sus límites no existe vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

53 STC 83/2002: publicación de una fotografía que revela una relación sentimental que se quería mantener oculta.

54 STC 139/2001, sobre la publicación de las fotografías de un safari que, aunque habían sido tomadas en lugar público y no mostraban actos íntimos no lesionando por tanto la intimidad, se habían publicado y explotado sin el consentimiento de la persona afectada.

55 A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, obra citada página 61.

F) Videovigilancia y protección de datos

El derecho a la autodeterminación informativa viene también configurado como un derecho autónomo⁵⁶. La protección que otorga a los datos de carácter personal la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y su Reglamento aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre tiene carácter complementario de la protección de la intimidad y del derecho a la propia imagen. La protección de datos tiene un carácter instrumental y es, en realidad, un instrumento para garantizar el derecho al honor y a la intimidad personal –art. 1 de la LOPD–, y también aquí se hizo por la Agencia Española de Protección de Datos una aplicación del principio de proporcionalidad como un criterio de justificación en cualquier caso. Debemos destacar como fundamental para el tratamiento de los datos y consiguientemente para la instalación de cámaras de videovigilancia para esta finalidad, el consentimiento del afectado; pero así como la Agencia establece que la captación y el tratamiento de imágenes de los trabajadores dirigidas a controlar el cumplimiento de sus obligaciones no requieren el consentimiento de éstos, sí es necesario cuando no se trata de controlar la prestación laboral sino de difundir imágenes de los trabajadores por razones ajenas al cumplimiento del contrato.

Es importante tener en cuenta a este respecto el alcance del deber empresarial de información previa a la instalación de las cámaras, recordando, con la STC 186/2000, que aunque la falta de información no tenga contenido constitucional, siendo cuestión de mera legalidad ordinaria, ello no significa que la instalación sin previa información sea lícita desde el punto de vista legal.

⁵⁶ Desde la STC 292/2000.

G) Otros instrumentos de control recientes

Existen también otros sistemas de vigilancia de instauración reciente, como los denominados controles biométricos y las etiquetas de identificación, a los que se refiere A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz⁵⁷, sobre los que no nos vamos a extender aquí.

⁵⁷ Obra citada, página 72.

II.-CONTROLES INFORMÁTICOS Y EL USO DEL ORDENADOR EN LA EMPRESA (DOCTRINA UNIFICADORA DEL TRIBUNAL SUPREMO)

A) Determinación del conflicto

La progresiva utilización de ordenadores en la gestión de las empresas es una realidad que va en aumento y que lleva consigo un incremento del riesgo de que se produzcan usos abusivos ⁵⁸ y también la posibilidad de que el empresario aplique cada vez en mayor medida estas técnicas de control, siendo aquí donde surge el conflicto.

Su utilización para vigilar y comprobar los procesos de trabajo puede revestir la forma de un control general al igual que se realiza con una cámara o un micrófono, o bien mediante técnicas más complejas, más centradas en el propio trabajo que en la persona del trabajador⁵⁹. Estos dispositivos electrónicos pueden servir por tanto para controlar la propia prestación del trabajo, como cuando el empresario entra en el ordenador del empleado para examinar los mensajes enviados a los clientes con el propósito de evaluar su trabajo –al igual que ocurrió en

58 A.V. Sempere Navarro y C. Sanmartín Mazzucconi “Nuevas tecnologías y relaciones laborales”, E. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 94, 95.

59 F. Pérez de los Cobos Orihuel “Nuevas tecnologías y relaciones de trabajo”. E. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 83.

el caso ya examinado del marketing telefónico—, lo que permite a su vez controlar si la ejecución del trabajo es deficiente o si existen abusos por utilización personal del ordenador. Puede también vigilarse electrónicamente la actividad de los trabajadores en los momentos en que no están realizando directamente su tarea laboral, por ejemplo si es necesario para una investigación justificada. Y pueden utilizarse también para recuperar mensajes de los trabajadores a personas ajenas a la empresa a efectos de investigar, por ejemplo, el robo de secretos comerciales⁶⁰.

Como señala Pérez de los Cobos⁶¹ mientras las técnicas tradicionales de reproducción de la imagen “solo permiten el control de la prestación de trabajo controlando al hombre que trabaja, las informaciones que el ordenador acumula se refieren exclusivamente al desempeño de la prestación de trabajo, permitiendo así “disociar el control de la prestación” del “control sobre la persona del trabajador”, con lo que se distingue entre lo que se hace y la persona que lo hace.

Como dicen A. Desdentado y A. B. Muñoz, este control informático presenta la singularidad de que se hace a través de instrumentos facilitados por el empresario al trabajador para la ejecución del trabajo, pero es indudable que son instrumentos que pueden ser objeto de un uso personal por parte de los trabajadores, de modo que el control del empresario abarca tanto el uso laboral como los abusos en su utilización, pues al controlar el uso laboral se controlan también los usos personales. Ahora bien, es precisamente la investigación por el empresario del uso personal de los medios informáticos donde pueden resultar afectados derechos como la intimidad del trabajador o el secreto de las comuni-

60 A. Desdentado Bonete y A.B. Muñoz Ruiz, obra citada, pág. 138.

61 Obra citada, págs. 83 y 88.

caciones e incluso terceros ajenos a la relación laboral que, a través de estos medios, entraron en comunicación con los trabajadores, debatiéndose en consecuencia cuales sean los límites a que deben quedar sometidas las facultades de control, teniendo en cuenta, además, que se trata de casos en los que pueden producirse conexiones entre varios derechos fundamentales (intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos personales).

B) Doble aspecto: sustantivo y procesal

Siguiendo esencialmente la exposición de A. Desdentado y A. B. Muñoz, el problema puede considerarse desde dos planos diferentes aunque evidentemente relacionados entre sí: El sustantivo de la infracción laboral imputable al trabajador y el plano procesal sobre la prueba de dicha infracción.

1.- Plano procesal: Prueba ilícita por vulneración del derecho fundamental a la intimidad

En la práctica judicial, el problema se produce en la mayoría de los casos con arreglo al siguiente esquema: El empresario intenta probar un incumplimiento laboral vinculado al uso del ordenador, para lo cual recoge los rastros de la navegación en internet, examinando el correo electrónico o comprobando datos contenidos en los archivos con el propósito de utilizarlos como medio de prueba para acreditar el incumplimiento e imponer la correspondiente sanción, pero esa tarea investigadora del empresario, aunque pueda constituir una infracción si se vulneran las reglas sobre la forma de ejecutar el control, podría constituir una prueba ilegal (art. 283.3 Lec), pero no una prueba ilícita si con la actividad controladora no se ha vulnerado ningún derecho fundamental del trabajador.

No vamos a entrar ahora en el problema general sobre la admisibilidad de la denominada prueba electrónica en el proceso, bastando noticiar aquí que en la anterior Ley de Procedimiento Laboral –y no ha variado la redacción en la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social– la revisión de los hechos probados únicamente puede basarse en la prueba documental o pericial, si se trataba de recurso de suplicación (art. 191. b) LPL) y solo en la documental si se trataba del recurso ordinario de casación (art. 205 d) LPL) y la STS de 8/2/91 aceptó que las filmaciones se asimilasen a documentos, sin perjuicio de que éstos pudieran ser a su vez objeto de una pericia para determinar su autenticidad; pero la interpretación resulta más discutible tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria, que en su art. 299 regula estos medios electrónicos como medios de prueba distintos de los documentos, sometiéndolos a diferentes reglas de valoración. En la doctrina de suplicación existe divergencia de criterio⁶², que todavía no ha sido objeto de unificación por la Sala IV del Tribunal Supremo.

Lo más importante en este momento es configurar el concepto de prueba ilícita por vulneración de los derechos fundamentales. A este respecto la regulación legal viene contenida en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo que “no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, precepto que se recogía en el art. 90.1 de la LPL y que repite hoy la vigente LRJS (art. 90.2), añadiendo la forma procedimental de hacerla valer en el proceso siguiendo la pauta marcada a este respecto por la Lec (art. 287).

62 La STSJ Galicia 13/5/02 (AS 3411) no los considera documentos, sino un medio autónomo de prueba, pero lo admite a efectos de revisión de los hechos probados acogiendo un concepto amplio de documento, mientras que la STSJ de Cataluña de 6/9/05 (AS 3623) no los admite a efectos revisorios.

A la hora de distinguir entre prueba ilícita y prueba simplemente ilegal es esencial examinar sus consecuencias a través de las resoluciones que se producen en el proceso. En el caso de la prueba ilegal, el juez deberá resolver no admitir su práctica (art. 283 Lec)⁶³; pero en el caso de la prueba ilícita, no solo no debe admitirse su práctica sino que el juez tampoco debe aceptar su resultado en el supuesto, de que de hecho, hubiere sido practicada dentro o fuera del proceso, que es lo que suele suceder en los litigios producidos en el campo laboral, pues los registros que aparezcan en un ordenador se han realizado con anterioridad al juicio y lo que se aporta en la fase probatoria del proceso son los resultados de ese registro llevado a cabo en virtud del control empresarial, de modo que aunque resulte acreditado un hecho mediante una prueba ilícita, dicho hecho habrá de tenerse por no probado. Debe advertirse que esta eliminación de eficacia probatoria se refiere no solo a lo que resulta directamente de la prueba ilícita, sino también a los efectos indirectos derivados de la vulneración de derechos fundamentales producida en un hecho anterior del que traiga causa la prueba ilícita, en virtud de la contaminación producida de acuerdo con la teoría del árbol envenenado, de manera que los resultados de una prueba lícita pueden ser anulados si ésta tiene su origen en otra prueba ilícita⁶⁴. Todo esto significa que no podrá acreditarse un hecho si en la cadena de su obtención hubo vulneración de derechos fundamentales, pero tal circunstancia no obsta a que el referido hecho pueda quedar acreditado por otras pruebas que no tengan esa mácula de inconstitucionalidad.

63 A. de la Oliva Santos e I. Díez-Picazo Jiménez “Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración”. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2000, página 294.

64 Caso de la STS, Sala II de 7/2/92 (Rj 1108), que anula por ilícita la prueba obtenida en una entrada y registro que se efectúa con toda regularidad, pero que tiene su origen en la información obtenida en un interrogatorio practicado con vulneración de derechos fundamentales.

Como recuerdan los citados autores, la aplicación de la doctrina de la prueba ilícita se inauguró en nuestro país a través de la doctrina constitucional, especialmente con la STC 114/1984, que en el supuesto de la grabación de una conversación telefónica por uno de los interlocutores, resolvió que no se había vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones porque “no hay secreto..... para aquél a quien la comunicación se dirige”, ni supone vulneración del art. 18.3 de la CE conservar el contenido del mensaje a través de cualquier mecanismo de registro, si bien el TC advierte que quien entrega a otro la carta recibida o graba la conversación telefónica, puede vulnerar el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la CE, pero solo “en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera íntima del interlocutor”⁶⁵. Y de la doctrina constitucional pasó a incorporarse en las leyes procesales de modo que el derecho fundamental vulnerado trata de garantizarse a costa del interés público en que resplandezca la verdad en el proceso. Y en este conflicto de intereses entre la búsqueda de la verdad en el proceso o la garantía de los derechos subjetivos de los ciudadanos, señala el propio Tribunal Constitucional que los derechos subjetivos de la persona deben ceder ante el interés público de establecer la verdad en el proceso cuando aquéllos tienen una base simplemente legal, pero no cuando se trata de derechos fundamentales, de modo que para hablar de prueba ilícita no basta el hecho de haber incurrido en cualquier infracción jurídica o irregularidad que la convierta en nula, sino solo cuando sea vulnerado el derecho fundamental; y que tiene que haber conexión funcional –di-

65 M. Alonso Olea, en “Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social”, tomo II, 1984, Cívitas, Madrid, 1985, páginas 210 – 218, señala que podría buscarse otra solución consistente en proteger la búsqueda de la verdad en el proceso, sin perjuicio de sancionar por otras vías la vulneración del derecho fundamental.

recta o indirecta— entre esa vulneración de derechos fundamentales y el resultado probatorio, extendiéndose el efecto anulatorio solamente a los efectos derivados de la prueba ilícita, lo que no impide que el hecho excluido por la ilicitud de la prueba pueda acreditarse por otras pruebas lícitas que no estén relacionadas con la ilícita de origen.

La apreciación de los efectos de la prueba ilícita puede llevar a decisiones distintas según el momento del proceso. El mecanismo, como señalan A. Desdentado Bonete y A .B. Muñoz Ruiz⁶⁶, puede resumirse así. El órgano judicial de instancia, si aprecia la ilicitud de la prueba, puede inadmitirla y no se practica, pero si la ha admitido, puede, al valorarla, excluir su eficacia probatoria por entender que está incurso en las reglas del art. 11.1 LOPJ y art. 90.2 de la LRJS, y la parte interesada podrá combatir la decisión de inadmitir la prueba a través del recurso extraordinario —de suplicación o casación—, por la vía del quebrantamiento de forma (art. 193.a y 207.c de la LRJS); pero la decisión, tomada en la sentencia, de que no surta eficacia probatoria, presenta más dificultad porque si no hubo valoración de la prueba no pudo tampoco haber error en su apreciación con lo cual no sería impugnabile por esta vía, asemejándose más la situación a la de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia por las que rigen los actos y garantías procesales, produciendo indefensión a la parte, descartándose la posibilidad de combatirla por la vía de infracción de una norma sustantiva porque no se trata de resolver la cuestión de fondo, como por ejemplo si el despido por uso indebido del ordenador es —procedente o improcedente—, sino sobre si una prueba debe valorarse o no; y los pronunciamientos de la sentencia también podrán variar, pues si la prueba no se admitió habrán de anularse las actuaciones

66 Obra citada, páginas 145 y 146.

posteriores al momento del acto del juicio y se ordenará devolver las actuaciones para que se admita la prueba y estará a lo que resulte de su práctica, en cambio si se ha practicado una prueba y luego no se valora por considerarla ilícita, la anulación se producirá solamente desde el momento de dictar sentencia ordenando la devolución de los autos para que se dicte nueva sentencia valorando esa prueba como lícita. En el caso de que la prueba ilícita haya sido admitida, llevándose a cabo su valoración en el momento de dictar sentencia, la impugnación de estas decisiones también ofrece dudas. Podemos hablar de quebrantamiento de forma en cuanto se ha admitido o valorado una prueba que no debió admitirse ni valorarse, pero los efectos de ese quebrantamiento son distintos porque el quebrantamiento no produce indefensión, como exigen las normas procesales mencionadas, sino directamente la vulneración del derecho fundamental por la práctica de una prueba ilícita. Ahora bien, esto no quiere decir que pueda utilizarse la vía de la infracción de normas sustantivas, que conduce a una decisión de fondo, sino la del quebrantamiento de forma por entender que es lícita la prueba que fue rechazada, de modo que si el recurso se desestima se confirmará la decisión de instancia, pero si prospera, habrá que anular actuaciones para que no se admita o no se valore la prueba indebidamente admitida o valorada.

En estos casos es esencial retener que lo único que se discute es sobre la nulidad o validez de una prueba, pero no sobre la decisión de fondo –en el ejemplo utilizado, si el despido es o no procedente–, de manera que la nulidad de la prueba no se extiende al despido, cuya calificación –nulidad, procedencia o improcedencia– será la que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el art. 108 de la LRJS, a la luz de las otras pruebas que se consideren válidas⁶⁷.

67 Véase STSJ Madrid 5/11/08 (AS 133).

2.– Plano sustantivo: La infracción laboral

En la mayoría de los casos analizados por la doctrina judicial el problema se ha enfocado desde el punto de vista procesal sobre la licitud o ilicitud de la prueba. Pero, como dicen A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz⁶⁸ aquí el problema procesal responde a un problema sustantivo que consiste en determinar hasta que punto puede llegar el control del empresario sobre el uso de los medios informáticos por los trabajadores para poder considerarlo lícito y cuándo se produce un exceso en ese control vulnerando los derechos fundamentales a la intimidad, al secreto de las comunicaciones o a la autodeterminación informativa, que convierte dicho control en ilícito. Se mezcla así la infracción sustantiva que el empresario imputa al trabajador por el uso abusivo del ordenador con la infracción, también sustantiva que, de contrario, se imputa al empresario por el exceso en el control con cuyo resultado pretende acreditar la infracción laboral del trabajador, infracción empresarial que puede tener los efectos procesales de que la prueba se califique de lícita o ilícita.

Aunque la infracción sustantiva que se imputa al trabajador –normalmente en un proceso de despido–, sigue el régimen del despido disciplinario, no siempre el control empresarial tendrá esa finalidad disciplinaria, pudiendo tener, por ejemplo, la de conocer la forma en que se ejecuta la prestación del trabajo (recordemos el caso del marketing telefónico). Cuando el incumplimiento del trabajador se encuadra en el marco disciplinario, suele referirse a la calificación de la trasgresión de la buena fe contractual y al abuso de confianza, casos en los que se pondera la infracción del incumplimiento de la jornada por el

68 Obra citada, páginas 146 y 147.

tiempo perdido, o la disminución del rendimiento, o el riesgo para el sistema informático de la empresa o un coste adicional para ella por la manipulación del ordenador, etc., exigiéndose en estos supuestos una cierta gravedad de la conducta. Pero a veces el control empresarial no se dirige tanto a detectar el uso indebido del ordenador para fines personales, como si por ejemplo el trabajador ha utilizado el ordenador como medio para cometer una infracción que supone un incumplimiento más grave por su parte, como sucede con la competencia desleal a través del correo electrónico⁶⁹, con los archivos en los que se guarda información sensible de la empresa⁷⁰, o divulgando secretos de la empresa, etc.

C) Marco legal insuficiente

Nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una parca regulación legal y reglamentaria del Estado (art. 3.1, a) del ET), pues la normativa general se circunscribe, como pone de relieve la doctrina judicial, a la aplicación del art. 18 ET, con un ámbito de aplicación muy concreto desde que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estableció, como veremos luego,⁷¹ que tal precepto no regula el registro de los ordenadores, y a la del art. 20 ET, en su caso puesto en relación con los arts. 4.2, e) y 5,c) del ET.

Siguiendo, una vez más, A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz⁷², podemos decir que de esta insuficiente regulación se derivan tres consecuencias: La primera, que se acuda a la interpretación analógica, como ocurrió en el caso del art. 18 ET, para salvar la falta de

69 STSJ Murcia, 3/7/09 (AS 1031).

70 STSJ País Vasco 12/9/06 (AS 2602).

71 STS de 26/9/07 Rcu. 966/06

72 Obra citada página 148 y ss.

regulación específica en determinados casos. La segunda, la aplicación preeminente de normas constitucionales, acudiendo a la técnica de la ponderación a que antes nos hemos referido, de modo que “el debate judicial suele centrarse en el conflicto entre los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, desde la perspectiva de la defensa de la posición del trabajador, y la libertad de empresa y el derecho de propiedad desde la perspectiva de los intereses del empleador”; todo lo cual, habida cuenta del carácter abierto de las normas constitucionales y la utilización de la técnica de la ponderación, conduce a una interpretación expansiva de los derechos fundamentales, con el resultado de que “derechos típicos de libertad, como la intimidad y el secreto de las comunicaciones, se convierten en derechos de prestación”, es decir, la idea de la que se parte es que el trabajador tiene derecho a utilizar el ordenador de la empresa, en condiciones de privacidad y durante el tiempo de trabajo, y al poner este supuesto derecho en contraste con el derecho de propiedad del ordenador y la potestad de dirección que corresponden al empresario, se ponderan los intereses en juego y se limita la facultad de control de forma normalmente restrictiva. Y la tercera es la de tratar de cubrir esa insuficiencia reguladora acudiendo al ámbito del convenio colectivo o al propio contrato de trabajo. Y es en este ámbito convencional en donde pueden aparecer prohibiciones totales o parciales de usos personales de estos instrumentos informáticos en la empresa, señalando en su caso las sanciones pertinentes; pero también pueden establecerse reglas más flexibles que permitan ciertos usos moderados; o previsiones especiales para determinados usos de riesgo (correos masivos, juegos de azar, pornografía, etc.); siendo estas regulaciones también adecuadas para reconocer la facultad del empresario de realizar comprobaciones, con las garantías que procedan. La nego-

ciación colectiva tiene que respetar lo establecido en la Constitución y en la Ley, pero puede limitar las facultades de control empresarial, que es un derecho disponible para el empresario, por ejemplo autorizándolo solamente cuando haya indicios de un uso ilícito o abusivo, en cuyo caso sirve para “mejorar la posición del trabajador respecto a la regulación estatal”, restricciones que no caben en tal negociación respecto a los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, si bien es posible modular el ámbito del derecho fundamental cuando el propio trabajador adopte una conducta constitutiva de lo que se ha denominado “bajar las barreras de la protección” de la intimidad y del secreto.

Conviene advertir, con dichos autores que los usos empresariales o instrucciones del empresario, en defecto de regulación legal, convencional o contractual, “no son normas, sino actos de gestión”, y no vinculan como tales sino como derivación del poder de dirección del empresario (art. 20.2 ET).

D) Doctrina judicial

1.– De suplicación

Cabe señalar, siguiendo el método expositivo de la ya citada obra de A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, que la tónica general ha sido la diversidad de criterios, especialmente constatable antes de que estas cuestiones llegasen a la unificación de doctrina con la primera sentencia de 26/9/07 (Rcud. 966/06) .

La línea interpretativa más favorable al ejercicio de las facultades de control empresarial, lo entiende justificado en cuanto actúa sobre un instrumento de trabajo –el ordenador– y lo hace en ejecución de un contrato

de trabajo que otorga al empresario los poderes normales de dirección y vigilancia. Es muestra de esta línea interpretativa, entre otras, la STSJ de Andalucía-Sevilla de 9/5/03, que justifica el control del correo electrónico utilizado por los trabajadores, afirmando que un trabajador “no puede introducir datos ajenos a la empresa en un ordenador de la misma sin expresa autorización de ésta y que no puede oponerse a la intromisión del empresario la garantía de impenetrabilidad del proceso de comunicación por terceros ajenos que garantiza el art. 18.3 CE porque el empresario no es un tercero ajeno al uso de un medio que le pertenece⁷³.

Otra línea interpretativa asocia la ilicitud del control empresarial a la falta de una advertencia previa al respecto. Así la STSJ de Valencia de 19/7/05 ⁷⁴, indica que el control será lícito si va precedido de “la información previa a los destinatarios o justificado por la sospecha de incumplimientos relevantes”, pero rechaza como regla general “el establecimiento subrepticio de mecanismos de supervisión del uso de los medios informáticos”, sin la existencia de esa sospecha previa de actuación fraudulenta, y por ello declara ilícito el control realizado en ese caso a través de un programa espía pues, ni existía indicios de actuación

73 En dicha sentencia (AS 2840) se añade que podría vulnerarse el derecho a la intimidad del trabajador si el empresario utilizara el conocimiento de esos datos para revelar, sin motivos disciplinarios u organizativos, comunicaciones personales del trabajador que afecten a su ámbito íntimo. No obstante, la STSJ de Madrid de 13/5/03 (AS 3649) entiende que no hay intromisión lesiva de la intimidad en un caso en que se había autorizado el uso personal del ordenador, aunque con ciertas limitaciones de tiempo y contenido y con advertencia expresa de sometimiento a control, por considerar que, aunque se trataba de un archivo personal, su registro se verificó con la única finalidad de “obtener conocimiento de cual era el comportamiento laboral del actor”, no siendo necesario una advertencia concreta sobre el momento de la inspección ante el riesgo de desaparición o destrucción de la prueba.

74 AS 3205, mencionada también en la obra ya citada de A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz , pág. 154 .

irregular, ni se había comunicado a los trabajadores el establecimiento de mecanismo de control. Se acepta en cambio la utilización de un programa espía en la STSJ de la misma comunidad Valenciana de 4/7/07⁷⁵ porque había advertencia previa, la intervención fue limitada y se respetaban las garantías del procedimiento.

Por regla general, la doctrina judicial de suplicación no admite la existencia de un derecho del trabajador al uso personal del ordenador facilitado por la empresa, no obstante lo cual algunas sentencias hablan de la existencia de algún tipo de derecho a ese uso personal, sobre la base de que “la puesta a disposición del trabajador le atribuye a éste un ámbito de disponibilidad y el correlativo ámbito de privacidad, sustentado en el mismo hecho de la concesión empresarial”, aludiendo a “la existencia de un uso socialmente admitido del correo electrónico”⁷⁶.

En esta cuestión gana terreno en la doctrina de suplicación una tesis conciliadora de carácter procedimental, partiendo de la base de que la facultad de control empresarial no tiene carácter absoluto sino que debe respetar la dignidad del trabajador, relacionando por tanto el respeto a los derechos fundamentales (a la intimidad y a la propia imagen) con las garantías que impone el art. 18 ET para los registros en sus taquillas y efectos particulares, que solo podrán realizarse “si son necesarios para la protección del patrimonio empresarial y demás trabajadores de la empresa” y siempre que se efectúen “dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo” y contando “con la asistencia de un representante

75 (AS 2879), citada en la misma obra.

76 STSJ Galicia de 20/10/06. Afirmaciones que no impiden en ese caso entender lícito el control porque el trabajador había sido previamente advertido. Otras sentencias hacen depender la licitud del control del consentimiento del trabajador o, en su defecto, de la autorización judicial pertinente (STSJ País Vasco 12/9/06).

legal de los trabajadores o, en su ausencia de otro trabajador, siempre que ello fuera posible”, de modo que existirá “un conflicto entre el derecho a la intimidad del trabajador y el derecho de propiedad del empresario”, conflicto en el que puede prevalecer el derecho empresarial, pero siempre que hayan sido respetadas las garantías de procedimiento del art. 18 ET.

Como señalan A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz ⁷⁷, con esta concepción, “el ordenador deja de ser un instrumento de trabajo facilitado por el empresario con una función laboral para convertirse, como la taquilla, en un elemento perteneciente a “la esfera personal del trabajador”, y citan la STSJ de Cantabria de 18/1/07 (AS 1030), en un caso en el que existían previamente instrucciones de uso con un manual de seguridad que prohibía el acceso a internet en materias no relacionadas con la actividad de la empresa, habiéndose advertido la instalación de un sistema de control del uso de internet, y sin embargo la sentencia considera que el control es ilícito porque “la recogida de datos no se limitaba a realizar una estadística de los accesos a internet...” sino que también se realizaba un control de los sitios visitados de una forma que era posible “reconstruir aspectos subjetivos relativos a la intimidad del trabajador”⁷⁸. Se cita asimismo la STSJ País Vasco de 6/11/07 ⁷⁹, donde se pone en duda que el empresario tenga facultades para prohibir el uso personal del ordenador, sin perjuicio de establecer ciertas limitaciones cuando ese uso tenga “consecuencias dañinas”, pero solamente si existe un indicio que justifique el control en función de esos presuntos daños, y no simplemente una sospecha genérica, de modo que, para apreciar

⁷⁷ Obra citada págs. 156 y 157.

⁷⁸ Citada esta sentencia como de contraste en el rcud 4053/10, su doctrina quedó desautorizada, como luego veremos, por la STS de 6/10/11.

⁷⁹ AS 1030.

una desobediencia del trabajador frente a las órdenes empresariales que prohíben los usos personales “es preciso dilucidar previamente si éstas son legítimas”.

La conclusión es que con arreglo a tal doctrina, para resolver la confrontación entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho del trabajador a utilizar para usos personales los medios informáticos de la empresa en condiciones de privacidad, habría de recurrirse siempre a la técnica de la ponderación sancionada por la jurisprudencia constitucional.

2.– Unificación de doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo: SSTS de 26/9/07 (Rcud. 966/06) y de 8/3/11 (Rcud. 1826/10)

La unificación de doctrina en esta materia se plantea por primera vez en la STS de 26/9/07, que se refiere al control del ordenador de un directivo que prestaba servicios en un despacho sin llave, en el que disponía de un ordenador, carente de clave de acceso y conectado a la red de la empresa. Ante los fallos del ordenador se llevó a cabo una comprobación que detectó la existencia de virus informáticos, como consecuencia de “la navegación por páginas poco seguras de internet”, y, en presencia del Administrador de la empresa, pero sin la del actor ni la del representante de los trabajadores, se comprobó la existencia en la carpeta de archivos temporales de “antiguos accesos a páginas pornográficas” que se almacenaron en un dispositivo de USB, que fue entregado a un Notario. El ordenador fue retirado de la empresa para su reparación y, una vez devuelto, se procedió a realizar la misma operación con la presencia del delegado de personal. La sentencia de suplicación consideró que la prueba de la empresa no era válida por haber sido obtenida mediante un registro de un efecto personal que no cumplía las

exigencias del art. 18 ET. (no constancia de que el control se realizara en el lugar y tiempo de trabajo, ya que el ordenador fue retirado para su reparación, ni se respetó la dignidad del trabajador al realizarse sin su presencia, ni tampoco se requirió la presencia de un representante de los trabajadores).

La sentencia de casación unificadora comienza por señalar que la cuestión debatida no se centra tanto en determinar si las garantías del art. 18 ET para el registro de la persona del trabajador , su taquilla y sus efectos personales, se aplican también al control empresarial sobre el uso personal de los ordenadores que facilita, sino que el problema es más amplio y “lo que plantea el recurso, desde la perspectiva de ilicitud de la prueba obtenida vulnerando los derechos fundamentales... es la compatibilidad de ese control empresarial con el derecho del trabajador a su intimidad personal... o incluso con el derecho al secreto de las comunicaciones”. El derecho a la intimidad, según la doctrina constitucional supone “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 la vida humana”. Y como ese ámbito propio y reservado ha de respetarse también en el marco de las relaciones laborales, pues también en ellas puede accederse a informaciones lesivas para ese derecho, es claro que determinadas formas de control de la prestación de trabajo pueden resultar incompatibles con ese derecho, por lo que los conflictos afectantes a la intimidad de los trabajadores que surjan en la utilización del correo electrónico o en la navegación por internet, se producen por la utilización para usos personales y no meramente laborales o profesionales del medio facilitado por la empresa, utilización personalizada que viene facilitada por las dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta –al

igual que sucede con las conversaciones telefónicas en la empresa– y por la generalización de una cierta tolerancia con un uso moderado de estos medios. Pero la confrontación viene dada por el hecho de que, al mismo tiempo, se trata de medios propiedad de la empresa y facilitados por ésta solamente para el cumplimiento de la prestación laboral, quedando su utilización dentro del ámbito del poder de vigilancia y control que el art. 20.3 ET reconoce al empresario, control que puede ejercer respetando la “dignidad” del trabajador-.

Las consideraciones expuestas permiten afirmar, como hace la sentencia, que el art. 18 ET “no es aplicable al control por el empresario de los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores para la ejecución de la prestación laboral”, y ello porque “el supuesto de hecho de la norma es completamente distinto del que se produce con el control de los medios informáticos en el trabajo”. En efecto, “el art. 18 está atribuyendo al empresario un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo... –una función de “policía privada” o de “policía empresarial” que la ley vincula a la defensa de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores de la empresa”, de modo que, en estos registros el empresario actúa “de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de los poderes que la concede el art. 20 del ET”, poderes que tienen su fundamento en que “tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla... [respecto de la cual, aún siendo un bien mueble del empresario, hay una cesión de uso a favor del trabajador... con una utilización por éste que, aunque vinculada causalmente al contrato de trabajo queda al margen de su ejecución] forman parte de la esfera privada –del trabajador– y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del art. 20 ET.

Se concluye, por tanto, que las garantías y los límites del art. 18 ET no son aplicables al control de medios informáticos. En primer lugar porque la necesidad de control de esos medios no tiene que justificarse por “la protección del patrimonio empresarial y los demás trabajadores de la empresa”; porque la legitimidad de ese control deriva del carácter de instrumento de producción del medio informático con el que se cumple la prestación laboral y, por tanto, el empresario “ha de comprobar si su uso se ajusta a las finalidades que lo justifican, ya que en otro caso estaría atribuyendo como tiempo de trabajo el dedicado a actividades extralaborales”. Y este control de los ordenadores se justifica también “por la necesidad de coordinar y garantizar la continuidad de la actividad laboral en supuestos de ausencia de los trabajadores, por la protección del sistema informático de la empresa que puede ser afectado negativamente por determinados usos, y por la prevención de responsabilidades que para la empresa pudieran derivar de algunas formas ilícitas de uso frente a terceros”. En segundo lugar, porque “la exigencia de respetar en el control la dignidad humana del trabajador no es requisito específico de los registros del art. 18 [sino] exigencia general para todas las formas de control empresarial” presente también en el art. 20.3. En tercer lugar, la exigencia de que el registro se practique en el centro y en las horas de trabajo adquiere sentido en el marco del art. 18 porque “se refiere a facultades empresariales que, por su carácter excepcional, no pueden ejercitarse fuera del ámbito de la empresa, respondiendo la exigencia de que se practique el registro de la taquilla en horas de trabajo al objeto de permitir “la presencia del trabajador y su representante”. En definitiva, dice la sentencia, que estas “exigencias de tiempo y lugar del art. 18 ET no tienen por objeto preservar la intimidad del trabajador registrado...

[sino] limitar una facultad empresarial excepcional y reducirla al ámbito de la empresa y del tiempo de trabajo”, así como “la presencia de un representante de los trabajadores o de un trabajador de la empresa tampoco se relaciona con la protección y la intimidad del trabajador registrado [sino que] es más bien una garantía de la objetividad y eficacia de la prueba”.

Descartada la aplicación de las garantías del art. 18, y situados ya en el marco de aplicación del art. 20.3 ET, es necesario identificar si existe conflicto entre el control empresarial del ordenador y el derecho a la intimidad del trabajador. Y para que exista ese conflicto, descartado en principio un derecho del trabajador a ese uso personal, habrá que identificar si existe una situación de tolerancia con ciertos usos personales moderados que creen “una expectativa general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial”; por ello se sugiere que “lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– e informar a los trabajadores de que va a existir control”, de tal manera que “si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no se podrá entender que, al realizarse el control, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad.

A la luz de estas consideraciones, la Sala estimó que en este caso la prueba obtenida con el examen del propio ordenador era ilícita, ya que se había vulnerado el derecho del trabajador a la intimidad, basada en una expectativa de confidencialidad, habida cuenta que la actuación de la empresa se produjo “sin previa advertencia sobre el uso y el control

del ordenador” y que, aunque la entrada inicial en el ordenador podía estar justificada por la existencia de un virus, “la actuación empresarial no se detiene en las tareas de detección y reparación, sino que, ... en lugar de limitarse al control y eliminación del virus, se siguió con el examen del ordenador para entrar y apoderarse de un archivo cuyo examen o control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada”.

La doctrina se reproduce en la posterior sentencia de la Sala IV de 8/3/11 (rcud. 1826/10), sin que tenga relevancia el hecho de que mientras en el caso anterior se trataba de un registro del concreto ordenador asignado a un trabajador, en el presente se trata de una auditoría encargada para investigar la utilización de los ordenadores de todos los empleados de la empresa, auditoría que evidencia que desde el ordenador utilizado por los Jefes de Turno se “accedió a internet en horas de trabajo con un total de 5.566, visitas a páginas referidas al mundo multimedia – vídeos, piratería informática, anuncios, televisión, contactos etc.”, produciéndose la gran mayoría de esas visitas en los turnos de trabajo del que fue despedido y en tramos horarios en los que aquél estaba en el despacho. La sentencia de casación desestima el recurso y mantiene la improcedencia del despido declarado por la Sala de Suplicación sobre la base de que la prueba para acreditar la causa del despido se había obtenido ilícitamente al violar el derecho a la intimidad del trabajador. Entiende la sentencia que no consta que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, la empresa hubiera establecido previamente algún tipo de reglas para el uso de dichos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– ni tampoco que se hubiera informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control, manteniéndose así una “expectativa general de confidencia-

lidad” en esos usos personales, que resultó violada por la actuación de la empresa que, además, no se limitó a hacer referencia genéricamente “a los tiempos y páginas visitadas por el trabajador, sino también al dominio y contenido de las mismas”.

3.– Recepción de la doctrina unificada del T.S. por los Tribunales de Suplicación

Como señalan A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz ⁸⁰ “de las quince sentencias [de suplicación...] consultadas en el período de 1 de enero de 2008 a 30 de junio de 2011, doce aplican la nueva doctrina unificada y de ellas seis lo hacen negando validez a la prueba de registro informático por no existir advertencia previa por parte de la empresa y seis consideran lícita la prueba por haberse cumplido con esta exigencia”. Este examen muestra que se han consolidado algunos de los criterios interpretativos de la doctrina unificada, como por ejemplo: “que el registro de los ordenadores se rige por el art. 20.3 ET y no por el art. 18...”; “que, salvo norma convencional, acuerdo o condición más beneficiosa en contrario, el trabajador no tiene derecho a un uso personal del ordenador que le facilite la empresa, por lo que ésta puede excluir o limitar ese uso personal y establecer los correspondientes controles al respecto”; “que existe, no obstante, una práctica social de tolerancia que admite, salvo regulación en contrario, los usos personales moderados de estos instrumentos, y que crea una expectativa razonable de confidencialidad que no puede ser desconocida, salvo que por la empresa se formulen las correspondientes advertencias en orden a la prohibición o limitación de estos usos y a los controles aplicables”.

80 Obra citada pgs. 162 y siguientes.

Sin embargo, y a los efectos de la paulatina mejora de la doctrina jurisprudencial, conviene tener presentes algunas observaciones de los Tribunales de Suplicación, al aplicar la doctrina unificada.

A título de ejemplo mencionan dichos autores, en la STSJ de Madrid de 16/1/08 ⁸¹ que considera vulnerado el derecho de intimidad del trabajador por el registro del ordenador sin una previa advertencia, aunque matiza que el registro se ha realizado “sin motivo ni causa alguna”, lo cual sugiere “a contrario sensu” que podría estar justificado, aún sin advertencia previa, en circunstancias extraordinarias, y se añade “obiter dicta” que la ilicitud de la prueba no deriva de la recepción en el correo de los mensajes, que no puede imputársele al actor porque los ha recibido de otras personas , y que su reenvío por el actor no puede considerarse como constitutivo de falta laboral al haberse producido fuera del horario de trabajo. En las SSTSJ de Madrid de 5/11/08 ⁸² y de Galicia de 6/11/08 ⁸³ se distingue entre la nulidad de la prueba por haberse procedido al registro sin aviso, y la nulidad del despido que solo procede por las causas previstas en el art. 108.2 de la LPL, lo cual en el caso determina la declaración de despido improcedente y no nulo. En la STSJ de Valencia de 28/9/10 ⁸⁴, sobre el despido de una trabajadora que utilizó el ordenador para fines personales durante la jornada de trabajo, facilitando información de la empresa, contra la prohibición que expresamente se había establecido respecto de ese uso personal, se estima que, aunque la instalación de un sistema espía se hizo sin el consentimiento de la actora, no se produce la vulneración del

81 AS 944.

82 AS 133.

83 AS 195.

84 AS 47

derecho de intimidad porque, a parte de la referida prohibición, “existiendo sospechas razonables de que la trabajadora incurría en graves incumplimientos empresariales... la medida empresarial adoptada de instalar un programa espía a ella y a otra trabajadora, fue necesaria, idónea, justificada y equilibrada”⁸⁵. En los casos de falta de prohibición o advertencia previa, pero existiendo un interés relevante para verificar el control, puede mencionarse la STSJ Murcia de 3/7/09⁸⁶, que en lugar de aplicar directamente la teoría de la ilicitud de la prueba por la falta de prohibición y advertencia previa, entiende que se ha producido un conflicto entre el derecho a la intimidad del trabajador y el interés de la empresa por competencia desleal, que debe resolverse aplicando la teoría de la doctrina constitucional sobre la ponderación.

4.– Mayor matización de la doctrina unificada de la Sala IV TS por sentencia de 6 de octubre de 2011 (rcud. 4053/10), del Pleno de la Sala

Esta sentencia resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado contra la STJS de Valencia de 28-09-10, ya aludida anteriormente, que se refiere al control practicado por el empresario en el ordenador de una trabajadora mediante la instalación de un programa espía “que permitía observar lo que la usuaria veía y la captación de pantallas para su posterior visualización, sin que permitiera acceder a los archivos del ordenador... protegido por contraseña de cada uno de los usuarios. Dicha instalación, que se hizo en el ordenador de la demandante y de otra trabajadora, se efectuó ante las sospechas de la utilización indebida de internet durante las horas de trabajo, sin que

85 En parecido sentido, la STSJ de Galicia de 25/1/11 (JUR 135455), valora, además de la prohibición absoluta existente para usos ajenos a la actividad empresarial, la existencia de que se podrían realizar controles esporádicos y aleatorios.

86 AS 1031.

estuviera presente la trabajadora afectada, pero sí otro trabajador de la empresa. La visualización posterior de este proceso de monitorización del ordenador de la demandante –que ya se llevó a cabo en presencia de ésta, de las dos personas que habían procedido a la monitorización, de representantes de la empresa y de los trabajadores y de otros dos trabajadores– permitió observar que existían continuas visitas a internet, escaneo de direcciones y catálogos de proveedores, búsqueda de datos de productos, clientes y proveedores no relacionados con la actividad laboral de la trabajadora y el envío a terceros de fotos de productos así como de la colección más nueva, cara y valiosa de la empresa. La sentencia consideró lícita la prueba practicada.

Para contraste se señaló la STSJ de Cantabria de 18/01/07 ⁸⁷, que consideró ilícita la prueba de control efectuada en aquel supuesto: por no haberse limitado a comprobar la existencia y número de visitas a internet, sino que también se especificaban los sitios visitados y el tiempo empleado, de modo que se podían reconstruir aspectos relativos a la intimidad del trabajador; además, se censuraba no haberse utilizado medios menos agresivos y no haberse respetado las garantías del art. 18 ET, en cuanto el registro se practicó fuera de la empresa y sin la presencia de ningún trabajador.

Se estimó existente la contradicción en cuanto en la sentencia recurrida se acepta la visualización de datos que excedían de un mero control estadístico de visitas a internet y en la sentencia de contraste se parte de la base de que ese somero control sería el único permitido. No se admite el otro punto de contradicción planteado, sobre la falta de una información previa en cuanto al tipo de control utilizado, porque la recurrente

⁸⁷ AS 1030.

no denuncia infracción alguna al respecto, limitándose a censurar “el exceso de la utilización de un programa espía y... que se han incumplido las garantías del art. 18 ET”.

La sentencia del Pleno de la Sala IV no da por existente, sin más, un conflicto entre la facultad empresarial de control y el derecho del trabajador a su intimidad que conduciría a aplicar directamente la técnica de la ponderación, sino que se plantea la propia existencia del conflicto, cuya existencia previa es la base para la aplicación de los criterios de proporcionalidad propios de la técnica de la ponderación porque *“solo si hay un derecho que pueda ser lesionado [el de intimidad del trabajador] habrá un conflicto entre este derecho y las facultades de control del empresario [... que se derivan de] la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la posición empresarial en el contrato de trabajo”*. El derecho del trabajador a la intimidad solo resultará afectado cuando haya una autorización, con mayores o menores limitaciones, para utilizar el ordenador en usos personales, o cuando haya una situación de tolerancia que, dados los hábitos sociales generalmente admitidos, genere una expectativa razonable de confidencialidad, expectativa que no existe o desaparece cuando se prohíba esa utilización personal, y por ello, dice la sentencia, *“la cuestión clave –admitida la facultad de control del empresario y la licitud de una prohibición absoluta de los usos personales– consiste en determinar si existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando, en contra de la prohibición del empresario o con una advertencia expresa o implícita de control, utiliza el ordenador para fines personales”*; y para la sentencia la respuesta es clara: *“si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las co-*

municaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo”.

Afirma tajantemente que “no puede existir un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida”, que elimina cualquier situación de tolerancia con el uso personal y la consecuente expectativa razonable de confidencialidad, porque entonces “el trabajador afectado sabe que su acción de utilizar para fines personales el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad”. La utilización personal en esas condiciones entra en la esfera de lo que la doctrina científica denomina actos de disposición en virtud de los cuales se bajan voluntariamente “las barreras de la intimidad o del secreto”, como ocurre con la actuación de quien utiliza “un soporte que está sometido a cierta publicidad o a la inspección de otra persona: quien manda una postal, en lugar de una carta cerrada, sabe que el secreto no afectará a lo que está a la vista” y sabe por tanto que no le ampara ninguna garantía de confidencialidad.

En el caso examinado, existente una prohibición absoluta de los usos personales y sentada la validez de esa prohibición “*que lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador, no es posible admitir que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático puesto a su disposición. Tal entendimiento [concluye la sentencia] equivaldría a admitir que el trabajador podría crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del*

empresario de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 ET.” La prueba se considera por tanto lícita.

En el voto particular, con alusión a las sentencias anteriores de la Sala IV (de 26/9/07 y 8/3/11) se interpreta que las prohibiciones de uso personal y las advertencias de control son exigencias acumulativas, de modo que la expectativa de confidencialidad derivada del hábito social de tolerancia con los usos moderados, no se rompe con la sola prohibición sino que es preciso, además, que haya una advertencia expresa de control, mientras que el criterio mayoritario que formula la sentencia entiende que cualquier actuación empresarial, sea de prohibición o de advertencia de control, es suficiente para eliminar la expectativa porque si “hay prohibición de uso personal deja de haber tolerancia y ya no existirá esa expectativa, con independencia de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre el control y su alcance, control que, por otra parte, es inherente a la propia prestación de trabajo” y consecuentemente el empresario podrá controlarlo al amparo del art. 20 ET, y si hay advertencia de control, la expectativa de confidencialidad ya no es razonable. La sentencia, en contestación a las argumentaciones que sirvieron para sustentar el voto particular, se cuida de advertir que las matizaciones establecidas en el FJ. cuarto de la citada sentencia de 26/9/07 sobre las reglas de uso y la información de control operan en el marco de la buena fe o de la legalidad ordinaria, como obligaciones complementarias de transparencia, pero fuera del marco estricto de la protección del derecho fundamental. Como cuida de señalar nuestra última sentencia, la anterior de 26 de septiembre de 2007 no lleva a una conclusión contraria pues, a diferencia de lo que allí ocurría –falta de prohibición y de advertencia de control– “el supuesto es claramente distinto del que contempla la sentencia aquí recurrida, pues en ésta el

uso extralaboral estaba prohibido expresamente por la empresa con lo que al no existir tolerancia del uso personal, no podía tampoco existir una expectativa razonable de confidencialidad.

5.– Observaciones críticas tras la última doctrina unificada por la sentencia de 6 de octubre de 2011

Sobre la cuestión básica de si existe o no derecho del trabajador a un uso personal del ordenador de la empresa en condiciones de privacidad, después de estas sentencias unificadoras cabe entender desautorizada la doctrina judicial minoritaria de suplicación⁸⁸, según la cual la mera entrega del ordenador al trabajador constituye una puesta a disposición que genera a favor de aquél cierto derecho sobre “un ámbito exclusivo”, de manera que la utilización del ordenador para usos personales estará siempre protegida por el derecho fundamental a la intimidad, y cualquier tipo de control por la empresa genera un conflicto entre derechos constitucionales que habrá de resolverse mediante la ponderación.

También la doctrina científica se muestra, en general, contraria al reconocimiento de un derecho de este tipo⁸⁹, aunque no falten tesis contrarias, como la de Falguera Baró⁹⁰, que acude a argumentaciones metajurídicas de sociología industrial (sistema postfordista de producción flexible y organización descentralizada del trabajo) para sostener un uso social de los medios informáticos puestos a disposición por el

88 Sentencias ya mencionadas del TSJ del País Vasco de 6/11/07 (AS 1556) y del TSJ de Cantabria de 18/1/07 (AS 1030). Ésta, la que sirvió de contraste para el recurso de unificación de doctrina sentencia del TS de 6/10/11, última comentada.

89 En este sentido T. Aranda, Fernández Villazón, Sempere Navarro y Montoya, citados en la obra ya mencionada de A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, pgs. 170 y 171.

90 Citado en la repetida obra de A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, pgs. 171 y siguientes.

empresario, preconizando que se reconozca la utilización personalizada del ordenador de la empresa por el trabajador y afirmando que admitir la posibilidad de prohibiciones absolutas es poco acorde con “una concepción democrática de la empresa y posiblemente serian difícilmente compatibles con el derecho a la intimidad”. Sin embargo, como señala Fernández Villazón no cabe imponer al empresario “la obligación de llevar a cabo una especie de política de promoción de los derechos fundamentales, como la que el art. 9.2 CE encomienda a los poderes públicos”⁹¹. En definitiva, no cabe olvidar que el derecho a la intimidad será siempre un “derecho de libertad” y no un “derecho de prestación”⁹² en virtud del cual el empresario esté obligado a consentir y financiar el uso de un medio de producción para finalidades personales, salvo que ese derecho venga reconocido por la vía de la negociación colectiva, el contrato de trabajo o una condición más beneficiosa otorgada por el empresario; pero en todo caso, el derecho a ese uso personal no surgiría del derecho fundamental a la intimidad, cuya incidencia se produciría a posteriori a la hora de ejercitar las facultades empresariales de control.

E) Conclusiones, sobre el estado actual de la cuestión

A la vista de que no existe, con carácter general, un derecho al uso personal del ordenador de la empresa derivado del art. 18 CE ni de las disposiciones legales, sin que ello signifique que ese derecho no pueda existir cuando se haya reconocido por las vías adicionales indicadas, se puede distinguir, siguiendo a A. Desdentado y A. B. Muñoz ⁹³ tres situaciones diferenciadas:

91 Citado por A. Desdentado Bonete y A.B. Muñoz Ruiz en la misma obra pg. 173.

92 L.M. Díez Picazo, sistema de derechos fundamentales, Cívitas, Madrid 2003 pg. 254 y siguientes.

93 Mencionando a su vez a Montoya Melgar en obra citada, pgs. 175-184

1.– Prohibición absoluta de usos personales.

Cuando existe una prohibición expresa y válida no hay espacio alguno de intimidad del trabajador y el empresario podrá libremente controlar su contenido y uso. No parece adecuado acudir, como hace cierto sector de la doctrina científica y judicial, a la tesis de que, como en el uso laboral de las nuevas tecnologías está implicada la persona del trabajador, el control debe ajustarse a criterios de proporcionalidad, porque la justificación del control resulta entonces muy estricta y debe producirse caso por caso, presentando un alto grado de inseguridad.

En realidad, en estos casos de prohibición lo que hay que plantearse es si existe un derecho a la intimidad que pueda ser vulnerado por el control. Si el empresario controla los medios informáticos sin ninguna finalidad de vigilancia laboral sino, por ejemplo, con el único propósito de poder contemplar determinadas partes del cuerpo de algunas trabajadoras,⁹⁴ no habrá ningún conflicto entre derechos porque el empresario no tiene derecho a realizar este tipo de vigilancia y si no hay derecho no hay conflicto, y lo mismo ocurre desde la perspectiva del trabajador, por lo que se puede concluir con nuestra última sentencia de 6-10-11 (Rcud. 4053/10) que *“si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales no habrá tampoco derecho para hacerlo en condiciones que impongan un respeto a la intimidad”* y ello porque *“al no existir una situación de tolerancia del uso personal tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además deba abstenerse de controlarlo”*.

94 Sentencia ya citada de TSJ. Asturias, de 30/4/04 (AS 2012)

Como remarcan A. Desdentado y A. B. Muñoz, tampoco hay en estos supuestos, en sentido estricto, afectación de la intimidad, porque, si dentro de las áreas reservadas que el ordenamiento jurídico considera dignas de protección de acuerdo con las pautas sociales imperantes (contenido objetivo de la intimidad), puede cada individuo delimitar el propio derecho a través de un acto de disposición, bajando las barreras de protección y reservando, a su voluntad, un espacio más o menos amplio resguardado de la curiosidad ajena (criterio subjetivo de la intimidad), es claro que no habrá lesión de la intimidad, ni por tanto conflicto de derechos, cuando el titular haya limitado el contenido posible de su área de privacidad, y pone el ejemplo del que, después de haber firmado un contrato de trabajo para realizar un espectáculo de streap-tease, luego se niega a cumplirlo alegando que la desnudez lesiona su intimidad corporal.

Y tampoco habría lesión de la intimidad, ni por tanto conflicto de derechos, en caso de existir prohibición válida del uso personal de los medios informáticos, porque esa prohibición, que lleva implícita la advertencia de posible control, determina que no exista situación de tolerancia ni, por consiguiente, una expectativa razonable de confidencialidad. Como dice la sentencia citada de 6/10/2011 *“en estas condiciones el trabajador afectado, sabe que con independencia de su gravedad, su acción de utilizar para fines personales el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un espacio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad”*, y esto incluso cuando el uso personal sea inocuo y no llegue a constituir infracción laboral. Se trata, en definitiva de que el trabajador conoce que ese medio está controlado y si decide exponerse a ese control, lo acepta y está delimitando lo que no considera íntimo al reducir por acto propio el ámbito de su intimidad. Conviene señalar, con los citados autores, que

el caso es distinto del que consideraron las SSTC 98 y 186/2000, con las que abrimos este discurso, puesto que allí se controlaba la imagen o las conversaciones del trabajador, y en cambio en estos otros supuestos no se controla la persona sino el medio con el que la persona trabaja, del que se han excluido los usos personales, de modo que si voluntariamente introduce en el medio informático algo personal, exponiéndolo al control del empresario, en realidad lo está exhibiendo voluntariamente, y el entendimiento contrario, como dijo la repetida sentencia de 6/10/2011, *“equivale a admitir que el trabajador podría crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 ET”*.

Ya hemos dicho que si prohibición es clara, lleva implícita la advertencia de control, y aunque la advertencia añadida podría considerarse, en determinados casos, como en los supuestos de las también citadas SSTC de 26/9/2007 y 8/3/2011, como una exigencia de la buena fe, tal exigencia se movería en el terreno de la legalidad ordinaria pero no en el terreno de la ilicitud de la prueba obtenida mediante el control del medio informático, de modo que, habiendo prohibición, no puede vincularse la falta de advertencia a la lesión de la intimidad.

Así pues, como la validez del control viene legalmente determinada por el respeto a la dignidad del trabajador y por la buena fe (art. 20 ET), aunque en estos casos de prohibición se descarte la lesión de la intimidad, habrá de examinarse en el plano de la legalidad ordinaria si el ejercicio del poder empresarial de control se justifica por su finalidad laboral, lo que no ocurriría cuando se trata, por ejemplo de obtener información personal sin interés alguno para la ejecución del trabajo.

2.– Autorización de los usos personales

Cuando el uso personal del ordenador venga autorizado por convenio colectivo, contrato de trabajo o reconocimiento empresarial, esa autorización podrá formularse con carácter general y sin señalar limitación alguna, o bien limitándola a determinados usos. En este último caso, la propia limitación fija la regla que determina que uso puede considerarse admitido y, por el contrario, en donde comienza a producirse el abuso y la infracción. Cuando no se ha puesto límite, ello no significa que cualquier uso esté permitido, sino que habrá que acudir a las reglas generales, conforme a las cuales los excesos podrán dar lugar a incumplimientos específicos y se ponen los ejemplos de la utilización del medio de forma claramente abusiva durante el tiempo de trabajo, o cuando se utiliza para un uso ofensivo respecto de los directivos o compañeros, para competir deslealmente con la empresa etc. La autorización para un uso personal no equivale a que se permita un uso personal sin control, y aquí jugará importante papel la advertencia expresa de control: sino la hay, existirá una expectativa razonable de confidencialidad y la licitud del control habrá de determinarse de acuerdo con el juicio de proporcionalidad y ponderación; y si no la hay, no existirá esa expectativa y el control será, desde el plano constitucional, lícita.

3.– Falta de prohibición y de autorización del uso personal

Este es el supuesto que se da en las SSTS de 27/9/2007 y 8/3/2008. En estos casos, partiendo de que, según un “hábito social generalizado”, existe una situación de tolerancia respecto de los usos personales del ordenador de la empresa, dentro de los límites moderados y razonables, la referida doctrina de unificación vino a señalar que el empresario,

para sancionar el incumplimiento que imputa al trabajador, tiene que conocer su existencia y su alcance y ser capaz de probarlo; pero, dada la expectativa de confidencialidad, de la que surge la posible lesión del derecho a la intimidad, que protege con carácter formal tanto los usos moderados como los abusivos, a falta de prohibición, era necesaria la “advertencia previa”, y en los casos examinados la falta de advertencia determinó la decisión de que la prueba había sido obtenida de forma ilícita.

Frente a las objeciones de parte de la doctrina científica, indicando que la falta de prohibición del empresario no genera una expectativa de privacidad ni “un derecho al uso social del ordenador” (Montoya Melgar en la obra “Nuevas Tecnologías y buena fe contractual, pg. 56-59), hay que señalar con A. Desdentado y A. B. Muñoz, que tal conclusión no se desprende de la doctrina de las sentencias reseñadas, que afirman la posibilidad de establecer prohibiciones y que, a falta de ellas, en la aceptación social de ciertos usos personales no cabe cualquier uso, sino solo los razonables. Añaden dichos autores que el empresario puede prohibir incluso los usos inocuos, pero el incumplimiento del trabajador se reflejará entonces en el plano sustantivo de la infracción, que será leve, al igual que un incumplimiento grave en el uso personal del ordenador justificaría una sanción grave, aunque no existiese prohibición. El conflicto surge con la expectativa de confidencialidad que se deriva de la falta de prohibición y de instrucciones, y se proyecta, no en el plano sustantivo de la infracción, sino en el procesal de la prueba ilícita, que determina su carencia de efectos probatorios, pero no impide la prueba de la infracción sustantiva por otros medios.

A la otra objeción, de que una interpretación rígida de la doctrina de las referidas sentencias de unificación impediría el control empresarial

incluso en supuestos de incumplimiento grave, comprometiendo intereses importantes de la empresa (competencia desleal, acoso a través del correo electrónico, etc.), contestan los mencionados autores que también cabe la interpretación de que el empresario pueda verificar el registro en tales casos, aún sin advertencia previa, pues no sería lógico negarle tal posibilidad sobre un medio de producción cuando el art. 18 ET le autoriza, también sin advertencia previa, a registrar los efectos personales del trabajador; pero siempre podría resolverse distinguiendo entre controles ordinarios y los extraordinarios o de emergencia, que podrían practicarse sin advertencia previa, si bien con una justificación más estricta, de acuerdo con el art. 20.3 ET en relación con la doctrina constitucional de la ponderación: Justificando el control en un interés empresarial relevante, idóneo para la finalidad pretendida, necesario y equilibrado.

III.-CONTROL DEL CORREO ELECTRÓNICO Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

A) Consideraciones generales en la doctrina constitucional, judicial y científica

Gran parte de las consideraciones referidas hasta ahora sobre el uso y control de los ordenadores de la empresa podrán aplicarse al uso y control del correo electrónico de la empresa, puesto que se dan numerosas semejanzas entre ambos supuestos. No obstante, el secreto de las comunicaciones presenta algunas características particulares que justifican su tratamiento específico: por una parte, con el control del correo electrónico puede resultar lesionada, no solo la intimidad del trabajador, sino también el secreto de las comunicaciones; y por otra, al controlar el correo electrónico puede resultar implicado, además del empresario y el trabajador, una tercera persona que no tenga vínculo contractual con el empresario ni, por tanto, venga sometido a su poder de dirección y control.

Los mayores problemas que presenta el control del correo electrónico, debido a las particularidades reseñadas, permiten reconocer en la doctrina científica posiciones muy variadas –señaladas por A. Desdentado y A. B. Muñoz, obra citada páginas 186 y 187–: desde las que admiten el control con gran amplitud, fundándose en la propiedad

empresarial de los medios utilizados. Otras, más restrictivas, que restringen el control sólo a los datos externos, y otras más matizadas, que distinguen si el correo es exclusivamente profesional, como consecuencia de prohibición de usos personales, en cuyo caso considera lícito el control por no existir expectativa de confidencialidad y porque el empresario “no es un tercero ajeno, sino el sujeto en cuyo nombre se emiten los mensajes de correo electrónico”; rigiendo, en cambio, plenamente el secreto de las comunicaciones cuando el uso del correo electrónico esté autorizado como estrictamente personal; y si el uso del correo es mixto, profesional y personal se crea una expectativa de confidencialidad, cuya protección solo admite que el control se realice conforme a los principios generales de protección de datos: justificación de la legitimidad, necesidad, etc.

También en la doctrina judicial se advierten importantes divergencias, señalándose que cuando el correo está destinado a una utilización profesional no cabe considerar al empresario como un tercero ajeno a la comunicación, y el control será lícito, salvo cuando estuviera autorizado un uso personal, en cuyo caso no sería posible el control, salvo autorización judicial.⁹⁵ La generalidad de las sentencias de suplicación atienden a que exista o no prohibición previa de usos personales y a las advertencias de control.⁹⁶ No falta tampoco la línea más restrictiva que acude a la técnica de la ponderación sin precisar previamente si hay un derecho al secreto de las comunicaciones que pueda oponerse a las facultades empresariales de control, dando por hecho el conflicto.⁹⁷ Se

95 STSJ Andalucía-Sevilla de 9/5/2003, AS 2840.

96 SSTSJ Comunidad Valenciana 19/7/2005 (AS 3205) y 28/9/2010 (AS 47).

97 STSJ Cataluña 21/11/2004 (AS 2880).

ha sostenido por último, en términos más radicales,⁹⁸ que el control será ilícito aunque exista una prohibición de uso personal con advertencia de control porque, salvo supuestos de daños concretos por el uso personal, las prohibiciones no son admisibles dado un derecho de los trabajadores a la confidencialidad de las comunicaciones, irrenunciables a través del contrato de trabajo.

Conviene advertir que, en el uso personal del correo electrónico, al igual que ocurre con otros usos personales del ordenador, el problema no se plantea en relación con el aspecto sustantivo de la infracción laboral que haya podido cometer el trabajador con dicho uso, sino en el plano procesal de la posible eliminación de la prueba derivada del control empresarial del correo, por considerarla de obtención ilícita.

Para delimitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones debemos recordar que, a diferencia del derecho fundamental a la intimidad que tiene una protección de carácter material, el secreto de las comunicaciones es esencialmente de tipo formal, pues si tenemos en cuenta que lo que se tutela en la intimidad es el área reservada por cada persona apartándola de la curiosidad ajena, toda comunicación será en principio secreta, pero no todas ellas serán íntimas. Aquí es necesario traer a colación la STC 14/84, que destaca este carácter formal “del secreto” puesto que protege el secreto de lo comunicado, con independencia de su contenido y de que éste pertenezca o no al ámbito personal o íntimo. Lo que se protege es la libertad de las comunicaciones y su secreto, se trata de “*garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados...) ajenos a la comunicación misma*”, lo cual determina que cuando el titular del derecho consiente que terceros accedan a sus co-

98 STSJ País Vasco 6/11/2007 (AS 1556).

municaciones, se excluye automáticamente la vulneración del derecho al secreto, aunque eventualmente pueda resultar lesionada la intimidad (L .M. Díez Picazo, en su obra ya citada, pág. 316, pone el ejemplo de quien es invitado al domicilio de una persona y luego divulga detalles de la intimidad familiar. En este caso no se vulnera la inviolabilidad del domicilio, pero puede resultar vulnerada la intimidad). El art. 18.3 CE protege no solo el contenido de la comunicación, sino también los aspectos externos –identidad de los interlocutores, frecuencia etc. – . No son objeto de protección por la vía del art. 18.3 las comunicaciones directas, sin perjuicio de que puedan ser protegidas a través del derecho a la intimidad. Sí lo son las indirectas, las que se producen a distancia, quizá por su mayor vulnerabilidad.

En cuanto a los medios utilizados para la transmisión, el art. 18.3 hace una relación no limitativa, garantizando el secreto de las comunicaciones en general “y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas”, con lo que deben entenderse comprendidas las que se realizan a través de las nuevas tecnologías (STC 70/2002); pero el medio de transmisión debe ser un medio que permita la reserva sobre su contenido, un medio “cerrado”, excluyéndose de la protección los envíos “que se configuren legalmente como comunicaciones abiertas” (STC 281/2006) y también las que se producen “al descubierto”, que permiten observar su contenido –caso de las postales–.

En cuanto al espacio temporal al que alcanza la garantía del secreto, la STC 114/1984 concretó *que “el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspon-*

dencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)”. Esta tesis ha sido criticada por alguna doctrina científica señalando que la correspondencia recibida y guardada por su destinatario debería protegerse por la vía del art. 18.1 CE y no por la del número 3. La STC 70/2002 se decanta por esta última posición, en el caso de una carta que fue intervenida cuando estaba fuera del sobre y guardada en una agenda, y razona: *“la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero, finalizado el proceso en el que la protección consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”*, entre los cuales estaría por ejemplo el de propiedad.

Desde el punto de vista subjetivo, se distingue entre sujetos obligados a guardar el secreto y titulares del derecho a que se respete el secreto de sus publicaciones. Los obligados serán, como dijo la citada STC 114/1984 terceros ajenos a la comunicación, sobre los que pesa el deber formal de respetar el secreto de lo comunicado, lo que alcanza al operador encargado de la transmisión, mientras que los titulares serán *“los comunicantes [... sobre los que...] no pesa tal deber, sino, en todo caso un posible” “deber de reserva que –de existir– tendría un contenido estrictamente material, en razón de cual fuese el contenido mismo del comunicado...(derecho a la intimidad del art. 18.1)”*. Como sigue diciendo la sentencia *“no hay” “secreto”* para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la recepción, por cualquier medio, del contenido del mensaje”, y concreta *“quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones”*, sin perjuicio

de que estas mismas conductas...., si entrasen en la esfera íntima de un interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución, y lo mismo cabe decir de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica –caso de la sentencia–.

Al lado de los titulares del derecho, interlocutores o comunicantes, como señalan A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, (en la obra ya citada), pueden existir terceros afectados a los que se extendería la protección del art. 18.3 CE dado el carácter objetivo de la garantía.

Una vez delimitado el concepto y alcance del secreto de las comunicaciones, cabe preguntarse con los mencionados autores, si del art. 18.3 CE puede derivarse un derecho del trabajador al secreto de las comunicaciones cuando utiliza el correo electrónico de la empresa, y la respuesta es negativa pues, al igual que decíamos respecto del derecho a la intimidad, no existe el derecho fundamental a utilizar los medios de comunicación de la empresa para usos personales, sin perjuicio de que ese derecho pueda venirle atribuido en otras regulaciones infra constitucionales, como la ley, el convenio colectivo o el contrato de trabajo.

La doctrina científica acuña varias respuestas en orden a si existe un derecho legal al secreto de las comunicaciones cuando no exista prohibición de uso personal o se desconozcan estas posiciones, que pueden resumirse, siguiendo a los precitados autores, del siguiente modo:

Posición que entiende que el control de las comunicaciones sería siempre posible por ser el empresario, que es un “tercero ajeno a la comunicación”. Esto es claro cuando estamos ante una comunicación puramente profesional, pero más discutible cuando se trata de una co-

municación personal, puesto que, al margen de la infracción que pueda suponer la indebida utilización por el trabajador de un medio que no le pertenece, en el contenido de la comunicación no está implicado el empresario. En sentido contrario, se mantiene que la titularidad del derecho al secreto corresponde a los comunicantes y no al propietario del medio a través del que se realiza la comunicación; pero se matiza con el ejemplo del servicio de correos, titular del medio a través del cual se envía una carta, que está sin embargo obligado, incluso con mayor exigencia, a respetar el secreto de la comunicación postal, a pesar de estar claro que no es el titular del derecho al secreto. El problema surge realmente cuando alguien utiliza un medio de comunicación de otro sin su autorización o en contra de su voluntad, porque en estos casos lo que sucede es que el comunicante está abriendo su comunicación y exponiéndola al control que pueda ejercer el tercero titular del medio.

Desde otro punto de vista, se hace referencia a que el empresario puede controlar los correos profesionales pero debe abstenerse de entrar en los personales; pero la distinción entre ambos tipos de correos no es sencilla, proponiéndose como criterios delimitadores el de la titularidad del medio o el de la calificación unilateral por el empresario o por el trabajador. El primer criterio resulta inseguro ya que, si bien no ofrece duda que el empresario no puede controlar las comunicaciones que el trabajador realiza con un medio propio, –como el teléfono u ordenador propios–, aunque se realicen en el lugar y durante el tiempo de trabajo, la cuestión se presenta dudosa si el trabajador abre a su nombre, sin autorización empresarial, una cuenta personal en el ordenador de la empresa, pues las comunicaciones que realice a través de esa cuenta en tales circunstancias serán más o menos confidenciales dependiendo

de que exista una expectativa razonable de confidencialidad, según las instrucciones del empresario sobre su uso.

Y tampoco da mayor seguridad el criterio de la calificación unilateral, ya que ésta no puede dejarse a la voluntad del trabajador, que de este modo podría vetar cualquier tipo de control, y si es el empresario el que califica la clase de correo como profesional, bien prohibiendo el uso personal o autorizándolo, con o sin limitaciones, o no estableciendo reglas de uso, habría que acudir a determinar en cada caso si existe o no expectativa de confidencialidad.

Como continúan diciendo A. Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, la distinción entre correo personal o correo profesional no es formal, sino de contenido, que solamente se puede comprobar cuando el secreto ya se ha desvelado, y por otra parte, el control empresarial también se puede extender a correos no profesionales para comprobar si se están realizando conductas abusivas (por ejemplo, de competencia desleal, acciones de acoso o la dedicación del tiempo de trabajo a otros entretenimientos comunicativos), pues no cabe entender que en estos supuestos el empresario no pueda ejercer el control por el simple hecho de que estas actividades tengan carácter no profesional.

Hay posiciones, por último que acogen como criterio para discernir si existe o no vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, el grado de intensidad del control empresarial, afirmando que el control debería limitarse a los datos externos –comunicantes, frecuencias, extensión de la comunicación–, pero no al contenido. Ahora bien, como señalan los citados autores, la leve intensidad del desvelamiento no eliminaría la lesión del secreto, cuya garantía alcanza, según la doctrina constitucional, los datos externos de la comu-

nicación, aunque el criterio de la intensidad podría servir para apreciar la proporcionalidad de la medida empresarial ante un conflicto entre el derecho al secreto de las comunicaciones y las facultades de control del empresario.

En realidad, estamos, como ocurría con otros usos del ordenador, ante una delimitación previa consistente en determinar si existe o no y hasta donde alcanza el derecho al secreto de las comunicaciones en el uso del correo electrónico utilizado en el ámbito laboral, porque, si no hay derecho al secreto, no puede hablarse de restricciones de las facultades de control empresariales desde el punto de vista de la posible vulneración de ese derecho fundamental, al margen de que pueda haberlas en virtud de las exigencias de la buena fe o de lo regulado por la ley, los convenios o el contrato. Pero es importante destacar que las infracciones de estas normas infra-constitucionales no suponen una violación del derecho fundamental a efectos de que juegue la garantía de la exclusión de la prueba ilícita. Por el contrario, la protección del derecho fundamental mediante la ponderación acerca de la utilización de un medio de control, solo se produce a posteriori, cuando ya existe el conflicto entre esa protección de derecho fundamental y la facultad empresarial de control, lo cual se produce en los llamados controles extraordinarios, pero no en los ordinarios. Es importante distinguir los dos planos, pues hay una tendencia a aplicar la ponderación a situaciones en que verdaderamente no surge el conflicto porque no existe un derecho fundamental que pueda ser lesionado. Así, si en la empresa se ha establecido una prohibición de uso personal del correo electrónico y se ha advertido sobre un sistema de control que pueda captarlo, el trabajador no podrá alegar que se ha lesionado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones porque considere excesivo el medio de

control aplicado, ya que en tales circunstancias –como señala la última sentencia de la Sala IV que hemos citado, de 6/10/2011, en relación con la intimidad– no existe realmente un derecho fundamental, en este caso al secreto de las comunicaciones.

Como ocurría en el caso del derecho a la intimidad, las soluciones vendrán dadas por las expectativas de secreto que existan en cada caso en la empresa. En algunos casos, al igual que ocurría en el supuesto mencionado del marketing telefónico, si el correo electrónico se utiliza exclusivamente de forma profesional porque el trabajo consiste precisamente en establecer esas comunicaciones con clientes, proveedores etc., entonces la dirección y control de la prestación de trabajo se confunde con el uso del medio y no puede vetarse el control del empresario; pero cuando el correo es un medio más de trabajo, puede entrar en juego el criterio del hábito social generalizado de tolerancia de un uso personal moderado y razonable, y aunque no pueda decirse que ese uso razonable constituya un derecho frente al empleador, salvo que le haya sido reconocido por las regulaciones laborales aplicables, habrá de recurrirse a la ponderación a efectos de proteger el derecho fundamental.

B) Doctrina última del Tribunal Constitucional sobre el secreto de las comunicaciones y la ilicitud de la prueba

1.– STC. 241/2012, de 17 de diciembre.

Se refiere a la intervención empresarial de comunicaciones informáticas resultante de un hallazgo casual y se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) al acceder a los ficheros informáticos en que quedaban registradas las conversaciones mante-

nidas entre ambas trabajadoras a través de un programa de mensajería instalado por ellas mismas en un ordenador de uso común y sin clave de acceso, conversaciones de carácter íntimo que según la recurrente deben de estar protegidas por el mandato constitucional del secreto de las comunicaciones, sin que concurran tampoco las exigencias de, necesidad idoneidad y proporcionalidad de la medida para salvaguardar el interés empresarial de vigilar y controlar la actividad laboral.

El Ministerio Fiscal solicitó la denegación del amparo, al entender que fue la propia decisión de la actora demandante y de la otra trabajadora la que permitió que sus conversaciones, cuyo contenido no fue objeto de publicidad por la empresa, pudieran ser leídas por cualquier otro usuario del ordenador, por lo que la lectura de las mismas por sus superiores jerárquicos, también posibles usuarios del ordenador, no comporta lesión de su derecho a la intimidad.

La sentencia señala que *“no cabe apreciar afectación del derecho a la intimidad desde el momento en que fue la propia demandante y otra trabajadora quienes realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, al incluirlas en el disco del ordenador en el cual podrían ser leídas por cualquier otro usuario, pudiendo trascender su contenido a terceras personas”*.

En relación al derecho del secreto de las comunicaciones –que es el que aquí interesa– la sentencia comienza recordando las declaraciones generales de su propia jurisprudencia al respecto:

El derecho del art. 18.3 CE *“puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje con conocimiento o no del mismo, o la captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento*

antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil” .

“El concepto de secreto de la comunicación cuando opera, cubre no solo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que este derecho queda afectado tanto por 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... la protección ... alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan otros derechos”.

“Que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos y... que el poder de dirección del empresario, es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva [contemplando el art. 20 ET...] contempla la posibilidad de que el empresario, entre otras facultades, adopte las medidas que estima más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales..., en todo caso, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador”.

“La utilización de ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial por parte de trabajadores... está generalizado en el mundo laboral, correspondiendo a cada empresario, en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, dirección y control fijar las condiciones de uso...” Desde la perspectiva de los derechos fundamentales y a efectos de determinar si el acceso al contenido de los ordenadores

puestos a disposición de los trabajadores, vulnera el art. 18.3 CE *“habrá de estarse a las condiciones de puesta a disposición [... como] atribución de espacios individualizados o exclusivos, asignación de cuentas personales de correo electrónico de los trabajadores [de modo que...] el ejercicio de la potestad de vigilancia y control empresarial sobre tales elementos... son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición”*.

Y entrando a resolver, a la luz de las anteriores consideraciones, la cuestión planteada, establece:

“Destacan dos elementos fácticos relevantes....: el ordenador era de uso común para todos los trabajadores de la empresa; y 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 las facultades organizativas del propio empresario. Así, por una parte, la posibilidad de uso común.... Permite considerar que la información archivada en el disco dura era accesible a todos los trabajadores, sin necesidad de clave de acceso alguna. Esta disposición organizativa... permite afirmar su incompatibilidad con los usos personales y reconocer que, en este caso la pretensión de secreto carece de cobertura constitucional, al faltar las condiciones necesarias de su preservación. Por otra parte, la prohibición expresa de instalar programas... se conculca por la recurrente y otra trabajadora.... Por tanto, no existiendo, una situación de tolerancia... 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 contradicción de la orden empresarial”.

“Lo expuesto no impide afirmar que en el desarrollo de la prestación laboral pueden producirse comunicaciones entre el trabajador y

otras personas cubiertas por el derecho al secreto del art. 18.3 CE, ya sean postales, telegráficas, telefónicas o por medio de comunicaciones, por lo que pueden producirse vulneraciones del derecho al secreto de las comunicaciones”. Pero en el presente caso estamos ante comunicaciones entre dos trabajadoras al introducirse el programa en un soporte de uso común sin ningún tipo de cautela y “quedan fuera de la protección constitucional por tratarse de formas de envío que se configura legalmente como comunicación abierta, ésto es, no secreta [.. que...] no puede calificarse como vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones... por cuanto que, además la misma se produce a partir de un hallazgo casual de uno de los usuarios, trabajador de la empresa, que trasmite su contenido a la dirección, ajustando ésta su actuación de control a un suficiente canon de razonabilidad [... pues...] la intervención empresarial se limita a la comprobación de la instalación en el soporte informático de uso común, con la finalidad de constatar si había habido un incumplimiento por parte de las trabajadoras implicadas y su alcance... y sin publicidad a terceras personas”.

A esta sentencia se le formuló un voto particular que empieza criticando las afirmaciones de la sentencia sobre la facultad empresarial de fijar las condiciones de uso de los medios informáticos, en el ejercicio de sus poderes de autoorganización, dirección y control, y que el derecho sobre la utilización de estos medios dependa de las condiciones de puesta a disposición y uso y las instrucciones que hayan podido ser impartidas a tal fin , declaraciones éstas, se dice, “formuladas sin matización ni reserva alguna”. A continuación se expone, con cita de la STC 114/1984, en consideraciones de que “la libertad de las comunicaciones, y no solo su secreto, integra el título de cobertura... constitucional”; “que el trabajador en la empresa tiene reconocido como ciudadano portador de un patrimonio de derechos que no desaparecen

con ocasión de la concertación laboral, un ámbito de libertad constitucionalmente consagrado (el derecho de libertad de comunicaciones)”; que “no solo la utilidad individual, sino también la social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”.

A partir de estas manifestaciones, le parecen “inasumibles” las conclusiones a las que llegó la mayoría de la Sala acerca de que el uso común del ordenador hace que la pretensión de secreto carezca de cobertura constitucional al efectuar el envío como una comunicación abierta, esto es, no secreta; así como que la prohibición expresa de instalar programas en el ordenador de uso común excluye toda expectativa de confidencialidad, afirmando, por el contrario, que el carácter formal del secreto que, a su juicio, debe impedir penetrar en el contenido de la comunicación, aunque ésta pertenezca al ámbito de lo personal, de manera que la protección debe dispensarse aunque exista una orden empresarial de prohibición, y concluye, con las tesis más restrictivas que “cualquier intervención empresarial debe producirse con las prevenciones y cánones de la autorización judicial que cita el art. 18.3 CE.

2.– STC 170/2013, de 7 de octubre

Se refiere, a la intervención empresarial de comunicaciones electrónicas habiendo una prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico, en despido disciplinario de un jefe de 1ª Administrativo al que se imputa una conducta de máxima deslealtad por haber proporcionado, durante mucho tiempo, información confidencial de la empresa a personal de otra entidad mercantil, sin haber pedido nunca autorización para ello y utilizando en dicha transmisión medios que eran propiedad de la empresa (en concreto teléfono móvil y correo electrónico). En el

proceso judicial se planteaba, como es habitual en estos casos, la nulidad de la prueba pericial (ilícita) aportada por la empresa en relación con los correos electrónicos, sobre la base de haberse vulnerado con ello su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

En lo que aquí interesa, la sentencia comienza también recordando la doctrina de la Sala acerca de que *“el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumbe al trabajador como ciudadano que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada”*, si bien *“la inserción en la organización laboral modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva”*; que ante la posible colisión de intereses se ha puesto de relieve *“la necesidad de que los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales... modulación que... ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin”* .

Para precisar el marco específico de la controversia señala que *“ni el objeto de protección ni el contenido de los alegados derechos al secreto de las comunicaciones (art. 118.3 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) son coextensos, por lo que, consecuentemente, su régimen de protección constitucional es diferente y autónoma”* .

Desde el punto de vista de su caracterización general, recuerda su propia doctrina constitucional sobre la noción de intimidad constitucionalmente protegida, señalando que, *“es un concepto de carácter objetivo*

o material, mediante el cual el ordenamiento jurídico designa y otorga protección al área que cada uno se reserva para sí o para sus íntimos”. Muy al contrario del secreto de las comunicaciones que es un “concepto rigurosamente formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido [.. y dado su fundamento...] no se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación, ni se garantiza el secreto porque lo comunicado sea necesariamente íntimo, reservado o personal, sino debido a la evidente vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero; se pretende que todas las comunicaciones –incluidas las electrónicas– puedan realizarse con libertad”. De lo que deduce que el objeto directo de la protección del art. 18.3 CE “es el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, cuyo contenido puede ser banal o de notorio interés público [...], de modo que la protección de este derecho fundamental] no se extiende a todos los fenómenos de comunicación entre personas, ni alcanza a cualesquiera materiales con ella relacionados presentes, pasados o futuros”.

En cuanto al ámbito subjetivo, recuerda que desde sus primeras sentencias el Tribunal resolvió “*excluír que el derecho al secreto de las comunicaciones pudiera oponerse frente a quien tomó parte en dicha comunicación*”, ya que lo que la Constitución garantiza es “*su impenetrabilidad por parte de terceros..... Esta última precisión explica que, cuando opera, la garantía constitucional se proyecte sobre el contenido de la comunicación, aunque éste no pertenezca a la esfera material de lo íntimo*”, cubriendo, además, otros aspectos de la comunicación como... “*la identidad subjetiva de los interlocutores [...de manera que...] este derecho queda afectado tanto por 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". Y sigue recordando la delimitación del ámbito de cobertura del derecho hecha por el Tribunal, señalando que *"el art. 18.3 CE protege únicamente ciertas comunicaciones: las que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados"*, quedando fuera aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como *"comunicación abierta, esto es, no secreta [... como ocurre...] cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que... no pueden contener correspondencia [.. en cuyo caso..] pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido"* y reitera la exclusión de protección constitucional *"de comunicaciones abiertas, que se realizan en un canal del que no puede predicarse su confidencialidad"*.

A continuación refiriéndose específicamente a las comunicaciones electrónicas, reitera la doctrina de la citada STC 241/12 sobre las facultades empresariales de autoorganización, dirección y control, que le permiten *"la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control... siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales"*; y que, aún cuando la atribución de espacios individualizados –asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadoras– pueda tener relevancia sobre la actuación fiscalizadora de la empresa, ha de tenerse en cuenta que *"los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones... impartidas... a tal fin"*. Y termina este repaso de su doctrina indicando que en el supuesto decidido por la citada STC 241/2012, se concluyó que, al tratarse de

conversaciones electrónicas a través de un programa de mensajería instalado en un ordenador de uso común, en contra de la expresa prohibición de la empresa, no existía una situación de tolerancia empresarial ni, por tanto... *“expectativa razonable de confidencialidad”*.

Luego, examina la sentencia su propio supuesto a la luz de la anterior doctrina, indicando que:

“Las partes del proceso quedaban dentro del ámbito de aplicación del XV Convenio Colectivo de la Industria Química [... que...] tipificaba como falta leve la utilización del correo electrónico para fines distintos de los relacionados con... la prestación laboral”. Y en atención al carácter vinculante de esta regulación colectivamente pactada *“sólo estaba permitido al trabajador el uso profesional del correo electrónico de titularidad empresarial [... y...] siendo éste el régimen aplicable el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía legítimamente ejercerse, ex artículo 20.3 LET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral... como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos a la prestación del trabajo”*.

Tales circunstancias, dice, *“no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad [.. pues..] la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico... levaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización [.. y...] la revisión de mensajes ... se llevó a cabo a través de un canal de comunicación... abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido en consecuencia a su posible fiscalización, con lo que... quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE [.. conclu-*

yendo..] *que la conducta empresarial cuando el proceso de comunicación podía entenderse ya finalizado, no ha supuesto una interceptación o conocimiento antijurídicos de comunicaciones ajenas realizadas en canal cerrado [.. por lo que..] debe descartarse la invocada lesión del derecho al secreto de las comunicaciones”.*

Analiza por último si, el acceso por la empresa al contenido de los correos electrónicos, que permitió acceder a mensajes relativos a la transmisión a terceros de información empresarial reservada, ha comportado una vulneración de su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

Después de reproducir la doctrina constitucional sobre el derecho a la intimidad, a la que ya hemos aludido anteriormente, negando la conculcación de este derecho, en primer lugar, por la negación del conflicto al señalar que... *“tampoco en este caso podemos apreciar que el trabajador contara con una expectativa razonable de privacidad”*, dada la prohibición convencional de utilizarlo para usos personales, siendo el supuesto distinto de algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la relevancia de la advertencia previa, porque, en el supuesto que ahora nos ocupa, la prohibición *“hacía factible la posibilidad de que el empresario ejerciera la facultad legal de vigilancia [.. y..] tal circunstancia impedía abrigar una expectativa razonable de privacidad”* ; negando a continuación, aún dando por supuesto el conflicto, que se hubiera vulnerado la intimidad del trabajador de acuerdo con los parámetros de la teoría de la ponderación.

C) Conclusiones

Al igual que cuando hablamos del derecho a la intimidad, en cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones también varían las conclusiones en función de las tres hipótesis ya conocidas.

1.– Autorización del uso personal

Son los términos de la propia autorización los que determinan los límites y posibilidades de control. Si hay advertencia previa, no existirá una expectativa razonable de confidencialidad que haga inexpugnable el secreto. Y si no hay advertencia surgirá la expectativa.

2.– Prohibición de uso personal

En este caso se considera implícita la advertencia de que el correo electrónico podrá ser fiscalizado, y aunque la advertencia concreta de control no se produzca, esta falta podrá eventualmente producir consecuencias en orden a la infracción cometida desde las exigencias legales de la buena fe, pero no invalida la prueba por lesión del derecho al secreto de las comunicaciones. Como hemos dicho, en estos casos no hay propiamente un conflicto de derechos y no será necesario recurrir a la ponderación aplicando el principio de proporcionalidad, sin perjuicio, claro está de la protección que pueda derivarse del respeto al derecho a la intimidad y a la dignidad cuando se hace un uso del conocimiento del contenido de las comunicaciones personales que no se justifique en función del legítimo ejercicio de las facultades empresariales. En definitiva, y como también hemos señalado, el derecho a las comunicaciones es un derecho de libertad que obliga, negativamente, a abstenerse de romper el secreto, pero no es un derecho de prestación que obligue al empresario a proporcionar y financiar un medio para las comunicaciones personales del trabajador.

3.– Inexistencia de prohibición o autorización

Desdentado Bonete y A. B. Muñoz Ruiz, ponen de relieve el carácter complejo de las comunicaciones, que como sabemos vienen en principio sometidas a autorización judicial, y solo en los casos previstos en la ley, esto es, en la materia que analizamos, en la investigación

de incumplimientos laborales que pudieran calificarse como delitos de acuerdo con el art. 579 LECr., que contiene dos limitaciones: Una que se refiere a los accesos que hayan de realizarse para la aportación de pruebas en el proceso, pero no a los accesos que puedan realizarse como consecuencia de los controles empresariales sobre la prestación del trabajo de acuerdo con el art. 20.3 ET; y otra que solo será necesaria la autorización cuando con ese acceso al documento o archivo quede afectado el derecho fundamental, que deja fuera los accesos a archivo cuando tienen garantía de confidencialidad.

Según esto, en los casos de falta de prohibición y en su caso de advertencia de control sobre el uso del correo electrónico el empresario no tendría facultades para controlar un uso personal por los trabajadores. Pero, como señalan los indicados autores, esta conclusión podría resultar excesiva por cuanto el correo electrónico puesto a disposición de los trabajadores para realizar su cometido laboral no es el canal más adecuado para la circulación de secretos y la expectativa de confidencialidad surgida de la simple falta de prohibición no debe hacer desaparecer totalmente el control de la empresa sobre el medio de su propiedad, ni hacer pensar que nunca va a existir control sobre el mismo ni siquiera en casos de emergencia (acoso a través del correo, competencia desleal etc.). Concluyen, por tanto que, aunque los criterios para justificar los controles extraordinarios deberían ser más estrictos en este supuesto, la expectativa de confidencialidad no es tan amplia cuando se está utilizando un medio de trabajo sobre el que existe un control empresarial.

D) Tercero ajeno a la relación laboral que interviene en la comunicación

El problema que aquí se suscita deriva de que cuando un tercero ajeno a la relación laboral se comunica con el trabajador, estamos ante

personas no sometidas al poder de dirección y control del empresario (art. 20.3 ET), al que no cabe hacer las advertencias que sobre el uso y el control pueden hacerse a los trabajadores, y sin embargo ese tercero puede resultar lesionado en su derecho al secreto de las comunicaciones, al tiempo que para el empresario puede resultar imprescindible, como en el caso del marketing telefónico, examinar el correo enviado o remitido por el tercero porque la propia prestación de trabajo se realiza precisamente a través de este medio de comunicación.

Al margen de los problemas penales que puedan surgir, para cuya solución hay que estar al elemento intencional exigido en el tipo del art. 197 del Código Penal, relativo al apoderamiento “para” descubrir secretos o vulnerar la intimidad, que lo diferencia del ámbito laboral, en el que el control no se realiza con tal finalidad sino con la de controlar la prestación de trabajo, lo cierto es que, a juicio de los repetidos autores, podrían trasladarse al ámbito laboral algunas argumentaciones verificadas en el ámbito penal (STS Sala II de 30/4/07) que en un registro recogiendo determinada información del ordenador de un empleado de una sociedad municipal por parte de los directivos del Ayuntamiento, excluyó el tipo del art. 197 del Código Penal porque:

“No es posible entender que el ordenador en el que se almacenaban físicamente los datos y al que acceden los acusados era el lugar idóneo para el archivo o almacenamiento de datos relativos a la intimidad personal del querellante”, dado que se trata de un instrumento de utilidad pública cuya utilización no debe estar orientada a otras finalidades que el cumplimiento de las funciones públicas.

“Tampoco el referido ordenador era el lugar adecuado para el almacenamiento de datos íntimos, secretos o reservados de carácter per-

sonal”, puesto que el acceso al ordenador estaba abierto a otras personas distintas de la afectada.

Y “no es posible afirmar que la voluntad de los acusados estuviera caracterizada por la finalidad de vulnerar la intimidad del recurrente..”

Trasladando estos razonamientos al ámbito laboral puede señalarse que, cuando la comunicación se realiza a una dirección de empresa, el tercero no tiene una verdadera expectativa de confidencialidad, pues sabe que no dirige el correo únicamente a su interlocutor, sino también a la organización a que éste pertenece. Además, el sometimiento al control empresarial que deriva del contrato de trabajo afecta no solo a lo que el trabajador comunica a través del correo de la empresa, sino también a las que se envían y recibe, sin perjuicio de que pueda responder ante el remitente, en su caso, de una lesión a su intimidad tal como ya hemos señalado.

En este sentido, concluyen los mencionados autores que sería conveniente configurar el correo, despersonalizándolo, y advirtiendo a los comunicantes externos que se trata de un correo de empresa que puede ser abierto por persona distinta de aquella a la que se dirijan.

II

CONTESTACIÓN

del

EXCMO. SR.

DON JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ

Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Excmas. e Ilmas. Autoridades

Sres/Sras. Académicos/as

Sras. y Sres.

El Excmo. Sr. Presidente me ha conferido el honor de proceder a la contestación reglamentaria de Ingreso del nuevo Académico que hoy se incorpora como numerario, el Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto, lo que para mí constituye un privilegio, que me permite mostrar mi admiración a un insigne jurista gallego, integrante de las Carreras Judicial y Fiscal.

Hoy es un día de satisfacción para esta Real Academia recibir al nuevo numerario, nacido en Boborás (Ourense), de cuyo Ayuntamiento es Hijo Predilecto. Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Ingresa primero en la Carrera Fiscal y posteriormente, en 1972, en la Carrera Judicial, desempeñando sucesivamente, los Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción de Bande, Corcubión, Berja y Pontearreas.

En 1979, por concurso de méritos, se integra en el hoy extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo, pasando a desempeñar la Magistra-

tura de Trabajo nº 2 de Santander. Toma posesión de nuevo destino en La Magistratura de Trabajo de Pontevedra en 1984. Asimismo, entre 1987 y 1991, sin relevación de funciones, sirve en comisión de servicio en el Tribunal Central de Trabajo.

Es nombrado Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, tomando posesión el día 28 de junio del 1991 y, ocho años más tarde es designado presidente de este Alto Tribunal, cargo del que toma posesión el 19 de noviembre de 1999.

Por Real Decreto 275/2006, de 6 de marzo, fue nombrado Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, cargo que desempeña en la actualidad. Permítanme aquí recordar que he tenido el honor de ser su padrino en la toma posesión en sus dos últimos cargos. Está en posesión de la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, entre otras condecoraciones.

En el ámbito docente, fue Profesor de la Universidad de Santander y de la UNED en Pontevedra, así como Profesor asociado de la Universidad de A Coruña. Dirigió también numerosos cursos de formación de jueces en A Coruña y Madrid, así como el primer curso de formación patrocinado por la Fundación Justicia en el Mundo de la Unión Internacional de Magistrados (en la que participaron más de 60 países). Pronunció conferencias en la Universidad de A Coruña, para el Consejo del Poder Judicial y en Brasil, Argentina y Perú en Foros de la Fundación Justicia en el Mundo, tiene numerosas publicaciones, ponencias y comunicaciones en diferentes foros jurídicos.

Este es a grandes líneas el curriculum profesional del nuevo académico, por lo que procede ahora referirme a su curriculum vital, pues Jesús Souto es un profundo conocedor del saber y costumbres del

pueblo gallego. Nacido, como ya dije en Boborás, en cuya comarca sus padres ejercían la docencia como miembros de aquel ilustre cuerpo de Maestros Nacionales a quien tanto debe nuestra sociedad. Allí transcurre su infancia, compartiendo sus años juveniles entre estas tierras y O Carballiño.

El sentimiento del jurista, como el de todo hombre, es comúnmente una pasión en donde domina el entusiasmo, pero siempre bajo la tutela del buen sentido y de la razón, y siempre referido a una idea -moral o política- o a una convicción. Por eso cuando se administra justicia es necesario que el juez comprenda la tendencia general del pueblo o país, la principal idea que le ocupa, y el sentimiento más profundo que le anima y que se desarrolla bajo la influencia de una posición geográfica, de un clima y de sus costumbres. Galicia tuvo siempre tendencias fuertes y poderosas, que conserva y abriga en su seno.

Pues bien, Jesús Souto, que desempeñó la mayor parte de su vida judicial en nuestra amada tierra, es escudriñador del alma gallega, habiendo sabido captar de manera especial los sentimientos del medio rural que dieron nacimiento a nuestro Derecho consuetudinario. No en vano nació en un ambiente rural y es hijo de grandes pedagogos. Además su padre fue un distinguido miembro de la Abogacía gallega, que ya desde niño confesaba su vocación hacia esta digna profesión, que ejerció lucidamente hasta los 100 años, quién a lo largo de su vida, siempre buscó el acuerdo y la negociación antes que el litigio. Su capacidad para transmitir confianza incluso se expandía a la parte contraria, particularmente en disputas entre vecinos. Pues bien, todas esas vivencias están depositadas en el nuevo Académico, como unos mimbres ocultos que le llevan a mantener amenas conversaciones en las

que narra anécdotas de las que fue testigo y que encierran la filosofía y sentimiento del pueblo gallego.

Glosada la figura jurídica y humana de Jesús Souto, paso a referirme como es reglamentario, a su Discurso de Ingreso, para poner énfasis en su actualidad e interés, en una época de crisis como la que atraviesa la economía global, de manera especial en nuestra tierra. Es de suma trascendencia que el Discurso haga un detallado estudio del control de la actividad empresarial en la utilización de las nuevas tecnologías y analice los límites derivados de los derechos fundamentales del trabajador en orden a su esfera de privacidad, siendo estos los dos pilares en los que se asienta toda su estructura en las tres partes en que se divide en “Control audiovisual e intimidad del trabajador”, “Controles informáticos y el uso de ordenador en la Empresa” y “Control del correo electrónico y secreto de las comunicaciones”.

Como bien explica, el análisis de la facultad de control discurre entre el poder de dirección en el ámbito de organización y dirección de la empresa, y el carácter personalísimo de la prestación del trabajo, por lo que la vigilancia y el control del empresario tiene como límite el respeto debido a derechos fundamentales del trabajador, como son la intimidad y la propia imagen.

En el control audiovisual, con la utilización de las nuevas tecnologías de reproducción de imagen y sonido, advierte que la grabación de las conversaciones afecta de una forma más sensible que cuando se trata de la captación de imágenes. Lo que le obliga a continuar en el estudio de la evolución de la doctrina científica y judicial que pueda concretar y matizar más esta materia.

En los centros laborales, el recipiendario distingue entre los lugares de estricta prestación del trabajo y aquellos otros destinados a finalidades de orden personal. En el primer supuesto, la regla general es la de la licitud, mientras que en el segundo no siempre serán lícitos estos medios de control, lo que hace necesario acudir a otros elementos o circunstancias que lo determinen.

En este hace un minucioso y detallado estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional y denuncia su casuismo, inseguridad y subjetivismo que conlleva la doctrina de la ponderación, en dónde las circunstancias pueden determinar legítimo el uso de los medios audiovisuales, como indispensables para la seguridad o el buen funcionamiento de la empresa, pero discurrendo por los principios de proporcionalidad e intervención mínima, siendo sus notas la actuación justificada e idónea, necesaria y equilibrada.

Hace hincapié en el ámbito de la grabación de conversaciones, porque la conversación puede revelar pensamientos y sentimientos internos que la imagen no proporciona o proporciona muy limitadamente. A lo que agrega, que el control de las conversaciones puede ser indispensable en la lógica del contrato de trabajo, ya que si las conversaciones no son controladas conllevaría que la propia prestación de trabajo tampoco podría ser dirigida y vigilada por el empresario.

También hace referencia a algo que es de suma actualidad: la “videovigilancia en relación con el derecho de huelga” en cuanto la utilización de este medio puede suponer una obstaculización del libre ejercicio de tal derecho.

Tras un minucioso estudio doctrinal y jurisprudencial, sintetizando sus aciertos así como analizando los posibles excesos, esta primera parte

del discurso se cierra con un marco de conclusiones sobre la aplicación generalizada de la denominada doctrina de la ponderación, en cuanto consiste en un juicio de proporcionalidad. Así resalta que este juicio es el que permite establecer la preferencia en cada caso, de modo que los conflictos entre derechos constitucionales - que mayoritariamente son estructuralmente principios- deben resolverse sopesando cual ha de resultar preferente, - al no existir constitucionalmente una relación jerárquica entre los principios -, analizando el contenido protegido por el derecho a la intimidad, el control empresarial frente a este derecho y la referencia a la dignidad humana como límite de ese control.

En la parte referida a los “Controles informáticos y el uso del ordenador en la empresa”, alerta que la progresiva utilización de estos medios puede llevar consigo un incremento del riesgo de que se produzcan abusos, tanto cuando revistan la forma de control general para comprobar los procesos de trabajo, como cuando se controla la concreta actividad laboral de un trabajador, con lo que estas técnicas permiten no solo el control de la prestación de trabajo, sino también sobre la persona del trabajador, utilizando instrumentos facilitados por el empresario al trabajador, y en ello pueden resultar afectados derechos, como la intimidad, secreto de comunicaciones incluso de terceros, protección de datos, etcétera. Tal problemática es analizada desde dos planos diferentes aunque intrínsecamente relacionados, el Sustantivo de la “infracción laboral” y el procesal sobre la “prueba” de esta infracción.

En lo que se refiere a la “infracción legal”, Souto Prieto pone de manifiesto que, en la mayoría de los casos analizados por la doctrina judicial, el problema se ha enfocado desde el punto de vista procesal sobre la licitud o ilicitud de la prueba, para señalar el punto hasta dónde puede llegar el control del empresario en el caso de los medios informáticos

para poder considerarlo lícito ante un parco ordenamiento jurídico, particularmente cuando el trabajador utiliza los medios suministrados por el empleador para fines personales o incluso para cometer una infracción.

En el plano procesal sobre la prueba de una infracción nos recuerda que el empresario recoge datos, examinando la navegación en internet, correo electrónico, archivos, todo ello con el propósito de utilizarlos como medios de prueba, pero advierte que esta tarea puede vulnerar las reglas sobre la forma de ejecutar el control y en consecuencia ser una prueba ilegal, aunque no ilícita si no se ha vulnerado ningún derecho fundamental del trabajador, en cuya cuestión, tal y como dice el nuevo académico, se aprecia divergencia en la doctrina de Suplicación, pendiente aún de ser unificada en Casación, lo que le obliga a seguir su labor investigadora en esta materia.

En su parte final, el discurso hace una valoración de la situación del “Control del correo electrónico y secreto de las comunicaciones” en las doctrinas constitucional, judicial y científica. Partiendo de que las anteriores consideraciones podrán aplicarse en esta materia, también se han de tener presente las características singulares derivadas del derecho al “secreto de las comunicaciones”, especialmente cuando puede resultar implicada una tercera persona, distinguiendo el correo profesional, personal y mixto.

En la disertación sobre derecho a la intimidad, en cuanto al secreto de comunicaciones hace matizaciones en función de: 1) Existencia de autorización de uso personal; 2) Prohibición de uso; 3) Falta de prohibición y, en su caso, de advertencia de control; 4) Cuando existe un tercero ajeno a la relación laboral, lo que supone estar ante persona no sometida al poder de dirección y control del empresario; y cuando la co-

municación se realiza a una dirección de la empresa, el tercero no tiene expectativa de confidencialidad, aunque convendría la advertencia de que se trata de un correo de empresa que puede ser abierto por persona distinta de aquella a la que se dirigía.

A nadie le escapa por lo expuesto la importancia que este estudio tiene para todos cuantos tengan que abordar esta actualísima problemática en el mundo empresarial y laboral, especialmente los Juristas.

Quiero dejar constancia de la corrección académica y literaria del discurso que acaba de ser leído y mi admiración por el exhaustivo trabajo del nuevo Académico, que demuestra un dominio del Derecho y una gran labor investigadora de la Jurisprudencia, que pone de manifiesto su participación en la docencia universitaria

Todavía emocionado por la intervención que se me ha confiado en este acto y para no exceder del tiempo reglamentario, pongo punto final, deseando a Jesús Souto Prieto que su ingreso en esta Real Academia le sirva de estímulo para continuar su brillante labor, puesta de manifiesto con el magnífico Discurso que acaba de leer y que enriquece desde ya la Institución que nos acoge.

En nombre de esta Real Academia, concluyo diciendo:
¡Seas bienvenido!.