

ALCANCE DEL CONTROL EMPRESARIAL SOBRE LOS TRABAJADORES A SU CARGO.

Gabriel Fernández Villegas

Abogado 2223. ICAALM.

SUMARIO: I. Introducción. II. Colisión de derechos. III. La expectativa razonable de confidencialidad, IV. I Jurisprudencia sobre algunos de los medios usados por el trabajador en el desarrollo de su actividad laboral y el control empresarial de los mismos.V.1. instalación de cámaras de vigilancia, IV.2..Inspección de oficinas y taquillas, IV.3. Inspección de correos, IV.4.- control de equipos informáticos y acceso a internet, IV.5. medios auditivos. V. La visión de la Sala segunda del TS, VI. Conclusiones, VI. V.I. Bibliografía, artículos, y páginas web visitadas.

SUMARIO/SUMMARY:

El presente trabajo pretende acercarse a la colisión de derechos que se suscitan entre trabajador y empleador, desde la perspectiva del derecho a la intimidad en el ámbito laboral. Por un lado, el trabajador, en su condición de persona, tiene reconocido el derecho a que se respete su intimidad personal, incluso en el seno de la empresa para la que presta servicios; y, por otro lado, está la facultad empresarial de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los trabajadores a su servicio. Inmediatamente surge la cuestión de decidir cuándo ese control empresarial invade la intimidad personal del trabajador y, consecuentemente, se convierte en ilegítimo.

This paper aims to approach the collision of rights that arise between worker and employer, from the perspective of the right to privacy in the workplace. On the one hand, the worker, as a person, has the right to respect for his personal privacy, including within the company for which he provides services; And, on the other hand, there is the business power to control the fulfillment of the labor obligations by the workers at their service. Immediately the question arises of deciding when this business control invades the personal intimacy of the worker and, consequently, becomes illegitimate.

PALABRAS CLAVE:

Derecho a la intimidad. Control empresarial al trabajador. Colisión de derechos empleador y trabajador.

KEY WORDS: Right to privacy; bussines control of the worker; collision of employer and worker rights.

I. INTRODUCCION:

Dispone el Art. 20.3 del E.T. en su redacción dada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores 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 y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”. De esta manera se deduce que esta potestad empresarial se debe restringir a la propia relación laboral, dejando al margen de la misma, la vida privada del trabajador. No obstante, esta potestad está limitada por los derechos fundamentales del trabajador, tanto en su esfera profesional derivada de la relación laboral, como los derechos inherentes a su persona como tal. Ambos campos de derechos están contemplados en la constitución del 78, desde el derecho a la huelga o libertad sindical, como derechos derivados de una relación laboral, hasta el derecho al honor, inherente a la propia dignidad del trabajador como persona.

II. COLISION DE DERECHOS.

Los principales derechos del trabajador que pueden resultar lesionados por la actuación del empleador en el ejercicio de sus propios derechos dentro de la relación contractual con el trabajador, son dos principalmente:

1.- El derecho a la intimidad personal. Se regula en el Art.18.1 por el cual “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” y;

2.- El derecho al secreto de las comunicaciones, dispuesto en el Art.18.3, también de la Constitución, “se garantiza el secreto de las comunicaciones en especial, de las postales, telegráfica y telefónicas, salvo resolución judicial”.

Así mismo, y de ahí la confrontación de derechos, nos encontramos con el derecho del empresario a controlar la actividad del trabajador.

El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, denominado “dirección y control de la actividad laboral”, establece 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 y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”. Se trata de una derivación del derecho a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada (Artc. 33.1 y 38.2 de la Constitución) que también son protegidos y establecidos por la Constitución, no obstante, la doctrina del Tribunal Constitucional establece que las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no pueden servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (Sentencia 88/85 de 19 de Julio, entre otras).

Nos encontramos por tanto ante una colisión derechos, por un lado los derechos del empresario de vigilancia y control, y por otro los derechos de los trabajadores dentro de su relación laboral, se trata por tanto de un conflicto de intereses entre ambas partes que debe resolverse, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, y que debe aplicarse teniendo en cuenta tres importantes factores: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de ponderación o equilibrio, entre la medida establecida por el empleador sobre el control de la actividad laboral, y los derechos de los trabajadores.

El juicio de idoneidad vendría establecido a partir del análisis de si la medida adoptada por el empleador es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; el juicio de necesidad se establece a partir de la determinación de si la medida establecida es la única o la que mas eficacia puede desarrollar sobre el objetivo de la misma, y el juicio de ponderación o equilibrio, se determinaría si existe una relación razonable entre los beneficios y perjuicios que ocasiona la medida ¹. El Tribunal constitucional, a partir de la Sentencia 88/85 de 19 de Julio, en la que estableció lo siguiente: «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, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1.a)] y cuya protección queda

¹ Modulo 1. Parte de derecho Laboral. Fernández lumbreras. Master

garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa, que establece el art. 38 del texto constitucional, legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1).

III. LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE CONFIDENCIALIDAD.

Una vez determinados los ejes en los que discurre la potestad y derecho del empleador a la hora de establecer las medidas de seguridad o los mecanismos que aparentemente “pudieran suponer una injerencia” en los derechos de los trabajadores que pudieran resultar lesionados con las mismas (intimidad, honor, y derecho al secreto de las comunicaciones), nos encontramos con un concepto acuñado por la jurisprudencia, que podríamos entender dentro de la esfera de actuación del trabajador en el desarrollo de su trabajo. La jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo y la emanada del Tribunal Constitucional, ha ido estableciendo una serie de criterios o formulaciones, para resolver la confrontación derivada de los ámbitos de derechos en confrontación (trabajador – empresario), utilizando otro concepto indeterminado, la “expectativa razonable de confidencialidad” en la relación laboral para hacer compatibles ambas estructuras de derechos. De modo que si por las circunstancias concurrentes existía esa expectativa razonable de confidencialidad, la intromisión del empresario se considera ilegítima; y si, por el contrario, tal expectativa no se podía deducir como consecuencia de una advertencia previa de prohibición, se considera que el empresario está legitimado incluso para acceder al contenido de los correos electrónicos remitidos por el trabajador desde su ordenador.

La sentencia más relevante en la materia sobre cuya doctrina se apoyan el resto de resoluciones dictadas por la Sala IV del Tribunal Supremo es la de 26-9-07. Se trataba de enjuiciar el despido del directivo producido tras comprobar la empresa la existencia en la carpeta de archivos temporales en su ordenador de «antiguos accesos a páginas pornográficas». En ella se aborda, en primer lugar, la legislación que resulta aplicable al

supuesto controvertido, y se sienta el criterio de que el control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario no se regula por el art.18 ET² sino por el art.20.3 ³ET. Una vez delimitado el ámbito normativo de aplicación,⁴ la sentencia entiende que en esta materia existe un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores (y que) esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos. De modo, que si el empresario quiere destruir esa expectativa de confidencialidad y controlar plenamente el uso del ordenador por parte del trabajador, debe establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De tal manera que si se cumplen tales exigencias y a pesar de ello el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad», “así pues, si no existe una situación de tolerancia al uso personal del ordenador, no puede existir una expectativa razonable de confidencialidad. La STC 170/2013, de 7 de noviembre, que se pronuncia expresamente sobre el alcance del secreto de las comunicaciones, lo que en definitiva se señala en ella, es que existiendo una prohibición expresa las empresas puedan vigilar el correo electrónico corporativo de sus trabajadores para verificar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales. Así, lo que en principio se comunica a través de un canal cerrado, como

² Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador.

Solo 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. 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

³ Artículo 20.3 E.T. 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 y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

⁴ Lluch Corel F.J. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. “El secreto de las comunicaciones en la empresa: el control empresarial del correo electrónico que utiliza el trabajador”. Revista de Jurisprudencia”, publicado el 15 de diciembre de 2016.

es un correo electrónico, se transforma en un canal de comunicación (...) abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario”.

Los límites en el establecimiento de medidas de control por parte del empresario, no sólo vienen establecidos en la legislación señalada (Constitución, Estatuto de los Trabajadores...), sino que existen leyes de carácter sectorial que regulan los límites y que determinan el marco en el cuál deben desarrollarse. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, Intimidación Personal y Familiar, y a la propia Imagen, o la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal establecen el marco normativo básico en el que debe moverse la capacidad de control del empresario. Así mismo, la capacidad de control del empresario debe venir definida bajo los parámetros de la buena fe contractual, de forma que este debe informar al trabajador, de manera fehaciente de la existencia de mecanismos de control y vigilancia instalados dentro de la empresa, tanto externos, en el ámbito físico donde se desarrolla la actividad laboral, como en los medios a través de los cuales se ejerce la actividad laboral, entre los que se encuentran los relativos a los sistemas y equipos informáticos usados por el trabajador.

No obstante, también existen limitaciones a este derecho del trabajador a ser informado de la existencia de mecanismos de vigilancia y control, que es cuando este mecanismo resulta absolutamente necesario para descubrir actuaciones ilícitas del trabajador, que van contra el patrimonio del empresario. Así la Sentencia 39/2016, de 3 de marzo de 2016. del T. Constitucional, en el Recurso de amparo 7222-2013, da la razón al empleador, delimitando que este está en su derecho, o forma parte del contenido en sus obligaciones de vigilancia y control de los trabajadores, la posibilidad de instalación de cámaras de vigilancia de la actividad de un trabajador sin necesidad de avisar a este directamente de su existencia. “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más

beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) .

Sigue el TC complementando su posición, “la medida de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE”.

No obstante lo dicho, existe toda una jurisprudencia contradictoria al respecto, que muchas veces, puede ocasionar inseguridad jurídica, por lo que habrá que estarse al caso concreto, determinando pormenorizadamente cada situación a efectos de si existe vulneración o no del derecho a la intimidad del trabajador ante una medida de control por parte del empresario. Un ejemplo de esta contradicción jurisprudencial, a la hora de aplicar los distintos cuerpos normativos, aún conociendo la supremacía de la norma constitucional, viene establecido por la Sentencia la STS de 26 de septiembre de 2007 , citada anteriormente, a cuya doctrina se remiten otras posteriores como la de 8 de marzo de 2011 en donde se establece que, "No solo se requiere que la conducta sancionada esté expresamente prohibida, sino que, además, es necesario que el trabajador tenga conocimiento de los controles establecidos por el empresario", dice el TS “que la buena fe no impone únicamente deberes al trabajador, que además no puede nunca alcanzar al de guardar secreto ante la comisión de un hecho delictivo, sino también al empresario que sólo podrá exigir una actuación de buena fe cuando la suya sea correcta, y tampoco el deber de secreto puede servir de límite a la libertad de expresión e información al trabajador de tal manera que ampare la no denuncia de un hecho delictivo realizado en el seno de la empresa”.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. establece en el Artc. 7, distintos supuestos en los que

se reconoce como intromisión ilegítima al honor de ⁵cualquier persona, esté o no dentro de una relación laboral, no obstante esta disposición hay que verla desde la perspectiva también del empleador y sus derechos inherentes a su posición jurídica con respecto al trabajador que he mencionado anteriormente. Así, algunos de los mecanismos de control de los que dispone el empresario, podrían vulnerar el artc 7 de la Ley del 82, por lo que habrá que estudiarlos en base al principio de proporcionalidad.

Dentro de la protección a la intimidad del trabajador compatible con el control lícito por el empresario de los medios informáticos y de comunicación utilizado se incluyen: las comunicaciones telefónicas, el correo electrónico, los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador y los archivos temporales de los lugares visitados a través de Internet.

IV: Jurisprudencia sobre algunos de los medios usados por el trabajador en el desarrollo de su actividad laboral y el control empresarial de los mismos.

Algunos ejemplos de las posibles actuaciones o mecanismos de control que puede realizar el empresario, vienen establecidos por la instalación o puesta en funcionamiento de :

1.- Instalación de cámaras de vigilancia.

⁵ Artc. 7. Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

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

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Siete. La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

La Sentencia de Pleno del T. Constitucional, 39/2016, de 3 de marzo de 2016, nos viene a reflejar la línea más reciente que mantiene el más alto Tribunal Español, si bien no siempre ha sido lo mismo, pues ha sido el tiempo, y la evolución social, la que ha propiciado las matizaciones a los derechos confrontados, así se determina, en una situación en la que se instalan cámaras de seguridad – vigilancia, por parte de una empresa, hacia un determinado trabajador, al existir dudas fundadas de que estaba sustrayendo dinero de la caja.

“Por lo que se refiere, en primer lugar, a la vulneración del art. 18.4 CE, derecho a la protección de datos, debemos recordar que la imagen se considera un dato de carácter personal, en virtud de lo establecido en el art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que considera dato de carácter personal «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables», y el art. 5.1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que considera como dato de carácter personal la información gráfica o fotográfica”

“El incumplimiento del deber de requerir el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos o del deber de información previa sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada. Como señala la STC 292/2000, FJ 11, «el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución».

“Aplicando la doctrina expuesta al tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo, que es el problema planteado en el presente recurso de amparo, debemos concluir que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, que establece 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». Si la dispensa del consentimiento prevista en el art. 6 LOPD se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario.

En definitiva, la exigencia de finalidad legítima en el tratamiento de datos prevista en el art. 4.1 LOPD viene dada, en el ámbito de la videovigilancia laboral, por las facultades de control empresarial que reconoce el art. 20.3 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, siempre que esas facultades se ejerzan dentro de su ámbito legal y no lesionen los derechos fundamentales del trabajador.

2.- Inspección de oficinas y taquillas.

El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores señala que “solo 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”. 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. Por su parte, como se ha dicho ya en el presente trabajo, el artículo 20.3 del mismo cuerpo legal permite al empresario adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana. Y el artículo 4.2.e) de la misma Ley reconoce a los trabajadores el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad.

3.- Intercepción de correos.

En la Sentencia 241/2012, de 17 de diciembre, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de referirse a las "cuentas de correo electrónico asignadas por la empresa a los trabajadores". Consideró que "el ejercicio de la potestad de vigilancia o control empresarial sobre tales

elementos resulta limitada por la vigencia de los derechos fundamentales" pero que, a estos efectos, es determinante la existencia de normas establecidas por la propia empresa: "Los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin" En este caso, el TC atendió a unas condiciones de uso del correo electrónico establecidas por Convenio Colectivo, y a la prohibición ínsita en el mismo de uso para fines extralaborales. Tampoco se vulnera otro derecho constitucional, el de la intimidad personal (artículo 18.1), puesto que no se puede entender que "el trabajador contara con una expectativa razonable de privacidad respecto a sus correos electrónicos registrados en el ordenador de la entidad empresarial", por el mismo motivo: la prohibición del uso del *email* para fines extraprofesionales contenida en el convenio impediría "considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial" Además, el TC aplica "ad casum", su doctrina general sobre limitación de derechos fundamentales: necesidad de la medida limitativa, idoneidad, justificación y ponderación.

la STC 170/2013, de 7 de noviembre -EDJ 2013/182887-, la que se pronuncia expresamente sobre el alcance del secreto de las comunicaciones. Lo que en definitiva se señala en ella, es que existiendo una prohibición expresa las empresas puedan vigilar el correo electrónico corporativo de sus trabajadores para verificar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales. Así, lo que en principio se comunica a través de un canal cerrado, como es un correo electrónico, se transforma en un canal de comunicación (...) abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario.

Por su parte, la STC 170/2013, de 7 de noviembre, sobre el alcance del secreto de las comunicaciones, determina que existiendo una prohibición expresa, las empresas puedan vigilar el correo electrónico corporativo de sus trabajadores para verificar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales. Así, lo que en principio se comunica a través de un canal cerrado, como es un correo electrónico, se transforma en un canal de comunicación abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario, siempre que exista esa limitación expresamente marcada de libertad de disposición de los medios conferidos por el empresario al trabajador.

4.- Control de equipos informáticos y Control de acceso a internet.

Dos sentencias del Tribunal Supremo, la de 26 de septiembre de 2007 (de la que ya hemos extraído algunas conclusiones) y, la de 5 de octubre de 2011, analizan el control derivado de la actuación del empleador de los equipos informáticos, además, esta última, como novedad, da vía libre a las empresas para utilizar programas espía con el que capturar las pantallas a las que acceden los trabajadores para su posterior visualización, de forma que casi el Tribunal Supremo, está cambiando de criterio, decantándose por un criterio general, y no específico del caso concreto, no obstante, la cuestión siempre va a ir por la colisión de derechos y su estudio individualizado al caso concreto.

En la primera de las sentencias citadas se razona, con absoluta claridad, que para que la empresa pueda proceder al control del uso del ordenador por parte del trabajador, sin vulnerar su "expectativa de confidencialidad" y, por ende, su dignidad, no solo ha de haber establecido instrucciones para su uso, sino también advertido de los controles que van a aplicarse. No es suficiente con que el empresario establezca válidamente una prohibición absoluta de uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc...) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo sino que, además, ha de advertir de los controles que se van a utilizar para conocer el uso del ordenador por parte del trabajador.

En la segunda se concluye, en cambio, que la empresa no está obligada, tras prohibir el uso de sus medios (ordenadores, móviles, internet etc...) para fines personales, tanto dentro como fuera del horario de trabajo, a informar de que podrá existir un control de los mismos y la forma en que podrá llevarse a cabo, pudiendo instalar sistemas que no se limiten a controlar genéricamente tiempo y páginas visitadas por los trabajadores sino que permitan observar lo que estos ven y la captación de pantallas para su posterior visualización.⁶

IV. 5. En cuanto a los medios auditivos de información sobre la actividad del trabajador, debemos considerar que la instalación de micrófonos que permiten interceptar escuchas y grabar conversaciones es difícilmente justificable por razones de seguridad en la empresa, lo cual apoya la afirmación de que suponen un atentado contra el derecho a la intimidad y al derecho al secreto de comunicaciones de los trabajadores.

V. LA VISIÓN DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

⁶ <http://www.laboral-social.com/internet-intimidad-despido-control-programas-espia-derecho-informatica-taquillas-ordenador-prueba-confidencialidad.html#nota2>

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 2844/2014 de 16 de junio de 2014, ha planteado una salida al problema, que mas que una solución a la colisión de derechos, trabajador – empleador, viene definida por la autoridad, que en nuestro ordenamiento jurídico representa el artículo 18.3 de la Constitución⁷, “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Dicha Sentencia viene a informar de que el ámbito penal, o la jurisdicción penal requieren de una necesaria resolución judicial expresa (y con todas las garantías inherentes a ella), para poder supervisar, por parte del empresario, las comunicaciones de los trabajadores, aún las desarrolladas en su ámbito laboral, por cuanto, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la C.E., resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial.

VI. Conclusiones.

1. Las empresas tienen la facultad de vigilancia y control sobre la actividad de los trabajadores.
2. Esta facultad está limitada por el derecho al honor e intimidad del trabajador, y por el derecho al secreto de sus comunicaciones.
3. La solución a esta situación se ha venido desarrollando principalmente a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, en la que se establecen toda una serie de requisitos para la adopción de medidas de control e investigación, por parte del empresario. A la hora de establecer mecanismos de control, ya sea en el equipo informático, como en el correo electrónico, el empresario deberá ponderar si medidas sean idóneas (sirva efectivamente para controlar nuestro trabajo y no para otra cosa), necesarias (no pueda hacerse de otra manera), proporcionadas (deben derivarse de ellas más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho a la intimidad por ejemplo), y justificadas (no pueden responder exclusivamente a la conveniencia o arbitrariedad empresarial).

⁷ Artículo 18.3 Constitución “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

4. El trabajador en el uso de los medios suministrados por la empresa debe tener en cuenta si existe o no una “expectativa de confidencialidad”, marcada principalmente por la información que debe suministrar el empleador para la utilización de medios de control o de las limitaciones que establezcan.

5. Se trata por tanto de una materia compleja en el que la solución al conflicto se irá perfilando por la jurisprudencia.

V.I. Bibliografía, artículos, y páginas web visitadas.

<http://www.laboral-social.com/control-medios-tecnologicos-sentencia-tedh-12-enero-2016-barbulescu.html>.

[file:///Users/gabrielfernandezvillegas/Downloads/Dialnet-](file:///Users/gabrielfernandezvillegas/Downloads/Dialnet-ElControlEmpresarialSobreElUsoDeLosEquiposInformat-4075792%20(5).pdf)

[ElControlEmpresarialSobreElUsoDeLosEquiposInformat-4075792%20\(5\).pdf](file:///Users/gabrielfernandezvillegas/Downloads/Dialnet-ElControlEmpresarialSobreElUsoDeLosEquiposInformat-4075792%20(5).pdf)

<http://www.laboral-social.com/internet-intimidad-despido-control-programas-espia-derecho-informatica-taquillas-ordenador-prueba-confidencialidad.html>

Pleno. Sentencia 39/2016, de 3 de marzo de 2016. Recurso de amparo 7222-2013. Promovido por doña Mónica Rebeca Liberato Rodríguez en relación con las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y de un Juzgado de lo Social de León en proceso por despido. Supuesta vulneración de los derechos a la intimidad y a la protección de datos: despido basado en las imágenes captadas por una cámara de videovigilancia instalada sin comunicación previa a la trabajadora. Votos particulares.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Comunicaciones-empresa-control-correo-electronico-trabajador_11_1045180003