

LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y DEL EMPRESARIADO DESDE LA IMPLANTACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL¹

Ana Aba Catoira

*Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad de A Coruña
Magistrada-Jueza sustituta de los Juzgados de A Coruña
Miembro-cofundadora de la Red Feminista de Derecho Constitucional
Miembro de la Red DerechoTICs*

Recepción: 29 de junio de 2014

Aprobado por el Consejo de redacción: 30 de septiembre de 2014

RESUMEN: La inmersión tecnológica genera continuos conflictos cuando se ejercitan los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales que no han sido resueltos por el legislador. El Derecho tiene que responder adecuadamente a diversas cuestiones relacionadas con la utilización por parte de los trabajadores de las tecnologías propiedad de la empresa durante su jornada laboral y en el lugar de trabajo, así como otras que se plantean a raíz del control empresarial a través de dichos medios. En este trabajo se pretenden analizar diversos elementos que permiten obtener una respuesta adecuada y proporcionada: si hay o no conocimiento por los trabajadores de las condiciones del uso de las TICs de la empresa lo que puede generar una expectativa de secreto o privacidad, el acceso por el empresario a los sistemas de comunicación puestos a disposición de sus trabajadores y, en su caso, los criterios, la finalidad y alcance de estas medidas de control en cuanto que restrictivas, es decir, si existen razones objetivas y justificadas en derecho o se puede estar cometiendo algún tipo de injerencia más allá de lo razonable.

PALABRAS CLAVE: TICs, derechos de los trabajadores, facultades empresariales de control, buena fe, Internet, correo electrónico, redes sociales.

ABSTRACT: The continuous technological immersion generates conflicts when fundamental rights are exercised in the field of labor relations that have not been resolved by the legislature. The law has to respond appropriately to various issues related to the use by workers of technologies company property during working hours and in the workplace, as well as others that arise as a result of corporate

1 Este trabajo es el producto de la revisión y puesta al día de otro anterior publicado bajo el título "Los Derechos de la generación electrónica en el ámbito laboral", *Revista de Derecho*, Vol. 12, Universidad de Piura, 2011, pp.257-279.

control through the media. This paper is intended to analyze various components producing an appropriate and proportionate response: whether or not knowledge workers in terms of the use of ICT company which can generate an expectation of confidentiality or privacy, access by the employer to communication systems made available to its employees and, where appropriate, criteria, purpose and scope of these control measures as restrictive, ie, if there are objective and justifiable right reasons or can be making some kind of interference beyond reason.

KEYWORDS: ICT, workers' rights, corporate powers of control, good faith, Internet, email, social networking.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: NUEVOS RETOS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y OTROS DERECHOS DE NUEVA GENERACIÓN. II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL. 1. Los derechos invocados por los trabajadores cuando se controla el uso de las TICs en el ámbito de la empresa. 1.1. Libertades de expresión e información. 1.2. La vida privada. 1.3. Inviolabilidad de las comunicaciones. 1.4. Protección de datos personales. 2. ¿Qué control empresarial es posible? Su alcance y la afectación de los derechos de los trabajadores. III. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ANTE EL CONTROL EMPRESARIAL Y LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. IV. UN APUNTE SOBRE LAS REDES SOCIALES. V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: NUEVOS RETOS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y OTROS DERECHOS DE NUEVA GENERACIÓN

La penetración de las denominadas TICs² en todos los ámbitos de la sociedad es a día de hoy una realidad incuestionable. La revolución tecnológica ha transformado todas las formas de relación tanto público-privadas como entre privados, así como los sistemas de producción de bienes y servicios. Esta revolución tecnológica introduce constantes cambios que han transformado las estructuras empresariales y la organización del trabajo, así como el perfil de la persona trabajadora a la que se le exige una capacitación tecnológica y en muchos casos una conexión permanente de modo que se difumina la línea que delimita su vida como trabajador y su vida privada como persona o ciudadano. Una transformación que evidencia ventajas e inconvenientes que, si bien reproducen viejos problemas de la sociedad analógica, también introducen otros propios de una realidad interactiva.

En este orden de cosas, se constata una insuficiente e inadecuada respuesta desde el Derecho que se muestra lento y poco eficaz para resolver cuestiones referentes al ejercicio de los derechos fundamentales a través de la aplicación de las nuevas tecnologías. De hecho, el legislador español no se ha preocupado ni ocupado de regular estas cuestiones cuando se plantean en el ámbito laboral. En este trabajo se aborda este análisis en el contexto de las relaciones laborales que configuran un espacio donde se pone de manifiesto la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y donde los derechos se ven

2 Ya desde el primer momento hablaremos de TICs para referirnos a las Nuevas Tecnologías de la Información y Conocimiento, de ahí que en algunos trabajos se utilice el término NTICs.

afectados por limitaciones de dos tipos, unas que responden a aquellas libremente consentidas a través de la firma del vínculo laboral que se justifican por el objeto del contrato y otras, muy diferentes, que responden a las facultades empresariales previstas en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores. En el contexto laboral surgieron los primeros conflictos que llegaron ante los órganos judiciales siendo posible a partir de sus pronunciamientos, si no encontrar una solución definitiva, si ir avanzando respuestas jurídicas a partir de los principales criterios jurídicos que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo van estableciendo³.

La introducción de las TICs en el ámbito laboral no genera nuevos problemas para los derechos sino que reactualiza viejas cuestiones que presentan nuevos aspectos que responden al factor tecnológico tal como ocurre en las formas de ejercicio de los derechos fundamentales o en lo relativo a la efectividad de sus garantías. En este sentido, nos referimos a los derechos *on line* no como derechos específicos en Internet sino como los derechos clásicos que se ejercitan a través de medios electrónicos teniendo además en cuenta que no se trata de derechos específicos del ámbito laboral. Así, tal como se ha indicado, la utilización generalizada de las tecnologías reporta numerosas ventajas en la realización de la actividad laboral, sin que deban de surgir problemas si existe conocimiento de las condiciones de uso de las mismas por parte de quienes reúnen la doble condición de personas usuarias y trabajadoras que han de comportarse en el marco de la relación laboral conforme a las exigencias de la buena fe. Por tanto, la realización de prácticas que respondan a un "uso indebido" conllevará sanciones que pueden llegar al despido si bien habrá que determinar en todo caso las condiciones en que se realizó el control empresarial, la finalidad y alcance del mismo por la afectación que supone para los derechos fundamentales de los trabajadores.

En una sociedad como la nuestra donde la tolerancia empresarial hacia el uso de las TICs, y básicamente de Internet, durante el tiempo de trabajo para relaciones o actividades de carácter personal que poco o nada tienen que ver con el desarrollo de la actividad laboral está asentada, se ha creado una "expectativa de secreto" o "expectativa de privacidad" bajo la que se pretende parapetar todo uso y abuso de estas herramientas tecnológicas propiedad del empresario y aportadas como medio de trabajo⁴. Se plantea un conflicto jurídico entre los derechos fundamentales y/o derechos legales de los trabajadores y las facultades

3 Efectivamente, la articulación de los derechos fundamentales de los trabajadores con las facultades de control empresarial ha sido siempre una cuestión jurídica espinosa, por lo que los problemas no son nuevos en el ámbito tecnológico sino que, antes al contrario, las colisiones o conflictos entre derechos se siguen produciendo en el ámbito laboral ahora mediatizados por las TICs. Las últimas resoluciones judiciales son la STC de 10 de octubre de 2013 o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de enero de 2014.

4 El hecho de que las empresas cuentan con trabajadores conectados hace pensar que resulta lógico que en determinados momentos se consienta el uso de las tecnologías con fines personales. Ver CALVO GALLEGO, F.J.: "TICs y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales" en *Aranzadi Social*, núm. 9, 2012, p.3. Siguiendo esta postura no habría impedimento para que se usen estas tecnologías durante los periodos de descanso o micro-pausas necesarias "ya que es necesario admitir los momentos de distracción y de inactividad que están presentes en cualquier trabajo y que deben tolerarse, pues son característicos del trabajo humano", tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional en STC 98/2000, de 10 de abril. En todo caso, esa utilización siempre en términos de moderación pues no se pueden olvidar problemas para la empresa como la pérdida de productividad y los costes que tendrá que asumir tanto de los equipos informáticos como de la navegación o el envío de correos personales ajenos a la actividad empresarial.

empresariales, por un lado, el poder de dirección y control empresarial sobre el trabajo de las personas empleadas a su servicio y, por otro, los derechos a la intimidad, a la protección de los datos personales y el secreto de las comunicaciones, así como un posible derecho a la autonomía personal. Un conflicto que, en todo caso, se resolverá a través de la aplicación del principio de proporcionalidad que permite determinar la adecuación o no de las medidas restrictivas de derechos al fin que se pretende. En este sentido, tal como se verá, el control empresarial sobre los usos de los medios tecnológicos propiedad de la empresa no podrá suponer una vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores, pero, tampoco estos derechos pueden impedir en todo caso el control empresarial.

Así las cosas, pretendemos establecer, si ello resulta posible, a partir de los pronunciamientos jurisdiccionales, cuáles son los principales criterios jurídicos seguidos en la resolución de estos conflictos. Si bien hemos de tener en consideración varios elementos, uno, que nos hallamos en un ámbito del comportamiento humano (trabajadores, empleadores, representantes) y, dos, la posibilidad de que existan pronunciamientos judiciales desiguales respecto al uso indebido de las tecnologías de la empresa durante la jornada laboral incluso provenientes del mismo órgano jurisdiccional. Esto supondrá que no resulte posible establecer criterios jurídicos estandarizados para resolver los distintos casos, sino que, por el contrario, las resoluciones judiciales pueden ser dispares, al tratarse de una casuística basada en la resolución del caso a caso. En este orden de cosas, consideremos que resulta determinante que la mayoría de las resoluciones son dictadas por órganos judiciales de primera instancia o por las Audiencias Provinciales en ejercicio de revisión de resoluciones anteriores, por lo que se hacen necesarios pronunciamientos de órganos superiores, como el Tribunal Supremo en la jurisdicción ordinaria o el Tribunal Constitucional en cuanto supremo intérprete de la Constitución. Ahora bien, no obstante lo anterior, si es posible establecer unas líneas jurídicas generales y ésta y no otra es precisamente la intención de este modesto trabajo⁵. Estos derechos están de plena actualidad en el escenario laboral de España siendo debatidos ante los órganos judiciales que a golpe de sentencia van resolviendo los casos litigiosos que les llegan, sobre todo en materia de despido, y que permiten trazar ciertas líneas sobre el alcance y limitación de estos derechos, sin que, en ningún caso, se pueda hablar todavía de jurisprudencia. No obstante, a la espera de que se produzcan cambios legislativos, hay que estar a lo establecido en las políticas que establecen algunas empresas en cuanto al uso de los medios electrónicos por parte de los empleados, a los códigos de buenas prácticas y sobre todo, a nuestro juicio, a lo pactado a través de la negociación colectiva.

5 En definitiva, la solución a los problemas en esta materia exige un apego especialmente intenso al caso concreto y aun así nos encontramos en un terreno movedizo, en el que la ausencia de criterios claros supone dejar al sentido común del órgano judicial la respuesta a estas preguntas en cada situación concreta. Y a ello se añade el carácter esencialmente dinámico de esta materia, que hace que los conflictos se reformulen a cada paso, y que las soluciones adoptadas por los Tribunales o en los todavía escasos convenios que contemplan el tema se queden rápidamente obsoletos en algunas de sus previsiones. Ésa es, justamente, la principal circunstancia que ha venido desincentivando la regulación legal del uso y control de las herramientas tecnológicas en el ámbito laboral: SEMPERE NAVARRO, A.: "¿Puede la empresa controlar el ordenador utilizado por su trabajador?", Comentario a la STS de 26 de septiembre de 2007, Recurso 966/2006 (JUR 2007), *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 7, 2007, pp. 357-370.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL

Son diversos los problemas con alcance constitucional que se plantean a través de la implantación de las TICs en el ámbito laboral, problemas vinculados al uso de las tecnologías tanto por los trabajadores o, en su caso, por sus representantes sindicales, como por los empresarios. En todo caso, se trata de derechos fundamentales reconocidos y garantizados por nuestro Texto Constitucional con carácter general como la intimidad o secreto de las comunicaciones que no pierden su vigencia en el ámbito de las relaciones laborales, sin olvidar otros derechos específicamente laborales como la huelga o el conflicto colectivo. Ya hemos señalado en trabajos anteriores como la Constitución no se detiene ante ningún ámbito⁶, pues no hay espacios que permanezcan impermeables a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales que irradian sus efectos alcanzando todo tipo de relación jurídica ya sea laboral o de sujeción especial.

En este sentido, tal como expresó en su momento el Tribunal Constitucional, "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano"⁷. Y ello porque las organizaciones empresariales no forman "mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del Texto Constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional"⁸. Por tanto, la libertad de empresa no ampara limitaciones injustificadas de derechos fundamentales y libertades públicas⁹.

Así las cosas, desde su más temprana jurisprudencia, el máximo intérprete de la Constitución viene afirmando el carácter limitado de los derechos fundamentales¹⁰ que trasladándolo al ámbito laboral nos sitúa ante dos tipos de limitaciones que afectan a los derechos de los trabajadores¹¹. Un primer tipo obedece al hecho objetivo del ejercicio de los derechos en un contexto muy concreto fruto de la relación laboral aceptada voluntariamente y que, por tanto, son limitaciones consentidas derivadas del objeto mismo del contrato. Un segundo tipo, obedece al hecho de que estos derechos se ejercitan dentro de una organización productiva con unas reglas propias (derechos reconocidos constitucionalmente

6 ABA CATOIRA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 2001.

7 STC 106/1996, de 12 de junio.

8 STC 197/1998, de 13 de octubre; STC 98/2000, de 10 de abril. Como afirma VALDÉS DAL-RÉ: "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *La Ley*, 1990 (Tomo I), p. 281, el régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva asociado un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales.

9 SSTC 197/1998, de 13 de octubre y 98/2000, de 10 de abril.

10 SSTC 57/1994, de 28 de febrero; 143/1994, de 9 de mayo y 98/2000, de 10 de abril, entre otras.

11 STC 5/1981, de 13 de febrero.

en los arts. 33 y 38 C.E. y desarrollados en el art. 20 párrafos 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores) que exigen una modulación o adaptación de los derechos a la misma¹². Por tanto, cuando se realiza la valoración entra en juego la aceptación por los trabajadores, a través de la firma del contrato laboral, de las facultades empresariales necesarias para la organización de la empresa, que comprenden derechos de control y supervisión y que suponen una modulación de sus derechos como trabajador pero que no amparan, en ningún caso, hipotéticas renunciaciones de derechos, solo la intervención mínima necesaria para la organización del trabajo consistente en la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Como se dirá entendida en sentido amplio pues ampara el control que se hace de los medios tecnológicos propiedad de la empresa. Así las cosas, en palabras del Tribunal Constitucional, el contrato de trabajo genera "un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación"¹³. Por tanto, integrarse en la plantilla de un centro de trabajo a través de la firma del vínculo jurídico correspondiente, supone iniciar una relación que establece unos mimbres que trazan las fronteras del ejercicio de una serie de derechos y deberes para las dos partes, derechos que se limitan recíprocamente, pues ni el trabajador puede actuar o expresarse con absoluta libertad desconociendo los intereses de la empresa para la que trabaja ni el empresario puede poner obstáculos o cortapisas al ejercicio de los derechos de sus trabajadores de forma que los lesione.

Ahora bien, aún cuando esta afirmación supone que los derechos presentan un alcance limitado en el contexto laboral, también implica que para determinar ese alcance habrá que sopesar y ponderar el entramado de derechos y bienes en juego y que gozan de máxima protección jurídica¹⁴.

Los conflictos surgen cuando desde la empresa se pretende fiscalizar la utilización que hacen los trabajadores de los medios tecnológicos, pues este control afecta a determinados derechos fundamentales. Cierto es que el uso de los dispositivos electrónicos y la conexión a la red es algo que forma parte de nuestras vidas y, obviamente, también de nuestra actividad laboral aunque en este espacio y tiempo de trabajo se hace un uso de los medios de la empresa con fines distintos al objeto del contrato de trabajo. La conexión constante supone en la práctica la tolerancia o permisividad empresarial del uso moderado de estos canales de comunicación por parte de los trabajadores con fines personales¹⁵, siempre que no se haya estipulado lo contrario por las partes o de que no existan instrucciones del empresario sobre

12 SSTC 99/1994, de 11 de abril; 98/2000, de 10 de abril.

13 STC 120/1983, de 15 de diciembre.

14 El ejercicio de los derechos fundamentales por el trabajador, sin embargo, "admite limitaciones o en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos" (STC 90/1997, de 6 de mayo). Dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, esa modulación que se sigue del contrato de trabajo sólo puede derivar de "una acreditada necesidad o interés empresarial", (STC 186/2000, de 10 de julio).

15 STS de 26 de septiembre de 2007, (RJ/7514), Sala de lo Social, Fundamento de Derecho Segundo.

la utilización de los ordenadores de su propiedad. La tolerancia genera una expectativa de privacidad para quien viene usando dichos medios con fines extra laborales que espera que no se produzcan injerencias que pongan en peligro su privacidad, pero esto no priva al empresario de poder supervisar o controlar esa utilización que no debe sobrepasar lo razonable para no producir daños en la organización del trabajo. Por tanto, no hay renuncia empresarial a vigilar posibles irregularidades cometidas a través del uso del sistema de comunicación que ha de hacerse cumpliendo determinados requisitos legalmente establecidos para no lesionar derechos directamente conectados con la dignidad como son la intimidad y la vida privada de las personas trabajadoras¹⁶. En cualquier caso, la respuesta a todas las cuestiones que surgen a raíz del uso de los medios de la empresa con fines distintos a los del objeto del contrato ha de ser siempre matizada, pues no se pueden ofrecer soluciones definitivas y estandarizadas ante la ausencia de normas apropiadas que regulen este ámbito, teniendo que estar a las características concretas de cada uno de los supuestos que se plantean. La falta de normas ha sido subsanada en ocasiones por las propias empresas que abordan a través de la autorregulación la utilización de estos instrumentos tecnológicos ya sea con carácter unilateral o a través de la negociación colectiva, pero, en otras, no hay ni siquiera unas instrucciones o directrices que le permitan al trabajador conocer cuál es la posición de la empresa al respecto comportándose como si se hubiera establecido de facto una tolerancia o permisividad total.

Así las cosas, por un lado tenemos los derechos fundamentales consagrados en el art. 18 que garantizan la intimidad o vida privada de los trabajadores, el derecho a controlar las informaciones personales o derecho de protección de datos personales y el secreto de las comunicaciones y, por otro, las libertades de expresión e información consagradas en el art. 20. Y, también, sabemos que el Estatuto de los Trabajadores, norma básica en el ámbito laboral, establece el cumplimiento de las obligaciones laborales de conformidad con las reglas de la buena fe (arts. 5.a y 20.2º E.T)¹⁷, si bien la exigencia de este deber es susceptible de graduación lo que resulta esencial en la actualidad ante la tolerancia social del uso privado de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral¹⁸.

16 En SJS Barcelona núm. 32, de 16 septiembre 2002 (AS 2002, 2637) se recuerda que "el art. 3.1 CC consagra que las normas tienen que ser interpretadas conforme a la realidad social del tiempo en que se hayan de aplicar. En la medida en que Internet es una realidad social con creciente implementación en la producción y los servicios, no se puede eludir su uso social, incluso en el marco del centro de trabajo". STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4º: "el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3º E.T, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo. Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentren limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquellos".

17 En este sentido, el art. 20.2 ET afirma el sometimiento del trabajador y del empresario a las exigencias de la buena fe. El trabajador ha de cumplir la exigencia de llevar a cabo el trabajo convenido de acuerdo con la buena fe que preside las relaciones contractuales (art. 5.1.a ET).

18 A los trabajadores se les exige un comportamiento adecuado dentro del ámbito contractual y se considera que se transgrede la buena fe cuando se comporta de forma consciente de una manera que va en contra de lo que resulta jurídicamente exigible, en cuanto que actúa con deslealtad e incumpliendo un compromiso ético que nace de la confianza generada por el vínculo contractual.

1. Los derechos invocados por los trabajadores cuando se controla el uso de las TICs en el ámbito de la empresa

Cuando se trata de estudiar los derechos de los trabajadores ejercitados en el ámbito tecnológico podemos afirmar lo siguiente. En primer lugar, no todos ellos son derechos específicamente laborales sino que son derechos "genéricos" que corresponden a las personas si bien se ejercitan en el ámbito laboral; segundo, no todos son derechos fundamentales y, tercero, incluso algunos son meras expectativas en cuanto que no están reconocidos jurídicamente como derechos. Ahora bien, todos ellos presentan un elemento compartido que es analizado en este trabajo y que se refiere a que son ejercitados en un contexto electrónico y no en el tradicional, de ahí, las peculiaridades y no pocos conflictos que se plantean en las empresas que no han sido regulados en las normas y de los que se ocupan los órganos judiciales con la resolución del caso a caso y estableciendo los criterios a seguir¹⁹.

Estos derechos y bienes jurídicos protegidos se garantizan a nivel internacional, así en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos se establece que toda persona tiene derecho al respeto de la vida privada y familiar y prohíbe la injerencia que no esté prevista en la ley y que no se justifique por razones de seguridad, bienestar económico, defensa del orden, prevención de las infracciones penales, protección de la salud, de la moral o de los derechos y libertades de los demás. En el ámbito de la Unión Europea se recogen en los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en el ámbito nacional, el art. 18 párrafo 1º y 3º de la Constitución garantiza respectivamente el honor, la intimidad y la propia imagen y el secreto de las comunicaciones, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, previendo a continuación en el párrafo siguiente, art. 18.4º, que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Ya a nivel legal, en el Estatuto de los Trabajadores (E.T), se regula el derecho a la intimidad en el ámbito laboral, estableciendo que este derecho actúa como límite a los poderes empresariales (arts. 4.2º.e, 18 y 20.3º)²⁰.

II.1. Libertades de expresión e información

Los canales de comunicación son variados pero en el contexto de la sociedad de la información no hay más instrumento que Internet que canaliza la inmensa mayoría de los procesos comunicativos y de relación social sin que las empresas sean una excepción en esta vorágine tecnológica. Así, en este sentido, los empresarios proporcionan estos medios

19 Ya el Grupo de Trabajo del "Artículo 29" que reúne a todas las autoridades europeas de protección de datos apoyaba la existencia de una regulación más específica en el ámbito laboral, como sería la regulación de si el empresario puede fiscalizar o no el correo electrónico de sus trabajadores que bien podría acometerse en el Estatuto de los Trabajadores.

20 En palabras de RODRIGUEZ-PIÑEIRO, M.: "Derecho a la intimidad y relaciones laborales" en *Foro Intimidad*, 2006, p. 2: "El art. 4,2, e) del Estatuto de los Trabajadores (ET) ha consagrado como derecho contractual del trabajador frente al empresario el derecho a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad, y existe un tratamiento legal de la intimidad del trabajador respecto a registros y controles empresariales en los artículos 18 (inviolabilidad de la persona del trabajador) y 20.3 y 4 (control de la actividad laboral y del estado de enfermedad y accidente) y genéricamente, en relación con la protección de datos y los tratamientos informáticos, la Ley 15/1999".

tecnológicos para la realización de la actividad laboral si bien al ser medios propiedad de la empresa no podrán ser utilizados sin cualquier tipo de control, pues aún cuando nada se estipulara al respecto entre las partes o no hubiera instrucciones empresariales, el trabajador actúa sujeto a la buena fe laboral en base a la cual no realizará conductas que perjudiquen los resultados empresariales o el buen nombre de la empresa.

En los procesos de comunicación se ejercitan varios derechos siendo el derecho matriz la libertad de expresión y la libre información y comunicación. Las comunicaciones pueden ser de distinta naturaleza, pues algunas se desarrollan entre empleados, otras se mantienen con los representantes sindicales e incluso cabe distinguir un tercer tipo que se correspondería con aquellas que se mantienen con terceras personas ajenas a la empresa y que por su carácter extra laboral son de naturaleza privada. Ya hemos dicho que el derecho matriz es la libertad de expresión e información, pudiendo ser el objeto de la misma la información sindical que forma parte del contenido de un derecho fundamental de los trabajadores consagrado en el art. 28.1º de la Constitución. Se trata del derecho de los trabajadores a estar informados sobre cuestiones laborales por parte de sus representantes y el derecho a utilizar este canal como medio de difusión de la información sindical por el comité de empresa o sindicatos²¹.

Las comunicaciones sindicales son parte del contenido de la libertad sindical²² pero se plantearon ciertas dudas sobre si el empresario está obligado a facilitar que se transmitan a través del correo electrónico de la empresa instalado con fines laborales. Un problema que se solucionaría si existiese regulación jurídica lo que no sucede con la Ley Orgánica de Libertad Sindical que consagra el derecho de los afiliados a recibir información sindical pero nada señala sobre si la empresa debe facilitar los medios materiales, siendo una

21 En 1998 se elaboró el Código de Conducta de la *Union Network International* con motivo de una campaña sobre los "derechos de los trabajadores en línea" para la promoción del reconocimiento legal de los derechos de los trabajadores y de las organizaciones sindicales en el entorno tecnológico y protección efectiva. En este Código UNI se recogen las demandas sobre el derecho de libre acceso a los sistemas de correo electrónico de las empresas como ejercicio de las libertades de información, el derecho de los trabajadores de acceder a la información sindical y a cualquier otro tipo de información relacionada con sus derechos laborales a través de Internet o el derecho a que sus correos o sus accesos a páginas web no estén sometidos a vigilancia electrónica secreta. Desde la *Union Network International* (UNI) se elaboró un modelo de acuerdo para ser utilizado por los comités de empresa y las organizaciones sindicales sobre la utilización del correo electrónico e Internet por los trabajadores dentro de la empresa que ha sido seguido por grandes empresas en la firma de acuerdos. A través de vías de negociación se aprobó otro código de conducta referido al uso de las tecnologías en la empresa para prevenir conflictos. Viene siendo habitual que por medio de los procesos de negociación, como los celebrados por la UNI, se avance en la autorregulación del uso de los medios tecnológicos propiedad de la empresa por los trabajadores en su lugar de trabajo que evitan las prohibiciones y se inclinan por la tolerancia empresarial para facilitar el ejercicio razonable con respeto al interés empresarial de derechos como la libre información y comunicación, pero siempre de manera razonable y respetando el interés empresarial. Este acceso razonable se cumple siempre que se respeten las responsabilidades laborales, que los correos sean legales y no atenten contra los derechos de los demás, que no sea utilizado como medio de acoso y, en todo caso, si así lo requiere el empresario, cuando los correos personales incluyan una cláusula de asunción de responsabilidad por parte del autor exonerando a la empresa. Por parte del empresario, se establece el compromiso de no efectuar una vigilancia rutinaria, pues solo se hará si hay motivos suficientes para pensar que se ha cometido actividad ilícita o una falta disciplinaria grave.

22 Véase STC 94/1995, de 19 de junio.

cuestión objeto de negociación colectiva²³. En este sentido, las soluciones se recogen en los Convenios colectivos negociados entre las partes afectadas. El Tribunal Constitucional se pronunció al respecto afirmando el derecho de los sindicatos a utilizar el sistema informático de la empresa, entendiendo que las decisiones empresariales dirigidas a impedir este uso constituyen "actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial de la libertad sindical" y siempre que el uso cumpla varios requisitos como la existencia de medios adecuados, que su utilización no perjudique la finalidad para la que se crearon, que se respeten los límites y reglas de uso cuyo cumplimiento se verificará en cada caso, siendo, por consiguiente, constitucionalmente lícito que "la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos"²⁴.

23 La libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical (artículo 2.1 d) Ley Orgánica de Libertad Sindical) y los sindicatos, en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a ejercer esta actividad en la empresa o fuera de ella (artículo. 2.2 d) LOLS). El artículo 8 LOLS reconoce manifestaciones específicas del ejercicio del derecho de libertad sindical en relación con la comunicación y la información en la empresa: apartado 1 c) establece el derecho del trabajador afiliado a recibir la información que le remita su sindicato "en el ámbito de la empresa o centro de trabajo"; en el apartado 2, en relación con los sindicatos más representativos y con los que cuentan con representación en la empresa, se establece un derecho a difundir los avisos que puedan interesar a los afiliados y a los trabajadores en general. Asimismo, el art. 8.2º incorpora dos garantías legales para asegurar la efectividad de la acción sindical como son el derecho a disponer de un tablón de anuncios con la finalidad de facilitar la difusión de los avisos que puedan interesar tanto a los afiliados como al resto de trabajadores y el derecho a la utilización de un local adecuado en el que puedan ejercer su actividad en las empresas que cuenten con más de 250 trabajadores.

24 Desde los órganos jurisdiccionales el conflicto ha sido resuelto de forma distinta. El litigio nace del hecho de que el BBVA había establecido una serie de instrucciones internas (1995) en las que se calificaba el uso de correo electrónico por motivos personales de "inapropiado". En 1999 sindicato CONFIA-CCOO remitió a los trabajadores de la empresa mensajes de contenido sindical a través del correo electrónico sin que se produjera ninguna reacción por parte de la empresa hasta que, a partir del año 2000, el servidor del Banco empezó a rechazarlos. La empresa estableció un filtro para que dichos correos no entrasen y ante esta decisión CCOO interpuso demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo social de la Audiencia Nacional que dictó sentencia estimando la demanda (AS 2001\84). En casación el Tribunal Supremo dictó sentencia estimatoria de fecha 26.11.2001 (RJ 2002\3270), estimatoria, "*Ni la sentencia recurrida, ni el demandante, derivan el posible derecho del Sindicato a la utilización del servidor informático de la demandada, de una adquisición por el uso pacífico durante el período en que fue meramente tolerado, mientras no produjo trastornos en el funcionamiento de las comunicaciones internas de la empresa. Y, descartada la adquisición del derecho por el consentimiento de su ejercicio, es lo cierto que no hay norma jurídica alguna que conceda al Sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos del Banco para realizar la comunicación con sus afiliados y con las Secciones sindicales. Como puso de relieve la sentencia que se recurre, la utilización del sistema que hoy se niega podrá ser objeto de negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pero, mientras no se obtenga, la utilización deberá ser expresamente consentida por la demandada. El artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985 de 2 de agosto, consagra el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo*". Por su parte, el Tribunal defiende el uso del correo electrónico corporativo por la organización sindical, así en la Sentencia 281/2005, de 5 de noviembre, disiente de la posición del Tribunal Supremo, al admitir que dicho uso forma parte del derecho a la libertad sindical, se integra dentro del derecho a transmitir información sindical que forma parte del contenido esencial del artículo 28.2 CE. Por ello, el Tribunal Constitucional entiende que "no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental una negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa que resulten aptos y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados, lo que sucederá cuando la negativa constituya una mera resistencia que no encuentre justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario, pues en esa hipótesis de acción meramente negativa el acto de resistencia únicamente daría como resultado la obstaculización del ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas, sin ocasionar, en cambio, provecho alguno. Una consideración diversa olvidaría el marco en el que tiene lugar la acción sindical en esos

Otros supuestos absolutamente distintos a los anteriores serán aquellos en los que se recurre a las tecnologías de la empresa para mantener comunicaciones con fines extra profesionales o de carácter privado, por ejemplo, con un familiar o con un amigo que vive en el extranjero. La tolerancia social permite afirmar que se aceptan estas comunicaciones, salvo prohibición expresa manifestada por la empresa y puesta en conocimiento por los trabajadores o cuando sin haberse prohibido existan instrucciones o indicaciones por parte de la empresa sobre la utilización del correo, siempre que dichas comunicaciones se realicen de forma moderada y no supongan una interferencia en las responsabilidades profesionales. En la citada UNI, tras la demanda de reconocimiento de un conjunto de derechos en línea para los trabajadores, se establecen una serie de condiciones o requisitos cuyo incumplimiento determinará que se está produciendo un uso o acceso abusivo por el empleado, es decir, se estaría contraviniendo "la buena fe" o la razonabilidad exigible en el uso de los medios propiedad del empresario que justificaría una sanción por esa conducta.

II.2. La vida privada

El derecho fundamental a la intimidad es un derecho clásico fuertemente vinculado a la dignidad de la persona y cuya protección ha sido una preocupación constante en las sociedades desarrolladas. En palabras del profesor PEREZ LUÑO en los sistemas jurídicos evolucionados existe preocupación por proteger la intimidad porque "una de las exigencias más acuciantes que hoy gravita sobre la sociedad tecnológicamente avanzada (es): el respeto de la intimidad"²⁵. Sin embargo, a nadie se le oculta, como nuestra sociedad vive una sobreexposición pública que hace evidente un desapego absoluto hacia los derechos y, en concreto, hacia todo aquello que conforma la vida privada de las personas. Buena muestra de ello es la utilización irresponsable de las redes sociales por personas de todas las edades incluyendo a las menores de edad.

En este sentido también se expresa RODRIGUEZ-PIÑEIRO refiriéndose a la intimidad de los trabajadores cuando manifiesta "El respeto de la vida privada del trabajador es un viejo problema del Derecho del Trabajo que afecta muy directamente a la dignidad, la intimidad y a libertades de la persona (ideológica, de expresión y de conciencia etc.) que hoy se contempla con ojos críticos profundamente renovados y que han adquirido mucho mayor relevancia por una mayor sensibilidad a la protección de aquellos derechos como y su mayor puesta en peligro en el seno de las organizaciones productivas. La protección del derecho a la intimidad ha otorgado base y protección constitucional a clásicos límites "contractuales" de las facultades de control empresarial para sustraer el ámbito de la vida privada del trabajador de intromisiones de la empresa"²⁶.

casos (la empresa), marginaría la función de contrapoder que tiene el sindicato en la defensa de los intereses de los trabajadores en ese espacio empresarial, que la Constitución promueve, y, en definitiva, lejos de respetar el derecho fundamental, dificultaría su efectividad más allá de lo razonable, lesionando con ello su contenido esencial".

25 PEREZ LUÑO, A. E.: "La intimidad como derecho fundamental" en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª edición, Madrid, 2003, p.317.

26 RODRIGUEZ-PIÑEIRO, M.: "Derecho a la intimidad ...", cit., p.7.

Se hace necesario recordar que está pendiente de resolverse jurídicamente la protección del derecho a la vida privada frente a potenciales amenazas provenientes de las tecnologías o de su mal uso, quizás ante la obsolescencia inevitable ante el ritmo frenético al que evoluciona la tecnología. Este derecho protege nuestras relaciones como seres sociales, ya sean de naturaleza personal, familiar o de amistad y el derecho a que determinadas informaciones no se hagan públicas sin nuestro consentimiento, así como el derecho a poder controlarlas. Ante la imposibilidad de garantizar jurídicamente la reserva o secreto de determinadas parcelas de nuestra vida el Derecho ha optado por su redefinición integrando en su ámbito facultades de control sobre las informaciones referidas a la vida privada, es decir, el "derecho a controlar las informaciones sobre uno mismo". Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional al concretar el ámbito material de este derecho²⁷: "Es doctrina reiterada de este Tribunal [...] que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1º tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1º) frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1º C.E. garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada.

Corresponde, pues, a cada individuo, reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Y, en correspondencia, puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites, obvio es, que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos. Pues a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar²⁸.

El derecho a la vida privada depara protección a aquellas parcelas de la vida de la persona que ésta quiere reservarse siendo ella misma quien decide que permite que sea conocida por terceras personas públicas o privadas si bien hay determinados datos que estamos obligados a hacer públicos en cumplimiento de deberes legales o porque así se hace a través de un pacto de voluntades como sucede en el marco laboral cuando se consienten determinados controles por parte de la empresa. Sin embargo, los trabajadores no pierden

27 STC 115/2000, de 15 de mayo, FJ 4º.

28 Esta doctrina se corrobora con la sentada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 26 de marzo de 1985, caso X e Y; de 2 de marzo de 1985, caso *Gaskin*; de 25 de marzo de 1993, caso *Castello-Robert* y de 25 de febrero de 1997, caso Z).

este derecho en su lugar de trabajo, pues, tal como afirma el Tribunal Constitucional, "no puede compartirse el limitar apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro del trabajo donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional, negando sin excepción que pueda producirse lesión del derecho fundamental en el ámbito de desempeño de las tareas profesionales" y que "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 las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo²⁹". Y ello sin olvidar tal como queda dicho que este ejercicio de sus derechos "admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos.

II.3. Inviolabilidad de las comunicaciones

La Constitución reconoce y garantiza este derecho en su art. 18.3º con independencia del contenido cuando sean comunicaciones íntimas o de cualquier otro tipo aún cuando no se conozca su contenido. Así se ha confirmado por el Tribunal Constitucional³⁰ *"la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet incluida en la protección del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida que los archivos del ordenador pueden contener datos susceptibles de revelar informaciones relativas a la vida privada de las personas"*.

En el marco laboral se suscitan conflictos cuando las facultades de control empresarial chocan con este derecho fundamental, en aquellas ocasiones en las que el medio de la empresa se utiliza como canal de comunicación o personal o para establecer comunicaciones perjudiciales para la empresa³¹. Nos encontramos de nuevo ante un choque entre derechos, por una parte el secreto de las comunicaciones y la intimidad que supone el contenido de los mensajes difundidos y por otro el derecho del empresario a controlar el cumplimiento de lo estipulado en el contrato que establece un vínculo jurídico-laboral y es la causa de la modulación de los derechos de ambas partes para hacerlos factibles.

29 STC 98/2000, de 10 de abril.

30 En STC 34/1996, de 11 de marzo, se recoge la argumentación hecha en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, al declarar que "Este derecho, en su vertiente positiva pero implícita, consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva. El concepto jurídico de lo secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal (...) y abstracto en consecuencia, ya que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación mismo al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado".

31 No existen dudas de que el correo electrónico, como modo de telecomunicación, se engloba dentro del concepto de comunicaciones que emplea el constituyente en el art. 18.3º tratándose de un medio moderno de comunicación entre distintas personas. Esta afirmación queda avalada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que mantiene una interpretación amplia del término. Ver *Asunto Klass y otros contra Alemania* de 9 de marzo 1977, Series B, vol.26, p.37; *caso Malone contra Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984, Series A, vol.82, p.30; *caso Schenk contra Suiza*, de 12 de julio 1988, Series A, vol. 140, p.31.

Efectivamente los ordenadores son fungibles propiedad de la empresa y por derivación también lo son los contenidos del disco duro, pero esto no resulta suficiente para entender que los derechos del empleado que utiliza ese medio, ya sea como trabajador o como persona, se diluyen hasta su desaparición. En otras palabras, los derechos que puede invocar el trabajador para evitar la intervención empresarial representan límites que se han de respetar para que ese acceso sobre los equipos informáticos no devenga en una restricción injustificada de derechos. Desde la concepción de los derechos fundamentales como normas *iusfundamentales* que vinculan a todos, particulares y Estado, y que nunca desaparecen (en caso de producirse intervenciones que los hagan impracticables o desnaturalicen estaríamos ante actuaciones inconstitucionales), si es resulta posible la modulación de derechos estableciendo limitaciones más o menos intensas (en este caso por la firma de un contrato de trabajo) pero no cabe mantener la intervención total en el ámbito de los derechos de los trabajadores.

II.4. Protección de datos personales

Resulta a todas luces evidente que para el correcto desarrollo de una relación laboral el empresario requiere contar con determinadas informaciones o datos personales sobre aquellas personas que contrata y que se integran en su empresa. Unos datos que podrán ser objeto de tratamiento y que cuentan con la protección otorgada por la Constitución y desarrollada por la Ley 15/1999. La obtención de datos personales se produce desde el que se inicia un proceso de selección de personal con la entrega de los curriculums y la cumplimentación de impresos y formularios debiendo ser informado en todo caso a quien se presenta a dicha selección del tratamiento del que podrán ser objeto sus datos personales. En la formalización del contrato se ha de informar del tratamiento, así como debe existir siempre conocimiento de toda modificación que se pueda producir en el transcurso de la relación laboral. No está de más recordar que, en relación con determinados puestos de trabajo o para controlar el absentismo laboral la empresa puede considerar necesario recabar datos personales relativos a la salud que tienen un régimen específico como datos sensibles.

Más allá de este conocimiento de datos de carácter personal por parte de la empresa, se presentan otras situaciones o actuaciones dentro de la organización que plantean cuestiones polémicas sobre la protección de datos personales, es el caso de los sistemas de denuncia interna de irregularidades que permiten a los trabajadores hacer públicas irregularidades que se producen en la empresa y que conocen por estar dentro de la misma (*whistle blowing*). Se trata de buzones internos para dar a conocer estas conductas contrarias a la legalidad o a las normas internas de la empresa (procedimientos *on line*) que en todo caso han de respetar las previsiones de la LOPD. Así, tanto los denunciadores como los denunciados han de conocer la existencia de estos sistemas de denuncia; en caso de que se produzca una cesión de datos a una empresa externa para que lleve a cabo una investigación de los hechos denunciados se ha de estar a lo establecido en la Ley; la denuncia no debe ser anónima sino que ha de haber una identificación del denunciante aunque se garantice la confidencialidad; asimismo se han de garantizar los derechos de acceso, rectificación y oposición al denunciado.

En lo que se refiere en concreto al ejercicio de las facultades de control empresarial comprobamos a través de lo estipulado en los párrafos 3º y 4º del art. 20 del ET como quedan afectados los datos personales de las personas trabajadoras máxime si se utilizan las tecnologías como la videovigilancia, los controles sobre el ordenador (análisis o monitorización remota, análisis del historial de navegación o del uso del correo electrónico, o controles sobre la presencia física con sistemas de geolocalización). Unos y otros han de cumplir lo establecido en la legislación sectorial. En todo caso, al existir un contrato de trabajo firmado entre las partes resulta de aplicación el art. 6.2º LOPDP en virtud del cual "No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento [...]".

Así se permiten dispositivos o sistemas de control que van desde la videovigilancia³², pasando por la geolocalización hasta el tratamiento de huellas digitales, siempre que exista información sobre su existencia y que se pruebe el conocimiento por parte de los trabajadores, siguiendo lo establecido en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de septiembre de 2007 o en la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero, que sujeta el ejercicio de las facultades del empresario al cumplimiento del deber de información previa a los trabajadores acerca del contenido y finalidad específica de la medida de vigilancia y control³³.

En relación con la obtención y tratamiento de datos personales de los trabajadores el Tribunal Constitucional también ha manifestado que no pueden servir para realizar comportamientos discriminatorios³⁴ y en concreto en relación con el ejercicio de la libertad sindical o con la creación sin consentimiento de ficheros con las bajas médicas³⁵.

32 La primera jurisprudencia no reconoció el derecho a la intimidad de los trabajadores cuando se trataba de control audiovisual dentro de la empresa hasta el año 2000 cuando el Tribunal Constitucional dictó dos sentencias que cambiaron el rumbo de las resoluciones sobre esta técnica de control y la consiguiente afectación del derecho a la intimidad de los trabajadores. La primera de ellas fue la STC 98/2000, en la que se pronuncia sobre los sistemas de audio instalados en un casino y la segunda la STC 186/2000, supuesto de videovigilancia para controlar irregularidades económicas. En las dos resoluciones se afirma, en contra de la jurisprudencia anterior, que en el lugar de trabajo los empleados tienen garantizado su derecho fundamental a la intimidad y habrá que determinar caso por caso si las limitaciones de este derecho se ajustan al principio de proporcionalidad.

33 El asunto responde al despido de un trabajador de la Universidad de Sevilla por incumplimiento de sus obligaciones laborales que se probó a partir de las imágenes grabadas por las cámaras de seguridad ubicadas en el vestíbulo del recinto. En esta STC 29/2013, el Tribunal Constitucional aborda por vez primera el control de los trabajadores a través de técnicas de videovigilancia enfocado desde el derecho a la protección de los datos personales y no como venía siendo habitual desde el derecho a la intimidad. El Alto Tribunal declara que cuando el empresario pretenda valerse de las grabaciones captadas por las cámaras de seguridad para fines de control laboral debe previamente informar a los trabajadores de esa posibilidad, esto es, "en qué casos las grabaciones pueden ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos". Se debe cumplir el deber de información poniendo en conocimiento de los trabajadores de forma expresa, clara e inequívoca que las grabaciones pueden "utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo" (FJ 8).

34 STC 94/1998, de 4 de mayo.

35 STC 202/1999, de 8 de noviembre.

2. ¿Qué control empresarial es posible? Su alcance y la afectación de los derechos de los trabajadores

El poder de control empresarial en el marco de una relación laboral supone hablar de vigilancia e inspección ya sea del trabajador mismo o de sus actividades³⁶ que obviamente se tendrá que ajustar a unas determinadas formas de ejercicio consideradas como legítimas dentro del poder de dirección empresarial³⁷. Es en este ámbito donde las TICs se ofrecen como un poderoso instrumento empresarial que pueden hacer transparentes a los trabajadores ante los ojos de sus empleadores y que, aunque reportan beneficios son una fuente potencial de amenazas y lesión de derechos fundamentales como la intimidad, la privacidad, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos personales, amén de generar una evidente situación de incomodidad para quienes tienen que realizar cotidianamente su trabajo sabiéndose vigilados, una situación que afecta a un pretendido derecho a la autonomía personal.

Estas facultades empresariales se regulan en varios preceptos:

En el art. 20 del ET se prevé el derecho de dirección del empresario (titular de los medios de trabajo utilizados como es un ordenador) para "imponer lógicamente al trabajador la obligación de realizar el trabajo convenido dentro del marco de diligencia y colaboración establecido legal o convencionalmente y el sometimiento a las órdenes o instrucciones que el empresario imparta al respecto dentro de tales facultades, conforme a las exigencias de la buena fe y, consecuentemente, la facultad empresarial para vigilar y controlar el cumplimiento de tales obligaciones por parte del trabajador, siempre con respeto debido a la dignidad humana de éste". Se trata del ejercicio del art. 20.3 del ET que prevé dicho control para comprobar el efectivo cumplimiento por el trabajador "de sus obligaciones y deberes laborales" englobando en este cumplimiento los comportamientos que resultan exigibles desde la buena fe contractual. Ciertamente, en el citado precepto se establece que el poder de vigilancia y control "tiene por objeto la ejecución de la prestación laboral en sí misma considerada", pero, "a partir de una interpretación extensiva de la buena fe contractual se amplía hasta alcanzar ciertos comportamientos o actuaciones que no aparecen estrictamente relacionados con la mera valoración, cuantitativa o cualitativa, del cumplimiento de la prestación laboral. Y así, los tribunales utilizan el art. 20.3 del ET como referente para analizar la legitimidad de las formas de control empresarial del uso extra laboral de los equipos informáticos y sistemas de comunicación". Este criterio ha sido sentado por el Tribunal Supremo quien en la STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ/7514) afirma que "el control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario no se regula por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sino por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y a este precepto hay que estar con las matizaciones que a continuación han de realizarse".

36 Se sigue la noción de control definida por MARTINEZ FONS, Daniel: *Poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, 2002, p. 19, como "una noción intuitiva de control conduce a pensar en tareas de inspección, de vigilancia, de verificación, intervención u otras de carácter similar de quien posee una específica posición respecto de la realidad objeto de fiscalización".

37 La doctrina mayoritaria entiende este poder de control empresarial como integrante del poder de dirección: ALONSO OLEA, M.; BARREIRO GONZALEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto articulado, jurisprudencia, comentarios*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1991, p.111; MARTINEZ FONS, Daniel: *Poder de control*. cit., p.28.

El citado precepto al reconocer que "el empresario podrá adoptar las medidas más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales" precisa que lo hará "guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana...:", por tanto, se salvaguardan los derechos fundamentales reconocidos al trabajador en la Constitución y reafirmados en el Estatuto de los Trabajadores que en su art. 4.2º e) dispone que el trabajador tiene derecho "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad".

En líneas jurisprudenciales anteriores a la citada STS de 2007 se recurría al art. 18 del ET para garantizar la protección de la intimidad de los trabajadores, siendo un precepto más protector que el art. 20, pues en él se previene que "sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo" y que "en su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible". Nos encontramos con una regulación de las condiciones bajo las que se realizarán los controles sobre los efectos personales de la persona trabajadora, que afectan muy directamente a la intimidad, inclusive la corporal.

Esta garantía que supone para los derechos de los trabajadores que estén presentes los representantes legales y la emisión de un informe se regula en el 64.1º.4.d) del ET que establece que los representantes legales de los trabajadores deberán emitir informe previo a "la implantación o revisión" por el empresario de los "sistemas de organización y control del trabajo". Las facultades de control permiten controlar el cumplimiento de las obligaciones y deberes del trabajador, no solo que realice su trabajo sino el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en virtud del contrato de trabajo lo que relacionado con el art. 64.1º.4.d) supone que también habrá de emitirse el informe previo de la representación legal cuando se pretendan implantar sistemas de control que afecten a los comportamientos de los trabajadores en el espacio laboral.

Por consiguiente, las facultades de control empresarial están previstas y desarrolladas legalmente, por lo que la cuestión se reduce, ya no se trata de concluir su cabe intervención empresarial, sino de analizar si las limitaciones establecidas por el empresario cumplen los requisitos exigidos en garantía de los derechos de los trabajadores y que determinan si son constitucionalmente admisibles³⁸. Sobre este extremo, esto es, la limitación de derechos fundamentales, es doctrina

38 De la unidad del ordenamiento deriva la necesaria concordancia de las normas que lo integran, por lo que la concurrencia de las normas limitadoras y las limitadas que se plasma en el entrelazamiento de ambas, conduce a que éstas se limiten recíprocamente. Por tanto, ni los derechos fundamentales ni las normas que los limitan son absolutas, pues si los derechos pueden ser intervenidos por el legislador a través de los límites, éstos no pueden afectarlos de forma que los hagan peligrar. Por ello, tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina española en su conjunto afirman que si los derechos y libertades no son absolutos "menos aún puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos", pues, "tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadora se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos Principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos aconseja su restricción. Se produce un régimen de concurrencia normativa, que no de exclusión.

reiterada por el Tribunal Constitucional, que han de cumplimentarse determinados requisitos: reserva de ley, respeto de la garantía del contenido esencial, adecuación y proporcionalidad. Por lo que respecta al primero de ellos, nos encontramos con que las intervenciones han de ser previstas por el legislador o legisladores en cuanto que garantía de los derechos que no pueden resultar recortados o intervenidos a través de cualquier instrumento normativo. Por consiguiente, su previsión habrá de hacerse en una norma con rango de ley, en proyección del principio del "mayor valor" de los derechos que obliga a adoptar una garantía formal que descansa en el rango de la norma que autoriza al poder público a adoptar medidas limitadoras o restrictivas de derechos, recogiendo así nuestro ordenamiento la garantía generalizada en los Tratados Internacionales, en cumplimiento de la previsión del art. 10.2º C.E.

En definitiva, pues, los derechos se erigen junto a lo previsto en las normas legales y convencionales que los desarrollan y concretan en un límite general a las facultades organizativas y controladoras del empresario que han de ser interpretadas de manera restrictiva debido a la posición prevalente que aquellos ocupan³⁹.

III. LOS ORGANOS JURISDICCIONALES ANTE EL CONTROL EMPRESARIAL Y LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Cuando se aborda la solución de estos conflictos en el ámbito laboral hay que partir de las siguientes consideraciones:

- el trabajador es titular de derechos fundamentales que no pierde por el hecho de ejercerlos en el seno de una relación laboral;
- el empresario en ejercicio de la gestión empresarial tiene reconocidas una serie de facultades necesarias para velar por la buena marcha de la empresa;
- el principio de proporcionalidad es el instrumento aplicable para solucionar estos conflictos en la búsqueda de la armonización de los intereses de ambas partes.

Y teniendo presente lo anterior hay que distinguir varias cuestiones que requieren un tratamiento diferenciado y dan lugar a las resoluciones judiciales que nos sirven de guía para establecer criterios jurídicos:

- es necesario distinguir el tipo de control, si se dirige a evaluar si se cumple la prestación laboral o si se dirige a vigilar si se hace un uso correcto o incorrecto de los medios tecnológicos de la empresa.

Por tanto, se comprueba como la concurrencia de las normas deviene de que tanto los derechos individuales como sus límites en cuanto que éstos derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1º C.E. como "fundamento del orden político y de la paz social". Dicha concurrencia normativa entraña que "unas y otras operen con el mismo grado de vinculatoriedad y actúen recíprocamente. Como resultado de esta interacción la fuerza expansiva de todo derecho fundamental va a restringir el alcance de las normas que establecen límites al ejercicio de un derecho y de aquí es de donde deriva la exigencia constitucional de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos". Ver SSTC 159/1986, 12 de diciembre, FJ 6º; 254/1988, 21 de diciembre, FJ 3º. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas Lima, 1994, p.102; ABA CATOIRA, A.: *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant monografías, Valencia, 1998, p. 193 y ss.

39 SSTC 90/1997, de 6 de mayo y 29/2002, de 11 de febrero.

Se hace necesario, así, determinar si los ordenadores son propiedad de la empresa o son efectos personales de los trabajadores pues el alcance del control sobre el ordenador dependerá directamente de la misma y, por extensión, el uso que del mismo podrán hacer los trabajadores. Las respuestas no son uniformes, existiendo disparidad de pronunciamientos al respecto. La jurisprudencia más reciente considera que los ordenadores son propiedad de la empresa y no son efectos personales de los trabajadores, lo que supone la inaplicación de las previsiones del art. 18 E.T más garantistas del derecho a la intimidad personal en los registros de las terminales del ordenador cuando sea necesario para proteger el patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores⁴⁰.

En el procedimiento que se resolvió por la Sentencia de la Sala 2ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de octubre de 1998, el trabajador alegaba la infracción de los arts. 14 C.E y 17.1º E.T argumentando que fue una mera «cabeza de turco» utilizada por la empresa para dar ejemplo para combatir una práctica generalizada en la empresa. El Tribunal rechazó este motivo declarando que no se puede alegar tolerancia empresarial cuando la empresa ya había manifestado un año antes su intención de sancionar disciplinariamente las navegaciones irregulares por internet que efectuaran los trabajadores. Y ello sin olvidar que el despido no se basó únicamente en las navegaciones ya que también se le imputaba al trabajador el uso del ordenador para actividades relacionadas con sus propios negocios en otra mercantil. Finalmente hemos de tener en cuenta que el principio de no discriminación sólo juega en los específicos supuestos de los arts. 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores sin que sea posible reconocer un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad como ha tenido oportunidad de establecer el Tribunal Constitucional (STC 21/1992 y AATC 118/1986 y 27/1991).

En este mismo sentido, la Sentencia del TSJ de Madrid, de 13 de noviembre de 2001, Fundamento de Derecho Único: “[...] el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sólo establece la inviolabilidad de la persona del trabajador, admitiéndose incluso que puedan realizarse registros sobre la persona del trabajador en su taquilla y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, con las garantías que en el precepto legal indicado se establecen siendo, por otra parte, claro que las garantías previstas en el citado artículo 18 no pueden extenderse, en ningún caso, a la utilización de los ordenadores que la empresa asigna a sus empleados, ya que tal útil de trabajo no puede considerarse como un efecto personal; siendo además digno de tenerse en cuenta que en las imputaciones realizadas por la empresa al

40 SSTSJ Madrid núm. 33, de 18 septiembre 2002 y de 23 abril 2004; SSTSJ Cantabria de 20 y 23 febrero 2004 y de 1 marzo 2004; STSJ Cataluña de 21 septiembre 2004; STSJ Cantabria, Santander, núm. 612/2005, de 1 diciembre; STSJ Castilla-La Mancha de 17 mayo 2006. En estas resoluciones el fallo acuerda la improcedencia de los despidos porque el acceso a los ordenadores atentó contra el derecho a la intimidad de los trabajadores por no respetar las previsiones del art. 18. En sentido contrario, declarando la procedencia de los despidos, por conexión habitual en horas de trabajo a páginas de Internet de diferentes periódicos, a páginas de ocio, charlas de caza o de contenido sexual o pornográfico, por uso del ordenador para asuntos y negocios particular o almacenamiento de correspondencia y documentación particular; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 16 de octubre de 1998.

trabajador y que justificaron su despido no se contempla la utilización que pudiera haber hecho el actor del correo electrónico no se hace alusión alguna a comunicaciones enviadas o recibidas por medio del ordenador, sino que la conducta del actor, que la empresa consideró como incumplimiento de sus obligaciones laborales, fue la de descargar de Internet en el disco duro del ordenador y visualizar una gran cantidad de ficheros, cuyo contenido nada tenía que ver con el desempeño de sus funciones laborales, actividad que le ocupó diversos periodos de tiempo y siempre durante su jornada de trabajo; debe señalarse al respecto, que es correcta la calificación que hace la sentencia de instancia de que los hechos imputados como falta en la carta de despido son constitutivo de una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, falta grave de las previstas en el artículo 54.2d) del Estatuto de los Trabajadores, habiendo quedado patente el grave incumplimiento contractual del demandante; y por último y en relación con la alegación hecha por la parte actora y reiterada en el segundo motivo del recurso sobre el pretendido carácter moral del despido, que basa el demandante en el carácter pornográfico de los ficheros que descargó y visualizó en horas de trabajo, argumentando que de haber sido otro contenido, la empresa no habría procedido a su despido disciplinario, debe significarse que resulta absolutamente intrascendente el contenido de los ficheros descargados y visualizados, ya que lo único realmente trascendente es que el demandante se dedicara en plena jornada laboral, utilizando los medios que le había asignado la empresa demandada para su trabajo y obligándolo con ello a un injustificado gasto de consumo telefónico a fines estrictamente personales, sean de la índole que sean, pornográfico, deportivo, cultural, religioso o artístico o de cualquier otra índole, los cuales nada tenían que ver con el desempeño de las funciones derivadas de su puesto de trabajo; finalmente y corroborando la gravedad de la conducta imputada al actor, la sentencia recurrida en su fundamento jurídico tercero establece "que tal infracción adquiere especial gravedad por las características específicas del puesto de trabajo del actor, dentro del Departamento de operaciones el cual exige una disponibilidad permanente de los equipos informáticos".

Por lo que se refiere al asunto que terminó con la sentencia del TSJ de Andalucía de 14 de diciembre de 2001, en este caso el recurrente alegaba que la empresa al proceder al registro de sus ficheros informáticos vulneró su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones sin que existiese una prohibición expresa por parte de la empresa de la utilización de Internet para fines de carácter particular, por lo que debe revocarse la sentencia recurrida y declararse la improcedencia del despido. No se niega que la empresa pueda controlar la utilización de los medios de su propiedad puestos a disposición de los trabajadores para la realización de su actividad laboral, tal como dispone el art. 20.3º al prescribir que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana. En este orden de cosas, la empresa procedió a realizar labores de control y vigilancia consistentes en un barrido de todo el sistema informático que no se consideró como medio de prueba ilícito, ni que vulnerase el derecho a la intimidad o al secreto de las

comunicaciones del trabajador, "derechos que no pueden anular el derecho de vigilancia del empresario en cuanto que integra la facultad directiva y controladora imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial".

Siguiendo con este barrido de sentencias la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de marzo de 2004, Fundamento de Derecho 6º, desestimó la alegación de infracción de los arts. 4.2º y 18 del E.T y 10, 18.1º y 18.3º de C.E. y la desestimación del recurso interpuesto. Se alegaba por el demandante que la prueba pericial presentada por la demandada violaba los derechos a la dignidad, al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y al secreto de las comunicaciones al haberse obtenido interviniendo el ordenador. Sobre este extremo se argumenta por el Tribunal que el sistema informático es un instrumento de trabajo que la empresa proporciona al trabajador para desarrollar sus cometidos laborales y que el artículo 20.3º del Estatuto permite al empresario adoptar las medidas que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales guardando la consideración debida a su dignidad humana, amén de que la demandante había aceptado la supervisión periódica de los listados de las páginas webs visitadas por cada usuario y de los correos enviados y recibidos, con indicación de la dirección, fecha, hora y tiempo de utilización, lo que legítimamente hizo la demandada para averiguar la actividad laboral de la demandante sin incidir, según el hecho probado décimo, en el contenido del programa utilizado por ésta.

Rompiendo con la línea de las resoluciones anteriores en septiembre de 2006 el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia por la que se declaraba la nulidad del despido de un trabajador tras un control consistente en abrir los archivos del ordenador que utilizaba sin mediar consentimiento ni autorización judicial y sin haberse observado las garantías previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Dicho control se amparaba en las previsiones del art 20.3º que permite a la empresa adoptar las medidas oportunas de control y vigilancia para verificar que el trabajador cumple con sus obligaciones laborales siempre con respeto a la dignidad que como persona merece y que se complementa con el art. 4.2ºe) que establece como derecho del trabajador el respeto de su intimidad en la relación de trabajo. Estas previsiones legales conectan con el art. 18.1º C.E que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y con su párrafo 3º que consagra el secreto de las comunicaciones salvo que medie consentimiento o exista resolución judicial que autorice la intervención. El Tribunal Superior se remite a la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 186/2000, de 10 de julio y 98/2000, de 10 de abril, reflejadas en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 2003) afirmando que todos los trabajadores tienen reconocido el derecho al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad que limitan la adopción de medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. La articulación de los derechos del trabajador y de las facultades empresariales permite el recorte del derecho de la intimidad "siempre que se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho". En el caso de autos el ordenador propiedad de la empresa era utilizado por el trabajador que goza

del derecho a la intimidad, por lo que el Tribunal consideró que la empresa tendría que haber respetado las garantías exigidas para los registros de taquillas o efectos personales además de habérselo comunicado al demandante para que pudiera dar su consentimiento y, como no cumplió con ninguna de las garantías, ni siquiera con la presencia de un representante legal o de un compañero de trabajo, consideró que las pruebas obtenidas en el registro eran nulas por vulnerar derechos fundamentales y libertades públicas al infringir las previsiones constitucional y legalmente establecidas (art. 55.5º ET).

En fecha 20 de septiembre de 2007 el Tribunal Supremo vino a dictar sentencia en unificación de doctrina para poner fin a tanta disparidad de sentencias. Se van a clarificar las dos cuestiones esenciales, pues por una parte entra a determinar si los requisitos que el art. 18 del E.T para efectuar los registros de la persona del trabajador, su taquilla y efectos personales resultan de aplicación a los equipos informáticos y por otra cuales son los límites aplicables a los poderes de control empresarial.

Por tanto, sin negar que el ordenador pueda ser utilizado con fines personales, afirma que no es un elemento personal de los establecidos en el citado art. 18, porque es un medio material propiedad de la empresa que lo proporciona a sus trabajadores con fines laborales. Y por ello, el empresario puede ejercer sus facultades de inspección o vigilancia sobre este medio de su propiedad que pueden abarcar diferentes medidas como el registro informático. Si no es un efecto personal al que le resultan aplicables las garantías previstas en el Estatuto de los Trabajadores, resulta que el registro no tiene que realizarse necesariamente ni en presencia del trabajador que utiliza dicho ordenador ni de sus representantes legales, siendo innecesario que se practique en el centro de trabajo o dentro del horario laboral. El límite que resulta siempre aplicable es que esta medida como todas las que se adoptan para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones y deberes laborales sea respetuosa con la dignidad.

Por tanto, para el Tribunal Supremo no hay discusión sobre el control empresarial centrando la cuestión en la determinación del alcance y los límites de ese control. En este orden de cosas, para que el control no derive en vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores previamente han de quedar establecidas y darse a conocer cuáles son las reglas de uso de los medios propiedad de la empresa tanto si se establece una prohibición absoluta como si se opta por la tolerancia o consentimiento de uso moderado o razonable de dichos medios con fines personales o extra laborales, sin olvidarse de poner en conocimiento de sus trabajadores los posibles controles que puedan llevarse a cabo.

En sentencia de fecha de 8 de marzo de 2011, la Sala de lo Social, sección 1º, del Tribunal Supremo, se pronunció sobre la nulidad de la prueba obtenida por la empresa, apoyándose en la sentencia que había dictado el 26 de septiembre de 2007. El Tribunal estima que "la prueba obtenida por la empresa a partir de una auditoría interna en las redes de información con el objetivo de revisar la seguridad del sistema y detectar posibles anomalías en la utilización de los medios informativos puestos a disposición de los empelados... 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

ni de los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectividad laboral del medio informático cuando fuere preciso.... En el presente caso la auditoría se ha dirigido a averiguar la utilización por parte de todos los empleados de la empresa de los ordenadores de la misma, a través de una terminal conectada a un servidor. Pero en cualquier caso, lo cierto es, que en el historial de acceso a Internet del ordenador utilizado por los Jefes de Turno de Mantenimiento –entre ellos el trabajador demandante– constan todas y cada una de las concretas "visitas" efectuadas a Internet, tal como se indica en la propia carta de despido. Es decir, no se hace referencia genéricamente a tiempos y páginas visitadas por el trabajador, sino también al dominio y contenido de las mismas: páginas de contenido multimedia (vídeos); web de piratería informática; webs de anuncios clasificados para particulares; webs de acceso a televisión por Internet; acceso a correo personal; web de consulta para temas relacionados con el sexo femenino; etc; lo que sin duda supone una vulneración de su derecho a la intimidad conforme y en los términos de la doctrina a que se ha hecho referencia".

En fecha 6 de octubre de 2011 se dicta nueva Sentencia en recurso para unificación de la doctrina, tras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de septiembre de 2010 que resuelve recurso de suplicación interpuesto contra la resolución judicial que consideraba procedente el despido de la demandante por la comisión de una falta muy grave al utilizar medios de la empresa aún a sabiendas de la prohibición expresa que se le había notificado por carta que recibió y firmó. La sentencia confirma la procedencia del despido, considerando el medio empleado para controlar la utilización del ordenador como un sistema pasivo poco agresivo que solo captura lo que está en pantalla además de que la no existía ninguna expectativa de confidencialidad porque la empleada firmó la carta. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo confirma las sentencias anteriores y sostiene la suficiencia del conocimiento por los trabajadores de que desde la empresa podrían realizarse controles en los ordenadores sin necesidad de informar de cuáles serán los medios empleados con tal fin. Este criterio podemos decir que endurece las condiciones de ejercicio de sus derechos por los trabajadores pues no se exige que se den a conocer los instrumentos de control o vigilancia que serán utilizados para ejercer las facultades de inspección. Así "lo decisivo a efectos de considerar la vulneración del derecho fundamental, es que, como reitera la sentencia citada, la "tolerancia" de la empresa es la que "crea una expectativa de confidencialidad" y, por ende, la posibilidad de un exceso en el control llevado a cabo por el empleador que vulnere el derecho fundamental de la intimidad del trabajador. Pero 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 a los medios que para ello se utilicen, y así está previsto legalmente".

En relación con esta consideración de los ordenadores como herramienta de trabajo propiedad de la empresa, podemos introducir los pronunciamientos relativos a si la empresa está obligada a facilitar estas herramientas a los representantes sindicales de los trabajadores. Podríamos sentar dos posturas: la empresa no tiene ninguna obligación de permitir el uso de sus medios para fines sindicales, y mucho menos adquirirlos en caso

de no disponer de ellos, o que la empresa tiene que facilitar esta utilización en respeto al ejercicio de la libertad sindical pudiendo establecer condiciones que ha de cumplir el sindicato. En este sentido, nos remitimos a lo señalado en páginas anteriores respecto a la libertad sindical, aunque ahora reproduciremos muy brevemente algún pronunciamiento judicial, como la Sentencia 663/2003, de 23 de julio, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el caso Corte Inglés vs Comisiones Obreras. Se recurría ante esta instancia la sentencia anterior que consideraba ajustado a derecho el despido de dos representantes sindicales por considerarlos cooperadores necesarios en la difusión vía electrónica de un panfleto en el que se insultaba a la empresa, a la dirección y a miembros de otros sindicatos. Este papel no aparecía firmado, pero se responsabilizó a la sección sindical de Comisiones porque su difusión se había realizado a través de www.corty.net perteneciente a la Federación de Comercio de Andalucía de Comisiones Obreras. Por su parte, el Tribunal en apelación entendió que lo publicado en el panfleto no constituye una vulneración de derechos de la empresa porque "el lenguaje empleado [...] no deja de ser simplemente eso, provocador, acudiendo a ciertas licencias metafóricas y, esencialmente, a la caricatura, ambas tan habituales en los medios de comunicación y en todo tipo de conflictos laborales, lenguaje que desde el ánimo de la lucha sindical [...] ha venido siendo siempre el mismo [...] serían deseables mejores cauces y formas de expresión, pero el pluralismo y la tolerancia, la esencia de la democracia, debe tolerar tales usos en las relaciones laborales colectivas y sindicales, caracterizadas por la crítica ácida y la gramática dura".

En STC 281/2005, de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional se pronunció a raíz de un litigio que enfrentaba al sindicato Comisiones Obreras frente al BBVA por un supuesto de difusión masiva de información sindical a través del correo electrónico que causó el bloqueo del sistema informático y que resolvió el Tribunal apoyando la utilización restringida de estos medios que había implantado la empresa, en el sentido de que si bien la empresa no puede prohibirlo si que el sindicato está obligado a utilizarlo bajo determinadas condiciones: que la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa, un daño que se evalúa caso a caso; que su uso no podrá perjudicar los usos específicamente empresariales, prevaleciendo en caso de conflicto la función empresarial sobre la sindical y que en ningún caso podrá suponer un gravamen para la empresa como asunción de mayores costes.

Por tanto, si en la empresa existen medios telemáticos el empresario tendrá que consentir o tolerar su uso en ejercicio de la libertad sindical siempre que ese sea un uso razonable que en ningún caso podrá interferir u obstaculizar el tráfico empresarial

- Distinguir si el control tiene por objeto el acceso a Internet o se realiza sobre las comunicaciones

Cuando se trabaja con un sistema de comunicación es muy normal que el empresario ejerza sus facultades de control que consistirán de forma más o menos intensa en intervenir las comunicaciones de sus empleados para así llevar a cabo un control sobre el ejercicio de sus funciones laborales. Según las resoluciones judiciales dicho control tendrá que ser puesto en conocimiento de los trabajadores, es decir, han de saber que se grabarán las conversaciones interceptadas. Si los trabajadores tienen permitido utilizar los medios

de comunicación propiedad de la empresa con fines extra laborales sus comunicaciones gozan de inviolabilidad y si el empresario pretende intervenirlas sólo podrá hacerlo si media consentimiento del trabajador afectado o si cuenta con la preceptiva autorización judicial.

Si se trata de controlar el acceso de los trabajadores a Internet este será efectivo controlando los accesos sin necesidad de entrar a fiscalizar los contenidos, serán aleatorios y por causas objetiva si bien tendrán que ser conocidos por los trabajadores. Por tanto, si dicha utilización con carácter privado no está autorizada y aún así el trabajador incumple dicha prohibición cometerá un ilícito. En este sentido, es habitual que las empresas para evitar dichos incumplimientos y evitar conflictos judiciales instauren sistemas informáticos preventivos como los bloqueos, filtros o advertencias.

- Y, distinguir si se han establecido condiciones de uso de los medios de producción de la empresa o si no hay nada al respecto, pues los límites variarán si se permite el uso de los medios electrónicos exclusivamente para fines laborales o también para fines privados.

Como queda señalado nos movemos en un terreno huérfano de regulación legislativa produciéndose la adaptación de las normas a través de su interpretación por los órganos judiciales. Ahora bien, con el objeto de evitar o al menos reducir el índice de conflictividad, son muchas las empresas que han optado por regular expresamente los usos de los medios electrónicos en el ámbito empresarial si bien en otros muchos casos se ha optado por la vía de la negociación colectiva que parece más adecuada.

En las políticas de las empresas sobre la utilización de las TICs se adoptan diferentes soluciones que pasan desde la más extrema de prohibir absolutamente el uso con fines no profesionales, pasando por aquellas que lo permiten bajo determinadas condiciones hasta llegar a aquellas otras que lo permiten de forma general. En algunos caso, los menos, se recurre a las políticas escritas sobre el uso y accesos permitidos, el tiempo, los mecanismos de control o supervisiones que se realizarán, así como las consecuencias de los incumplimientos, quedando claro para los trabajadores que utilización pueden hacer de los medios de producción.

En este sentido, los Tribunales manejan como criterio prioritario la comprobación de si la empresa ha establecido prohibiciones al respecto, como en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de la Sala de lo Social, de fecha de 20 de diciembre de 2006, en el que se declara que "el actor era el único empleado de la empresa y que el ordenador que tenía asignado disponía de acceso a Internet, por más que a fines laborales la conexión a la red la hiciera desde otro, tratándose pues de instrumentos propensos a un uso desviado, lo que debería llevar a la empresa a marcar claramente su prohibición y a controlar con rapidez si se incumple o no, sin que en este caso conste al efecto prohibición expresa y absoluta de cualesquiera acceso a Internet desde el indicado ordenador ni en su caso que controlara su efectivo cumplimiento, ni que se hubiera amonestado, apercibido o sancionado previamente al actor por hechos similares". En esta línea la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra, del mismo año, en la que se manifiesta que "no consta que la empresa haya dado instrucciones concretas y tajantes prohibiendo el uso particular del sistema informático o Internet".

En los casos de utilización de los medios privados contraviniendo la prohibición si la hubiere o en contra de las instrucciones establecidas se plantea la cuestión de si los trabajadores tienen o no derecho a que se respete su intimidad en base a esa expectativa generalizada. La respuesta no puede ser del todo favorable al derecho si existe una prohibición expresa porque se le impediría al empresario que pudiera controlar si la respetan o no sus trabajadores y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de obligaciones laborales por transgresión de la buena fe contractual que, siendo una categoría propia del Derecho Privado, ha sido importada por el Derecho Constitucional como justificación de la limitación de derechos fundamentales, o por la desobediencia de las órdenes o instrucciones o incluso reglas del convenio colectivo. En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda que "La doctrina científica, habla de los actos de disposición que voluntariamente bajan las barreras de la intimidad o del secreto. Una de las formas de bajar las barreras es la utilización de 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; quien entra en el ordenador sometido al control de otro, que ha prohibido los usos personales y que tiene *ex lege* facultades de control, sabe que no tiene una garantía de confidencialidad".

La solución más adecuada a falta de normas que regulen estas cuestiones parece la de establecer entre las dos partes unas reglas de uso a las que atenerse tanto los trabajadores como la empresa, pues solo así se evitarían los abusos por una parte, en cuanto que el trabajador conoce que tiene permitido y cuáles son las sanciones en caso de abuso, y se evitaría también el control abusivo por parte de la empresa que conlleva lesión de derechos fundamentales, en cuanto que tiene establecidos los límites de su control. Así, procedemos a extractar algunas partes de un modelo de acuerdo para adoptar en la negociación colectiva sobre implantación de las TICs en la empresa:

- los empleados harán uso de Intranet, Internet y del correo electrónico para su actividad laboral quedando prohibido su mal uso;
- la empresa pondrá a disposición de sus empleados una cuenta de correo electrónico de uso particular limitada y a la que podrá acceder la empresa cuando existan indicios de mal uso siempre con el consentimiento del empleado y en presencia de un representante sindical o persona designada;
- se entiende por mal uso: la utilización de la cuenta para fines ajenos a los profesionales; la utilización abusiva; el envío masivo de correos a través de la cuenta; el envío de archivos de gran tamaño sin comprimir; acciones que interfieran las demás comunicaciones o perturben el normal funcionamiento; el envío de cadenas de mensajes, la falsificación o el envío de mensajes ofensivos, etc; así como la utilización de la red para acceder a dominios o páginas web no relacionadas con su actividad laboral o con los derechos laborales.
- En el ámbito sindical la empresa creará un tablón de anuncios virtual y los sindicatos enviarán a la empresa copia del texto a publicar asumiendo la responsabilidad. Se garantiza el acceso sindical a la Intranet. La empresa dotará de una cuenta de correo electrónico a cada sección sindical de las centrales reconocidas legalmente como más

representativas y a las secciones sindicales reconocidas por la empresa que cuenten con presencia en los Comités.

IV. UN APUNTE SOBRE LAS REDES SOCIALES

Una de las cuestiones más actuales responde a la generalización de las redes sociales que suponen un potencial enorme para el desarrollo de la actividad empresarial y laboral sin precedentes, la celebración de negocios a través de Internet o como medio de publicidad. Las plataformas sociales forman parte de nuestra cotidianidad y están presentes en los lugares de trabajo siendo un instrumento de trabajo pero que también es utilizado por los trabajadores con fines personales e incluso por los empresarios como nueva forma de control de futuros empleados o para vigilar comportamientos de los que ya están en plantilla. De nuevo aparece la necesidad de la implantación de las políticas de uso de estos canales de comunicación social dentro de la empresa para prevenir abusos y sanciones por usos indebidos que van en detrimento de la rentabilidad y productividad que son intereses prioritarios del empresario y que también pueden provocar problemas de seguridad⁴¹.

Por lo que se refiere a la utilización de estas plataformas en el lugar de trabajo cabe remitirse a lo expuesto en referencia a la utilización de Internet y el correo electrónico, sin embargo, podemos referirnos a otra cuestión bien distinta que presenta a las redes sociales como un elemento que se tiene en cuenta en los procesos de selección de personal o de contratación, pues en las redes se encuentra publicado casi todo sobre los candidatos a un puesto de trabajo. En este sentido, estas fuentes de información casi siempre accesibles al público (salvo que el titular de la cuenta proteja su privacidad) ofrecen un perfil bastante completo que es consultado por los departamentos de recursos humanos o los portales de empleo que pueden así evaluar a los candidatos para su contratación o exclusión. Las redes sociales posibilitan una nueva forma de control de los trabajadores aún cuando se trate de informaciones relativas a su vida extra laboral que pertenecen a su vida particular o privada pero que se publican en los muros y que quedan expuestas a terceros. En ocasiones, estas publicaciones han dado pie a sanciones disciplinarias e incluso a despidos por transgredir la buena fe contractual siendo el caso de publicación de fotos comprometidas, comentarios inadecuados, críticas a la empresa o a clientes de la misma.

V. CONCLUSIONES

El imparable desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación no permiten dar por cerrada ninguna de las cuestiones que se han planteado en este trabajo. Solo mencionar por ejemplo que algunas empresas norteamericanas y británicas controlan a sus trabajadores a través de aplicaciones instaladas en sus teléfonos móviles planteándose si es legal conocer por el empresario que comen, que están haciendo en su tiempo de ocio

41 CARDONA RUBERT, M^o B.: "Redes sociales en el contrato de trabajo" en RALLO LOMBARDE, A. y MARTINEZ MARTINEZ, R. (coord.): *Derecho y redes sociales*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 163-176.

o cuantas horas dedican a dormir. Evidentemente contestaríamos que se trata de una vulneración de derechos fundamentales como la vida privada o la protección de datos personales, pues no se puede obligar a un trabajador a utilizar estos dispositivos salvo que medie su autorización libre, expresa y por escrito.

En el momento actual, en base a las sentencias anteriormente comentadas, cabe sentar las siguientes conclusiones que son los criterios que se aplican en la resolución de los conflictos laborales:

- los controles a realizar por el empresario tendrán como único objetivo inspeccionar la ejecución de la prestación laboral sin inspeccionar otros aspectos de la vida del trabajador, por lo que solo se dirigirá a controlar o conocer determinados aspectos relacionados con el objeto del contrato de trabajo. Si se producen extralimitaciones en este sentido, estaríamos ante actuaciones ilícitas sin protección jurídica.
- La facultad empresarial de controlar el uso del ordenador por parte de sus trabajadores no puede regirse, ni siquiera analógicamente, por las reglas sobre registro de taquillas (art. 18 E.T).
- Los poderes empresariales ordinarios de vigilancia y control de la actividad laboral (art.20.3º E.T) permiten que el empleador fiscalice el uso del ordenador de sus empleados.
- La intimidad y secreto de las comunicaciones protegen el contenido de los archivos o comunicaciones personales, pero también de la navegación, incluso si el ordenador carece de clave personal de acceso.
- La necesidad de respetar la dignidad e intimidad del trabajador y la razonable expectativa de que así sucederá privan de valor a las pruebas obtenidas sin haberle advertido cómo iba a fiscalizarse el uso del ordenador.
- La empresa puede acceder al disco duro del ordenador de su empleado y seguir su navegación siempre que haya destruido previa y claramente cualquier expectativa de intimidad.
- El empresario tiene derecho a controlar el uso del correo electrónico y del ordenador por sus empleados, pero respetando ciertos límites para salvaguardar en todo caso la intimidad y secreto de las comunicaciones.
- Por tanto, el problema no es la utilización de la tecnología sino saber que se utiliza para controlar y vigilar.
- podemos afirmar que los trabajadores se han convertido en seres transparentes o "trabajadores de cristal" y en conexión con ello se habla ya de un derecho de ultimísima generación "el derecho de desconexión".