



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN RELACIONES LABORALES

CURSO ACADÉMICO 2014-2015

**Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC),
control empresarial y Derechos Fundamentales**

**Information and Communication Technologies (ICT),
corporate control and Fundamental Rights**

AUTORA: ANDREA ABAD BUSTILLO

TUTOR: ANTONIO MAGDALENO ALEGRÍA

JUNIO 2015

“El contrato de trabajo no puede considerarse como título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada” (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2; STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 3 entre otras)

Resumen

El presente estudio se centra en el análisis del conflicto entre los Derechos Fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, y a la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) por parte de los trabajadores en el centro de trabajo, teniendo en cuenta el poder de control empresarial establecido en el art. 20.3 ET; En un primer momento se analizarán estos conceptos a nivel general, para posteriormente centrarlo en la forma de ser regulado, sancionado y sentenciado en la actualidad. Por otra parte, merecen una mención detallada los métodos de control empresarial y las garantías que debe proteger el empresario con el objetivo de no vulnerar estos derechos de los trabajadores. Del mismo modo, se analizará la regulación de estos derechos en convenios colectivos o acuerdos de empresa.

Palabras clave: derecho, intimidad, secreto de las comunicaciones, correo electrónico, trabajo, TIC, control empresarial.

Abstract

The aim of this project is to analyse the conflict of the workers in the workplace between Fundamental Rights to personal privacy and privacy of communications, and the use of information and communication technologies (ICT). This conflict will be evaluated taking into account the power of corporate control, located in Art. 20.3 ET. Firstly, I will give an overview over these concepts. Later the research will be focused on how these terms are regulated, punished and sentenced these days. Moreover, the corporate control methods and the guarantees that the employer has to protect in order not to break the rights of the workers, deserve a detailed mention in this project. Equally, I will analysed how these rights are regulated in collective agreements or enterprise agreements.

Key words: law, privacy, privacy of communications, e-mail, work, corporate control.

ÍNDICE

1. ABREVIATURAS	6
2. INTRODUCCIÓN	6
3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	7
4. RELACIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD	9
5. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR	10
5.1. ÁMBITO DE PROTECCIÓN	10
5.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES	11
6. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DEL TRABAJADOR 11	
6.1. ÁMBITO DE PROTECCIÓN	11
6.2 EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN LAS RELACIONES LABORALES	13
7. DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE	13
8. CONTROL EMPRESARIAL DEL USO DE LAS TIC POR PARTE DE LOS TRABAJADORES	17
8.1. EL CONFLICTO ENTRE EL CONTROL EMPRESARIAL DE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN Y EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTIMIDAD DEL TRABAJADOR	18
8.2. MÉTODOS DE CONTROL	21
8.2.1. <i>Registros sobre su persona o sus efectos</i>	22
8.2.2. <i>Registro de las taquillas de los trabajadores</i>	23
8.2.3. <i>Monitorización central del ordenador y los portátiles propiedad de la empresa</i> 24	
8.2.4. <i>Instalación de programas espías de seguimiento y grabación automatizada de las páginas web visitadas</i>	26
8.2.5. <i>Contrato con el proveedor de acceso a internet</i>	27
8.2.6. <i>Imposición de filtros</i>	27
8.2.7. <i>Visualizar el historial de los ordenadores</i>	28
8.2.8. <i>Control directo sobre los archivos denominados cookies</i>	28
8.3. GARANTÍAS	29
8.3.1. <i>Fin legítimo</i>	29
8.3.2. <i>Legalidad</i>	30
8.3.3. <i>Idoneidad o adecuación</i>	35
8.3.4. <i>Necesidad</i>	36
8.3.5. <i>Proporcionalidad en sentido estricto</i>	37

8.3.6. <i>Otras garantías</i>	38
9. REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y USO DE LAS TIC	42
10. CONCLUSIONES	43
11. BIBLIOGRAFÍA	47

1. ABREVIATURAS

ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPDCP	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
Pág.	Página
RTC	Resolución del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TIC	Tecnologías de la Información y Comunicación
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

2. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española reconoce una serie de derechos fundamentales ligados a las relaciones laborales como, por ejemplo, el derecho a la huelga (art. 28.2 CE), la libertad de sindicación (art. 28.1 CE) o el derecho a la negociación colectiva (37.1 CE). Ahora bien, esto no significa que sean los únicos derechos fundamentales ejercitables en las relaciones de trabajo, pues desempeñar una actividad laboral no significa que los ciudadanos queden desposeídos de sus derechos fundamentales.

Si bien la firma de un contrato de trabajo no significa la renuncia a la titularidad de los derechos fundamentales, sí determina una modulación en su ejercicio. En consecuencia, derechos como la igualdad (art. 14 CE) el derecho a la intimidad (art.18 CE) o las libertades de expresión e información (art. 20 CE), entre otros, también rigen en las relaciones laborales.

El uso de las nuevas tecnologías de la comunicación e información (en adelante, TIC) han influido de manera decisiva en el modo de desarrollar la actividad laboral y, por ende, han generado nuevas problemáticas en los centros de trabajo. Así, las TIC han

creado nuevos hábitos de comportamiento en los trabajadores como, por ejemplo, la utilización del correo electrónico o la navegación por internet para fines distintos de la actividad laboral. El empresario o empleador como titular de los citados medios de producción e interesado en controlar que la actividad laboral se desarrolle conforme al contrato de trabajo tiene la posibilidad de controlar la actividad del trabajador. Ahora bien, el uso del correo electrónico y de Internet se encuentra amparado por el secreto de las comunicaciones, y en su caso por el derecho a la intimidad.

Dada la conflictividad anteriormente citada, resulta cada vez más habitual que las empresas regulen el uso de las TICS en sus respectivos convenios colectivos, acuerdos o protocolos. En algunos de los citados documentos se permite que los trabajadores puedan durante un determinado tiempo de trabajo navegar por internet y utilizar el correo para fines propios¹, por el contrario, otros convenios o acuerdos no permiten bajo ningún concepto utilizarlo para fines particulares².

El presente estudio tiene por objeto analizar los derechos fundamentales a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones en las relaciones de trabajo, en concreto se analizará el uso de las TIC (correo electrónico e internet) en los centros de trabajo, teniendo en cuenta el poder de control empresarial, así como las garantías que debe de cumplir el empresario, y los métodos de control que este puede utilizar.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Tal y como establece FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones surgió en la época de la revolución francesa. Su ámbito de protección era más limitado que en la actualidad, ya que solamente protegía el secreto de la correspondencia, que era lo que más preocupaba en aquella época, así el 10 de

¹ Por ejemplo, en la Resolución de 11 de octubre de 2005, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del VII Convenio colectivo de la empresa Unidad Editorial, S.A. en el anexo 3, apartado 2.3.2. se establece: “El carácter razonable y moderado de los envíos personales se presumirá. Salvo prueba en contrario, hasta el número de ochenta correos mensuales. Superado ese número, corresponderá al empleado justificar su procedencia”.

² Como es el caso del XVII Convenio Colectivo general de la industria química aprobado por Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo. BOE del 9 de abril de 2013 que en su artículo 96.2 prohíbe explícitamente el uso extralaboral del correo electrónico, excepto para los representantes de los trabajadores que podrán utilizarlo para comunicarse entre sí y con sus federaciones sindicales, así como con la dirección de la empresa.

³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*, Cívitas Ediciones S.L., Madrid, 2004. Pág. 83-84.

agosto de 1790 se creó un decreto por la Asamblea Nacional Francesa, en la que se establecía lo siguiente: “le secret des lettres est inviolable”.

En la historia española este Derecho al secreto de las comunicaciones no surge hasta el final del mandato de Isabel II, así en el artículo 7 de la Constitución de 1869, de 6 de junio, se estableció lo siguiente: “En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de juez competente podrán detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se le dirija por correo”. Tanto la redacción como el fin, es bastante similar a la del actual artículo 18.3 CE, en la que nuestro secreto de las comunicaciones se puede ver afectado también por resolución judicial. Como podemos observar, el surgimiento de este Derecho tanto en España como en Francia, fue fruto del triunfo de dos revoluciones.

Por otro lado, el derecho a la intimidad⁴, como derecho de todas las personas, tiene su origen en el nacimiento de la burguesía, entorno al siglo XIX, ya que es esta clase social la reivindicadora de los derechos ligados a la personalidad que ya tenía por aquel entonces la nobleza. El deseo de la burguesía era conseguir el privilegio de unos pocos, pero ese deseo estaba ligado al concepto de privacidad y propiedad privada, no era una intimidad extensa, tal y como ahora conocemos. Es poco después cuando este concepto de intimidad ligado a la propiedad cambia y se une a la inviolabilidad de la personalidad. El concepto de intimidad evoluciona hasta tal punto de que tal y como establece DE VICENTE PACHÉS: “la tutela de la intimidad se desprende del carácter elitista, ya no puede considerarse como algo perteneciente a una clase social ni con un sentido patrimonial, sino que es algo inherente a la propia condición humana, el derecho que todos tienen a verse libres de injerencias e intrusiones en su esfera privada⁵”.

⁴ En el mismo sentido: DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998. Págs. 54-55.

⁵ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, ob. cit. Pág. 62

4. RELACIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Es importante diferenciar el derecho a la intimidad del derecho al secreto de las comunicaciones. El secreto de las comunicaciones protege el contenido de la comunicación y la identidad de los interlocutores.

Por otro lado, el derecho a la intimidad está ligado a la esfera más privada e íntima de los ciudadanos, protege un ámbito de la vida personal y familiar el ámbito que se desea mantener oculto o fuera del conocimiento ajeno.

No puede haber secreto de las comunicaciones en relación a quien forma parte de la comunicación. El Tribunal Constitucional excluye del derecho al secreto de las comunicaciones a las personas que forman parte de la comunicación, por el contrario, sí que se protege frente a terceros. Precisa dicho Tribunal que lo que se protege son las comunicaciones realizadas a través de canales cerrados. Así, por ejemplo, cuando dos personas, “A” y “B”, mantienen una conversación vía correo electrónico, si una de ellas, por ejemplo “A”, muestra a un tercero “X” el contenido de esos mensajes, no está violando el derecho al secreto de las comunicaciones de “B”, ya que “A” formaba parte de la comunicación. En cambio si “X” por su propia voluntad lee el contenido de la comunicación de “A” y “B” sin consentimiento de ninguno de ellos, sí que está violando el derecho al secreto de las comunicaciones ya que él no formaba parte de la misma.

Si el contenido del mensaje citado en el ejemplo era de carácter personal y, por tanto, muestra datos íntimos, reservados o personales⁶ y “A” muestra el contenido del mensaje a “X” u otro tercero, que no formaba parte de la conversación, “A” estaría violando el derecho a la intimidad de “B”.

Según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁷ ha habido diversas posiciones doctrinales en este ámbito, y se han esquematizado en tres grupos: 1) subordinación del secreto de las comunicaciones a la intimidad; 2) vinculación, pero manteniendo sustantividad propia; 3) desconexión entre ambos derechos.

⁶ STC 114/1984, FJ 7.

⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ J.J.: *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet* ob. cit., pág. 87.

Así, ROIG BATALLA, plantea una desconexión entre ambos derechos, y afirma que “el derecho al secreto de las comunicaciones es autónomo y diferente del derecho a la intimidad⁸” ya que la intimidad lo que preserva es el entorno personal en relación al conocimiento de terceros y por otro lado, el secreto de las comunicaciones lo que se preserva es el contenido del mensaje, independientemente de si su contenido es importante para la población o no.

Por otro lado MARÍN ALONSO⁹, plantea una vinculación de los derechos, en los que cada uno de ellos sigue manteniendo sustantividad propia, a pesar de las diferencias entre ambos existe un nexo de conexión entre ellos, que es el “secreto”.

5. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR

5.1. ÁMBITO DE PROTECCIÓN

La RAE define intimidad como la zona reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. Se trata de una definición que ha sido parcialmente acogida por el Tribunal Constitucional, e incluso va un poco más allá. En varias de sus sentencias afirma que la intimidad se configura como un “derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana¹⁰”. En otras sentencias también mantiene que este derecho forma parte del ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, ya sean estos particulares o poderes públicos¹¹.

Este derecho “confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”. En definitiva, “lo que garantiza el artículo 18.1 CE es el secreto sobre

⁸ROIG BATALLA A.: *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales* ob. cit., pág. 71.

⁹ MARÍN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones* ob. cit. Pág. 121.

¹⁰ STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5.

¹¹ STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 5; STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 2; STC 170/2013, de 7 de noviembre, FJ 4.

nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o los poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada¹²”.

5.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES

Examinando la jurisprudencia, varios autores consideran que “pueden distinguirse dos perspectivas de intimidad: la intimidad personal del trabajador en el trabajo; y la intimidad del trabajo mismo¹³”. Así, la intimidad personal del trabajador en el trabajo protege lo que podrían ser intromisiones por parte del empleador en el ámbito privado del trabajador (su casa, su familia, su tiempo libre...), en atención a su calidad de ciudadano, no como trabajador de la empresa. La intimidad del trabajo mismo supone que el empleador se entrometa en el ámbito exclusivamente laboral del trabajador, este ámbito de intimidad goza de menos protección, menos garantías que el primero debido al poder del empresario de dirección y organización en el ámbito de su empresa, derivado de la libertad de empresa garantiza en el art. 38 CE. Ahora bien, tal y como establece la STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 6, el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 ET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo. Además, la capacidad de control queda restringida en ciertos lugares como, por ejemplo, las zonas de descanso, vestuarios, comedores, aseos y similares¹⁴.

6. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DEL TRABAJADOR

6.1. ÁMBITO DE PROTECCIÓN

El derecho al secreto de las comunicaciones tal y como apunta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, es el “derecho fundamental que permite a toda persona comunicarse libremente [...], siempre que se realice por canal cerrado, al margen del conocimiento

¹² STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013, FJ 5

¹³ ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág.49.

¹⁴ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988, pág. 23.

de otros sujetos diferentes al destinatario¹⁵”. “El artículo 18.3 CE no protege el secreto de las conversaciones directas o en persona aunque esta última exigencia puede obviarse en circunstancias excepcionales” tal y como comenta MARÍN ALONSO¹⁶, ya que el secreto de la comunicación en el caso de ser una comunicación realizada en persona, no se garantiza que cualquier otro pueda escuchar, grabar... esto sería una intromisión en el derecho a la intimidad, que está protegido por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho a Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. A lo que se debe añadir que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan otros derechos STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9 y STC 241/2012, de 17 de diciembre de 2012.

En relación al tema a tratar, el correo electrónico, a pesar de que su transmisión es a través de canales cerrados, y podría estar completamente incluido en el ámbito del artículo 18.3 CE, es decir, dentro del ámbito del secreto de las comunicaciones; surge un problema de interpretación respecto a los archivos adjuntos que enviamos, (imágenes, notas de voz, documentos...) en este caso es posible que sea interpretado como correspondencia en cuyo caso estaría protegido por el artículo 18.3 CE, o como efecto personal, que estaría protegido por el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE. Al respecto entiendo, en el mismo sentido que MARÍN ALONSO, que si esos archivos adjuntos están dentro del contenido del mensaje han de considerarse parte de él, y no deben encontrarse fuera del mismo, por lo que deberían estar protegidos de la misma forma que el propio mensaje, ya que es parte del proceso comunicativo y estarían protegidos también por el secreto de las comunicaciones, impidiendo que cualquier tercero (empresario, otro trabajador...) repercuta en el proceso.

El Tribunal Constitucional considera que quedarían fuera del ámbito de protección del derecho constitucional, “aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta” esto ocurriría en aquellos casos en los que “es legalmente obligatoria una declaración externa de

¹⁵ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ J.J.: *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. ob. cit. Pág. 87.

¹⁶ MARÍN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones* ob. cit. Pág. 147.

contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo de etiquetado externo evidencia que no pueden contener correspondencia¹⁷.”

6.2 EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN LAS RELACIONES LABORALES

En la STC 142/2012, de 2 de julio, se afirma que el derecho al secreto de las comunicaciones implica la prohibición de la interceptación de las comunicaciones ajenas, por lo que, dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación, que consistiría en la captura del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, como por el conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, o de mensajes enviados o recibidos por correo electrónico etc. Si la información no se proporciona por canal cerrado se entiende que no existe secreto.

En el ámbito del trabajo podríamos encontrar que la información se proporcionase desde diferentes lugares, como puede ser: el tablón de anuncios de la empresa, o desde la página web, en estos casos no existe un destinatario único o concreto, sino que va dirigido a todos los trabajadores en general, por lo tanto, se considera que no existe secreto de las comunicaciones.

7. DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

En la materia objeto del presente estudio ha operado un importante cambio de la doctrina constitucional. Inicialmente se consideraba del mismo modo a una comunicación profesional que una personal a efectos del acceso que podía tener el empresario debido al poder de control empresarial del art. 20.3 ET¹⁸. Posteriormente

¹⁷ STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4.

¹⁸ MARÍN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones* ob. cit. Pág. 153.

dos sentencias, STC 241/2012, de 17 de diciembre, y 170/2013, de 7 de octubre, suponen un claro cambio de criterio basado en la *expectativa razonable de privacidad*.

La STC 241/2012 resuelve un caso donde se descubrió casualmente que varias trabajadoras habían estado utilizando un programa de mensajería instantánea. En este caso se entiende que no puede existir una expectativa razonable de privacidad debido a que la utilización del ordenador a través del cual se enviaron esos mensajes instantáneos era utilizado por todo el personal de la plantilla, y dice el TC (FJ 3) que “no cabe apreciar afectación del derecho a la intimidad desde el momento en que fue la propia demandante y la otra trabajadora quienes realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, al incluirlas en el disco del ordenador en el cual podían ser leídas por otro usuario.”

Respecto al secreto de las comunicaciones, se entiende no vulnerado este derecho, ya que el ordenador era de uso común para todos los trabajadores de la empresa y, por otro lado, la empresa había prohibido expresamente a los trabajadores instalar programas en el ordenador. “Por lo tanto no existiendo una situación de tolerancia a la instalación de programas y, por ende, al uso personal del ordenador, no podría existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial” (FJ 6).

Por otro lado, en la STC 170/2013 existen sospechas fundadas de mala fe en la actuación del empleado. Concretamente el convenio colectivo aplicable en la empresa recogía como falta leve el uso privado de los medios informáticos, con la excepción de la comunicación que pueden realizar entre sí y con la dirección de la empresa los representantes de los trabajadores. En el caso la dirección de la empresa intervino el disco duro del ordenador (realizando una copia del mismo, sin modificación de ningún tipo de documento, con la presencia de un notario). Según el TC, en este caso no existió una expectativa razonable de privacidad, puesto que este trabajador estaba utilizando los medios propiedad de la empresa (teléfono y ordenador) para fines distintos a la actividad productiva y expresamente prohibidos. Además el envío de correos electrónicos se realizó mediante el correo corporativo de la empresa, considerado como un canal abierto de comunicación por la jurisprudencia, por lo tanto se considera no vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador.

En este caso, el TC equiparó la conducta tipificada como sanción leve en el convenio a la prohibición absoluta de la empresa del uso extralaboral del correo electrónico. El TC entiende que el trabajador debía conocer esa norma y la prohibición establecida en el convenio permitía a la empresa realizar medidas de control para constatar si los trabajadores cumplen o no con las premisas establecidas.

Se considera que no es correcto el pronunciamiento del TC ya que es demasiado restrictivo de los derechos fundamentales de los trabajadores en relación al poder de control empresarial, y parece que puede llegar a limitar más de lo deseado los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Asimismo, parece contrario dicho pronunciamiento y el realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ya que este último en la STEDH de 3 de abril de 2007, caso *Copland vs. Reino Unido*, estableció lo siguiente: “los correos electrónicos enviados desde el lugar del trabajo están incluidos en el ámbito de protección del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por cuanto pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto a la vida privada.” En otra ocasión, el citado tribunal afirmó que “inviolable no sólo es el mensaje, sino todos aquellos datos relativos a la comunicación que permitan identificar a los interlocutores o corresponsales, o constatar la existencia misma de la comunicación, su fecha, duración todas las demás circunstancias concurrentes útiles para ubicar en el espacio y en el tiempo el hecho concreto de la conexión telemática producida¹⁹.” La STC 241/2012 resulta incongruente con la doctrina del TEDH²⁰, pues éste último sostiene que las llamadas telefónicas procedentes de locales profesionales, los correos electrónicos enviados desde el trabajo y la información derivada del uso personal de internet, deben incluirse en los conceptos de vida privada y correspondencia. Por otro lado, la STC 241/2012 considera que el ordenador, al ser usado por toda la plantilla, no existe ningún tipo de privacidad.

En este caso, respecto a la STC 170/2013 hay que considerar que el correo electrónico es de uso exclusivamente profesional por eso, si el trabajador envía correos electrónicos se consideran enviados desde de un canal abierto de comunicación, y el empresario ostenta el poder de control de los mismos.

¹⁹ Caso *Malone* de 2 de agosto de 1984 y posteriormente caso *Venezuela* 1998.

²⁰ Caso *Copland vs Reino Unido*; Caso *Halford vs Reino Unido*.

Tal y como establecen en este ámbito TOSCANI GIMÉNEZ y CALVO MORALES, en relación a la fiscalización de los ordenadores que utilizan los trabajadores: “la conducta debe estar prohibida expresamente y debe quedar meridianamente explícito qué conductas están permitidas y cuáles no. Si no es así, la empresa deberá comunicar previamente la prohibición antes de poder fiscalizar el correo electrónico de los trabajadores y solo podrá utilizar la información que haya conseguido para los fines que hubiera comunicado al trabajador²¹.”

Desde la STC 170/2013 ha habido un cambio radical en la forma de resolver estos conceptos por el TC²². En concreto considera que:

- El correo electrónico corporativo es un instrumento que proporciona la empresa para que los trabajadores puedan llevar a cabo su labor más fácilmente. Es esta naturaleza corporativa, empresarial, la que hace que no pueda considerarse como algo propio o incluso íntimo del trabajador.
- Al enviar mensajes desde un correo corporativo, el trabajador no debe de tener ninguna expectativa a cerca de la confidencialidad del contenido de ese mensaje, ya que está utilizando lo que sería un canal abierto de comunicación. (Sería diferente si el correo electrónico utilizado fuera uno personal). Por esta razón el TC no considera que se ha vulnerado, en la sentencia antes mencionada, ningún derecho del trabajador.
- La obtención de los mensajes enviados a través del correo corporativo se considera una prueba totalmente lícita. Aunque el control que realiza la empresa no debe realizarse porque sí, sino que debe estar fundamentado, debe haber una sospecha cierta, creíble... Y además, debe existir un riesgo para la empresa según el cual se puedan perjudicar sus intereses o causarse un daño grave.
- Los métodos y formas de control que utilice la empresa deberán ser proporcionados, y tendrán que cumplir una serie de garantías que han sido establecidas jurisprudencialmente.

²¹ TOSCANI GIMENEZ, D. y CALVO MORALES, D.: “El uso de internet y el correo electrónico en la empresa: límites y garantías” Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo (Thompson Reuters Aranzadi, núm. 165, Junio 2014, págs. 206 y ss.

²² MIRÓ, D. “El uso del correo electrónico en la empresa: protocolos internos” Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi. Núm. 874. Noviembre de 2013.

8. CONTROL EMPRESARIAL DEL USO DE LAS TIC POR PARTE DE LOS TRABAJADORES

Resulta relativamente común que los trabajadores en determinados momentos de su jornada laboral, especialmente en momentos en los que se necesita descanso, realicen entradas a páginas web tipo periódicos digitales, redes sociales, o correos personales y, por lo tanto, no desarrollen su labor correctamente. Esto supone un perjuicio económico para el empresario, en consecuencia resulta lógico que controle las actividades que los trabajadores llevan a cabo con los ordenadores y sistemas de la empresa.

Existen dos componentes imprescindibles en la tarea de control del empresario, tal y como ha establecido MARTÍNEZ FONS²³:

- Por una parte, “la presencia de parámetros previamente establecidos y conocidos, tanto por quien ejerce el control [en el caso que tratamos el empresario], como por el sujeto que ejerce la actividad controlada [en nuestro caso, el empleado]” esto se correspondería con la existencia de una norma en la empresa en la que se estableciese, qué es lo que está permitido, y qué es lo que no está permitido. En algunas ocasiones lo establecen en normativas internas y en otras lo regulan en los convenios colectivos o acuerdos de empresa, y estas normas deben de ser conocidas por ambas partes.
- Por otro lado, “el juicio de la adecuación del objeto controlado a los parámetros sobre los que se realiza la verificación”, que vienen a ser una serie de garantías que debe cumplir el empresario, con el objetivo de no vulnerar derechos fundamentales de sus empleados.

Es cierto, que la empresa puede establecer los límites que desee en relación a la utilización de los medios por los trabajadores, pero deberá informar a los trabajadores, tanto de los límites, como de las posibles sanciones que pueden acarrear su transgresión.

MARTINEZ FONS²⁴ considera que existen tres elementos lógicos del control, que son: el fin, la estructura y el objeto. En primer lugar, el fin hace referencia a “qué pretende conocerse con la aplicación del control”. En segundo lugar, la estructura que se

²³ MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002. Pág. 21.

²⁴ MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*. ob. cit. Págs. 49-50.

identifica con “la relación entre los resultados obtenidos por la investigación con el fin del control”. Y, en último lugar, el objeto hace referencia a “la realidad sobre la que se proyecta la indagación y de la que se obtiene la información”.

Por otro lado, existen dos momentos de realización por parte del empresario de este control empresarial, en primer lugar, el control que puede realizar el empleador cuando se ha comprobado la existencia de un grave perjuicio para la empresa. En segundo lugar, el control que puede realizarse por parte del empresario en defensa de su patrimonio empresarial, cuando no se ha constatado en ningún momento la vulneración por parte de los trabajadores de los sistemas de la empresa²⁵.

En el presente apartado solo se tratará la primera medida, pues se considera que la segunda es una medida en la que se restringen los derechos fundamentales del trabajador, ya que el empresario no tiene ningún indicio de mala actuación del trabajador, que le permita actuar de esa forma, y no existe una adecuada ponderación entre la consecución del fin perseguido por el control y su objetivo. Además al tratarse de medidas restrictivas de derechos fundamentales, lo que se admite es que “exista una conexión directa entre la conducta controlada y la razón para controlarlo²⁶.”

8.1. EL CONFLICTO ENTRE EL CONTROL EMPRESARIAL DE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN Y EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTIMIDAD DEL TRABAJADOR

Los derechos fundamentales no son absolutos, pues son susceptibles de ser limitados para la protección de los derechos de los demás o de determinados bienes constitucionalmente protegidos. Resulta relativamente frecuente la existencia de conflictos entre derechos fundamentales que deberán ser resueltos caso por caso aduciendo a la técnica de la ponderación.

En referencia al conflicto entre el derecho a la libertad de empresa y el secreto de las comunicaciones o intimidad del trabajador, hay muchos autores que opinan que se podría proceder al registro de los ordenadores sin restricciones porque son propiedad del empresario, consideran que no resulta necesaria una prohibición expresa de su uso fuera

²⁵ MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*. ob. cit. Pág. 148.

²⁶ MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*. ob. cit. Pág. 148.

de las tareas productivas, pues su uso fraudulento supone quebrantar la buena fe contractual²⁷. Por el contrario, otro sector de la doctrina considera que el ordenador es un medio de comunicación, no sólo para la empresa, sino también para fuera de la misma (clientes, proveedores, familia...). La utilización para fines propios del ordenador debería limitar el acceso del empresario con el fin de proteger el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores²⁸. A mi modo de ver, la opción correcta, por ser más moderada y lógica, sería la segunda, según la cual, el empresario no se debería entrometer en la vida privada del trabajador, aunque no ocurriría lo mismo en aquellos casos en los que los trabajadores sobrepasen los límites de la buena fe contractual o existan indicios razonables de que estos medios se están utilizando con fines en contra de la propia empresa. Si el empresario no quiere que se utilice el ordenador o cualquier otro medio de la empresa para fines propios, este debería regularlo con carácter previo y, por tanto, estableciendo las correspondientes sanciones que, asimismo deberán ser proporcionales a la falta cometida.

Es conveniente destacar que la utilización de los medios de la empresa de forma personal, no se debería considerar prohibido desde el principio, ya que si se realiza de forma racional, sin incumplir sus obligaciones contractuales, y en horas de descanso sin causar desembolsos añadidos, no parece que se vaya en contra del principio de buena fe contractual que nos muestra el ET²⁹.

Son muchas las normas, y los artículos que apoyan a cada una de las vertientes por ejemplo:

²⁷ SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: *¿es privado el Email?*, Boletín del Ilustre Colegio de Graduados Sociales de Madrid, nº 37, 2002, pág. 33.

²⁸ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, ob. cit. pág. 110. Cita a ANTONMATEI, P. H., *NTIC et vie personne au travail*, Droit social, nº 1, 2002, pág. 38.

²⁹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, ob. cit. Pág. 111.

Potestad controladora del empresario	Derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones del trabajador
<p>Art. 33 CE derecho a la propiedad del empresario.</p> <p>Art. 38 CE libertad de empresa (es el que abre la puerta al control del art 20.3 ET)</p> <p>Ambas tienen como fin preservar el interés del empresario.</p> <p>Art. 20.3 ET medidas de vigilancia y control.</p> <p>Art 5 c) deber del trabajador de cumplir con las órdenes del empresario.</p>	<p>Art. 18.1 CE garantía del derecho a la intimidad.</p> <p>Art. 18.3 CE garantía del derecho al secreto de las comunicaciones.</p> <p>Art. 4.2. e) ET en la relación de trabajo los empleados tienen derecho al respeto de su intimidad.</p> <p>Art 18 ET inviolabilidad de la persona del trabajador.</p>
Elaboración propia.	

Aunque de todos los citados, es el art. 20.3 ET el que deja un gran ámbito de actuación empresarial en el momento de establecer las medidas de vigilancia y control pertinentes, y esto lo hace a través de las palabras “que estime más oportunas.” Que en la norma se dispongan estas palabras no quiere decir que no deban cumplirse determinados requisitos, estos se verán más adelante.

Tal y como define MARTINEZ FONS³⁰ el control que el empresario realiza en la relación de trabajo es “un control legalmente reconocido circunscrito a la actividad de verificación en los términos o medios permitidos”, en otras palabras, es un control que nos permite realizar la ley, en virtud del art 20. 3 ET, que consiste en comprobar como el trabajador utiliza los medios de la empresa, esto se hace a través de unas medidas permitidas legalmente, que serán explicadas en el apartado siguiente.

Estos conflictos entre la libertad de empresa y el derecho a la propiedad de empresario y el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores surgen en el momento en que el trabajador utiliza de forma personal el correo electrónico e internet de la empresa, y no exclusivamente para fines laborales³¹.

³⁰ MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, ob. cit. Pág. 25.

³¹ En este sentido: FERNÁNDEZ DIEZ, A. “Límites y garantías del trabajador en el uso del ordenador de la empresa” *Portal Jurídico Lex Nova*, publicado el 25 de enero de 2012.

Hay que destacar que la utilización indebida de los medios informáticos por parte del trabajador en el ámbito de la relación laboral constituye una infracción, en concreto del deber de buena fe contractual³², que el empresario podrá castigar como establezca en el convenio colectivo o acuerdo de empresa.

Por el contrario, para el empresario la infracción se constituye cuando controla el ordenador (propiedad de la empresa, pero que utiliza el trabajador), a través de medios abusivos o sin haber una previa mala conducta del trabajador, con arreglo al art 20.3 ET.

8.2.MÉTODOS DE CONTROL

A la hora de aplicar los métodos de control por parte del empleador es cuando surge el conflicto entre los derechos de los trabajadores y de los empresarios, por lo que deben delimitarse muy bien los aludidos métodos y establecer con ellos unas garantías para no sobrepasar los derechos de una parte y limitar los derechos de la otra. A tal fin, pueden establecerse diferentes medidas y sistemas, siempre y cuando sean respetuosos con los derechos fundamentales, estos sistemas deberán estar orientados a que los datos profesionales o los efectos de la comunicación profesional llevada a cabo alcancen el conocimiento empresarial, sin que pueda darse un acceso directo o cualquier otro tipo de intromisión del empresario u otros mandos de la empresa en la mensajería, datos personales de los trabajadores etc.³³ En este tema, la pregunta obligada sería, ¿es el empleador ajeno a la comunicación que realiza un asalariado desde la empresa con todas las herramientas del empresario?

Hay que destacar que el empresario, no se convierte en tercero o parte del mensaje cuando firma un contrato de trabajo con un empleado, sino que este sigue siendo ajeno a esa comunicación que es posible que realice el trabajador con otras personas. Y por ello, si el empresario entra y visualiza los correos electrónicos de este trabajador (siempre que no sean los enviados o recibidos a través de la web corporativa), está vulnerando su

³² En este sentido: MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, ob. Cit. Pág. 143.

³³ STC 241/2012, de 17 de diciembre. FJ 5.

derecho al secreto de las comunicaciones, ya que no formaba parte de la comunicación³⁴.

En este sentido hay que destacar lo que dicen algunos autores, como ARIAS DOMINGUEZ y RUBIO SÁNCHEZ³⁵, el que debe decidir sobre la instauración de controles a los trabajadores, obligatoriamente debe ser el empresario, de forma directa y no delegada, tal y como establece el art. 20.3 ET, por otro lado, el que realice ese seguimiento sí que puede ser un tercero diferente del empresario.

Dentro de las medidas de control propiamente dichas se pueden destacar las siguientes:

8.2.1. Registros sobre su persona o sus efectos

Este método de control es de los más antiguos³⁶, tal y como establece el artículo 18 ET, “los objetos personales de los trabajadores no pueden ser registrados por la empresa a no ser que sea estrictamente necesario para la protección del patrimonio de la empresa o para la protección del resto de trabajadores”, además, ese registro se tiene que hacer con una serie de garantías, durante la jornada laboral, el empleado deberá estar presente... También señala este precepto que deberá hacerse respetando al máximo la dignidad e intimidad del trabajador.

En relación a lo anterior, hay que decir que si el trabajador se niega a que se lleve a cabo una inspección que se realiza con todas las exigencias y garantías procesales, constituye una infracción que dependiendo de los casos puede dar lugar a un despido disciplinario, u otra sanción pertinente según los códigos de conducta de la empresa. Parece justo que para llegar a que se de esta consecuencia, el registro se tenga que realizar en horas y en el lugar de trabajo, pues en caso contrario la negación del trabajador no puede dar lugar a la máxima sanción empresarial, el despido³⁷.

Con respecto a estas cuestiones, la STS 6128/2007, de 26 de septiembre de 2007 (entre otras), dictaminó que el ordenador es un equipo que el empresario proporciona al

³⁴ En este sentido: ROIG BATALLA A.: *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, ob. cit. pág. 73.

³⁵ ARIAS DOMINGUEZ, A., RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, ob. cit. Pág. 60.

³⁶ ARIAS DOMINGUEZ, A.; RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, ob. cit. Pág. 67.

³⁷ En este sentido: ARIAS DOMINGUEZ, A.; RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, ob. cit. Pág. 72.

empleado para que este realice las funciones pertinentes, y afirma que es lícito que la empresa controle el uso que haga de estos equipos el trabajador.

El Tribunal Supremo añade un importante matiz, que hasta entonces no existía: “lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse (...) 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”. En definitiva, este Tribunal lo que quiere es que las medidas que utilicen las empresas para realizar este control, sean compatibles con el respeto a la dignidad del empleado. Y que los trabajadores sean informados de qué actuaciones pueden ser sancionadas, y que tipo de sanciones impondrán. Por ejemplo, la STS 7514/2007, de 26 de septiembre, entiende que se respeta la dignidad del trabajador cuando se analiza el ordenador o la taquilla del mismo en su presencia, o en la de los representantes de los trabajadores.

Hay que entender que estos registros se realizan tanto para defensa de los intereses de la empresa, de otros trabajadores, como de clientes, proveedores o terceros presentes en la empresa. Dentro de este apartado podemos incluir multitud de sentencias que nos explican qué se ha ido incluyendo como *efectos personales*³⁸: 1) Las bolsas personales que porten los trabajadores, aunque se sospeche que está siendo utilizada para sustraer objetos de la empresa (STSJ Canarias, Las Palmas, 25 de junio de 2000). De esto puede entenderse que en dicho concepto están incluidos todos aquellos bienes con los que entra el trabajador al centro de trabajo. 2) carteras de mano. (STSJ Canarias, Las Palmas, 25 de junio de 2000) 3) bolsos, paquetes, bultos. (STS de 18 de marzo de 1987) 4) los vehículos con los que se entra al centro de trabajo. (STS 11 junio de 1990) 5) ropa de trabajo. (STSJ Aragón, de 11 de octubre de 1999) 6) los sobres cerrados aunque no sean considerados carta de carácter postal. (STS de 18 de marzo de 1987)

8.2.2. Registro de las taquillas de los trabajadores

³⁸ ARIAS DOMINGUEZ, A.; RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, ob. cit. Pág. 77.

Está más relacionado con el uso del ordenador y el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones de lo que creemos, ya que es el precedente sobre el que se ha regulado la materia a tratar³⁹. Las taquillas hacen referencia a los lugares de la empresa que son de uso exclusivo del trabajador⁴⁰, del mismo modo, en la mayoría de empresas, cada trabajador tiene un ordenador propiedad de la empresa, pero que es utilizado únicamente por él mismo.

Por ejemplo, en la STSJ de Cantabria, 321/2004, de 1 de marzo de 2004, se decía que “aunque no sean perfectamente identificables las taquillas y los ordenadores, deben seguirse las prescripciones del art 18 ET en los registros que se realicen en los ordenadores, que utilizan los trabajadores aunque no sean de su propiedad”

Existen multitud de sentencias que nos indican que el concepto de taquilla se ha ido haciendo extenso a lo largo del tiempo e incluye a: 1) los armarios, propiedad de la empresa, con llave y que únicamente disponga de esa llave el trabajador, (STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2000); 2) los cajones de la mesa de trabajo cuando son de utilización exclusiva por el trabajador, (STSJ de Castilla-La Mancha, de 16 de septiembre de 1999).

Las garantías que se establecen en relación al uso de taquillas en el ámbito de la empresa se prolongan en el tiempo, incluso cuando la relación laboral se extingue (STSJ Asturias, de 17 de noviembre de 2000), o cuando el contrato se encuentra suspendido.

8.2.3. *Monitorización central del ordenador y los portátiles propiedad de la empresa*⁴¹

Es un tema tratado por varias sentencias⁴², si bien se aludirá a la STS sala de lo social, de 6 de octubre de 2011, por resultar muy ilustrativa. En una empresa varios de sus

³⁹ En este sentido, ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad* ob. cit. Aunque hay autores que piensan lo contrario, como por ejemplo MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, ob. cit., diciendo que no se pueden asimilar, el uso de las taquillas y el uso de los ordenadores por parte de los trabajadores en la empresa, ni tan siquiera haciendo una interpretación extensa de estos conceptos, mi opinión, es la misma que la de los primeros autores, ya que la regulación legal del control de las taquillas y efectos personales, me parece el inicio de la resolución del problema que hubo cuando no había regulación sobre el control por parte de la empresa del uso del ordenador y el correo electrónico.

⁴⁰ MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*. ob. cit. Pág. 306.

⁴¹ ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, ob. cit. Pág. 140

trabajadores utilizaban el ordenador para chatear, por lo que sus gestores decidieron tomar medidas. Concretamente, la dirección de la empresa decidió monitorizar los ordenadores mediante un *software ad hoc*, para su posterior visualización.

Al observar la monitorización, junto con dos trabajadores de la empresa, la actora y en ausencia del representante de los trabajadores, se verificó que, había estado enviando a terceros diseños de mantelerías propiedad de la empresa, visitó páginas web no relacionadas con las de la empresa, etc.

Respecto a la sentencia, en primer lugar, el juzgado de lo social de Valencia declaró el despido procedente. Entendía que la prueba se obtuvo de forma lícita aunque la trabajadora no sabía que le habían instalado ese *software*. Apunta el juez que la comunicación era implícita porque existían normas en la empresa que prohibían a los trabajadores la utilización de los ordenadores para fines diferentes a los de la empresa. También establece el juez que el sistema que se implantó era poco agresivo y que no perjudicaba la intimidad de la actora porque existían contraseñas que impedían a la dirección de la empresa visualizar sus archivos.

Esto nos obliga a realizarnos una pregunta: si la actora no hubiera tenido contraseña en sus archivos del ordenador, ¿se podría considerar que se ha violado su derecho a la intimidad? La respuesta sería sencilla, se podría haber violado su derecho a la intimidad si la empresa hubiera entrado a visualizar dichos archivos, si no los visualiza, no se consideraría. Y si esos archivos fueran conversaciones con otros trabajadores, con sus familiares o amigos, el derecho afectado sería el derecho al secreto de las comunicaciones, y si el contenido de esos mensajes fuera de carácter íntimo, se considera violado el derecho a la intimidad.

El TS declaró el despido procedente ya que no se lesiona el derecho a la intimidad debido a que la trabajadora implícitamente estaba avisada de que no se podrían utilizar los ordenadores, teléfonos... en definitiva, útiles propiedad de la empresa para fines particulares.

Se considera que no se vulnera el derecho a la intimidad cuando la empresa bien implícita o explícitamente haya avisado a sus trabajadores de la imposibilidad de utilizar

⁴² Entre otras, véanse STS 8876/2011 de 6 de octubre de 2011; STSJ MADRID, 10 DE ABRIL DE 2003; STSJ de Cataluña, de 29 de julio de 2001

los medios de la empresa para fines propios, de esta forma la instalación de programas o *software ad hoc* en los ordenadores portátiles o de sobremesa propiedad de la empresa está amparada por la previa información a sus trabajadores. En sentido similar, CARRIZOSA PRIETO⁴³ considera que “si no existe el derecho a utilizar el ordenador para fines personales, no existe tampoco el derecho a utilizarlo de forma que se respete el derecho a la intimidad o el derecho al secreto en las telecomunicaciones, y ello porque si el uso que se hace es ilícito no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo.” Me parece excesiva dicha afirmación, ya que se desprotege totalmente al trabajador, sobre todo en los casos en los que el trabajador no conoce la norma en la que se impide la utilización de dichas tecnologías, bien es cierto que la ignorancia de la norma no exime de su cumplimiento. En el caso analizado el problema estaría en que a la trabajadora nadie la había avisado de la instalación de ese *software*, pero el tribunal en todo momento quita importancia a esa información, parece que no importa que el aviso sea implícito. Esta instalación, a mi juicio, se hizo sin tener en cuenta ciertas garantías, ya que se realizó después de la jornada laboral, la trabajadora no estaba presente y tampoco tenía conocimiento de ello. Aunque hay que destacar, que el *software* instalado, no permitía acceder a los archivos del ordenador protegidos por contraseña, por lo que si la trabajadora tenía archivos personales dentro de ese ordenador protegidos por contraseña no se vulnerarían derechos como a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, pero también hay que señalar el caso contrario, si la trabajadora hubiera tenido en ese momento documentos y archivos de carácter personal en dicho ordenador, y la dirección de la empresa hubiera observado los mismos, se entenderían vulnerados dichos derechos.

8.2.4. *Instalación de programas espías de seguimiento y grabación automatizada de las páginas web visitadas.*

Sobre la materia existen numerosos casos, así, la STSJ de Castilla y León, de 8 de noviembre de 2004, analizó el caso de un trabajador que durante las horas de trabajo dedicaba mucho tiempo a visitar páginas web de deportes, juegos en línea, descarga de música etc., por lo que la empresa decidió contratar a una segunda empresa para que instalase en el ordenador del trabajador un programa de seguimiento de las actividades

⁴³ CARRIZOSA PRIETO, E. *El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores*, Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, Nº 116, 2012, págs. 251-268.

que este desarrollaba, esto es, un programa espía que registraba y copiaba en el disco duro las entradas en internet y páginas visitadas.

La sentencia señala que estas actuaciones por parte del trabajador suponen trasgresión de la buena fe contractual. Así mismo afirma que en la actuación de la empresa se cumplieron una serie de garantías; se realizó de forma proporcional, la sanción es adecuada en relación al comportamiento del trabajador... lo que conlleva a que el juez desestime la petición del actor y considere la prueba lícita. Además de cumplir con los requisitos anteriormente mencionados, la medida cumple con el objetivo propuesto, es necesaria porque no existe ninguna otra medida más moderada para conseguir este propósito.

Esto es cuestionable, ya que se puede considerar menos gravoso controlar al trabajador a través de un mando superior, haciendo que este controle directamente si los trabajadores utilizan el ordenador para fines particulares: observando, paseando por los alrededores de los medios informáticos...

8.2.5. Contrato con el proveedor de acceso a internet

En estos casos, el empresario realiza un contrato privado con su proveedor de internet para que este envíe estadísticas que enumeren minuciosamente las páginas que visitan cada uno de sus trabajadores.

En este sentido no se violaría el derecho a la intimidad o el derecho al secreto de las comunicaciones porque no se ve el contenido del mensaje o el contenido de la página web, sino que lo que se ve es que el trabajador se encuentra en la página web o servidor de envío y recepción de correos electrónicos y también se puede observar la hora, pero como se ha dicho, no el contenido.

8.2.6. Imposición de filtros

Se trata de filtros similares, pero bastante más elaborados, que los que utilizan las familias para proteger a sus hijos en el ámbito de internet e impedir que estos accedan a determinadas páginas web. Es considerado como un mecanismo muy poco invasivo desde la perspectiva de los derechos estudiados, puesto que se impide el acceso a determinados dominios, que serán elegidos por el empresario.

Se trata de un método de control que aporta grandes ventajas como por ejemplo, que es muy poco invasivo, aunque también tiene inconvenientes, ya que es muy probable que no funcione para empresas en las que los trabajadores sean informáticos o tengan conocimientos muy elevados de esta materia, pues seguramente conozcan la forma de evitar estos filtros, y si se quiere poner filtros en los que sea muy difícil encontrar la forma de omitirlos, su coste sería demasiado elevado.

8.2.7. *Visualizar el historial de los ordenadores*

Una de las formas más sencillas, pero menos fiables, consistiría en visualizar el historial del ordenador de cada trabajador, donde se pueden observar las páginas visitadas por el mismo, a qué hora, cuánto tiempo está en ellas⁴⁴. Y se considera uno de los elementos menos fiables, ya que es muy fácil eliminar los datos de búsqueda del historial, incluso abrir una pestaña en *modo incógnito*, en las que no aparece su contenido en el historial del ordenador.

8.2.8. *Control directo sobre los archivos denominados cookies.*

Estos archivos almacenan datos de las páginas web visitadas, debe ser relevante para la empresa y debe durar rigurosamente el tiempo imprescindible para el fin que se busca⁴⁵. Según ROIG BATALLA⁴⁶ “este tipo de controles debe admitirse de manera muy restrictiva: no solo los supuestos deben justificarlo, y no debe haber otra medida menos gravosa que permita obtener los mismos resultados; además, la duración de este control no puede ser indefinida, o incluso alargarse en el tiempo. Por último, el control se encuentra también acotado a una finalidad. Si esta última decae o cambia, deberá replantearse también el control a utilizar” y podríamos utilizar cualquiera de los anteriores.

Como conclusión para finalizar este apartado, se considera que el control de las páginas que el trabajador visita en su ordenador de trabajo debería estar limitado únicamente en supuestos muy graves como, por ejemplo, cuando se sospeche que se estén cometiendo

⁴⁴ En sentido similar ROIG BATALLA, A., *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, ob. cit. pág. 66.

⁴⁵ ROIG BATALLA, A., *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, ob. cit. pág. 70.

⁴⁶ ROIG BATALLA, A., *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, ob. cit. 70.

delitos. Ahora bien, no bastará con una mera sospecha, sino que debería fundamentarse en datos objetivos.

Antes de entrar en el grueso de las garantías, se estima apropiado, indicar que la utilización para otros fines distintos de los acreditados, de la información obtenida por la empresa, por cualquiera de los medios anteriormente mencionados, debe ser considerado ilícito, desvelen o no la intimidad del trabajador⁴⁷.

8.3.GARANTÍAS

El empresario puede adoptar medidas para controlar el desarrollo de la actividad productiva, tal y como contempla el artículo 20.3 ET. Ahora bien, la jurisprudencia considera que la citada actividad se deberá desarrollar de acuerdo a una serie de requisitos, que son⁴⁸: que el empresario actúe conforme a un *fin legítimo*; de acuerdo a la legalidad; con necesidad; con idoneidad; con proporcionalidad; y con razonabilidad.

Estas garantías deberán tenerse en cuenta y evaluarse para cada caso concreto. Es el juzgador el que debe realizar en juicio una valoración de las mismas evaluando cada caso individualmente⁴⁹. Nos es imposible evaluar varias sentencias para explicar el contenido de cada una de las garantías mencionadas, por lo tanto, en primer lugar se explicará en sentido general el contenido de la garantía para posteriormente explicarlo en relación a la sentencia más reciente en este ámbito del Tribunal Constitucional que es la STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013.

8.3.1. Fin legítimo

Podríamos definir este principio como, el motivo por el cual se actúa de una determinada manera. Esta forma de actuación debe ser conforme a la ley. El fin legítimo se corresponde con el control empresarial destinado a verificar que la actividad se desarrolle conforme al contrato de trabajo tal y como prevé el art. 20.3 del ET que, a su vez, deriva de la libertad de empresa del artículo 38 CE.

⁴⁷ En el mismo sentido: MARTÍNEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*, ob. cit. Pág. 123.

⁴⁸ STS 6128/2007, de 26 de septiembre de 2007 y STC 170/2013 de 7 de octubre de 2013 FJ 5.

⁴⁹ En este sentido: GALÁN JUÁREZ, M. *Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2005. pág. 157.

8.3.2. *Legalidad*

Es imprescindible para poder controlar el uso que hacen los trabajadores de las TIC, que exista una norma que regule la utilización que pueden hacer los trabajadores de estos medios, las sanciones en caso de incumplimiento etc. Puede estar establecido por ejemplo, en convenio colectivo, acuerdo de empresa o similar.

Como bien sabemos, las herramientas de la comunicación e información tienen un uso cada vez más generalizado. Casi la totalidad de las familias poseen un ordenador, Tablet o teléfono inteligente con acceso a internet lo que permite el uso de las redes sociales, el envío y recepción de correos electrónicos, la lectura de diarios digitales etc. El hábito de la utilización de las citadas herramientas para fines lúdicos, en ocasiones, se ha trasladado a los centros de trabajo. Es por ello por lo que las empresas quieren realizar un control para que en el tiempo de trabajo del empleado no se consulten páginas, o envíen correos, que puedan llevar a una distracción por parte del trabajador de las labores que este debe realizar.

Debido a la falta de regulación legal, son cada vez más las empresas que tienden a regular el uso de las TIC en los convenios colectivos. En España la citada tendencia fue iniciada por el Convenio Colectivo de Telefónica para los años 2000-2002. Concretamente en su artículo 12 estableció que los empleados podían utilizar, el email, internet, etc., propiedad de la empresa, pero solamente para la realización de su trabajo, y excluía el uso personal de estos medios⁵⁰. Ahora bien, no se especificaron las posibles sanciones si se incumplía. La delimitación de la utilización de manera inadecuada de internet en la empresa, proporciona seguridad, y no sólo a los trabajadores, también a la empresa que es la que impone las sanciones, y si lo regula podrá poner siempre las mismas sanciones, para las mismas actuaciones, que es tal y como se debe hacer.

En la actualidad, los convenios que regulan estas situaciones, son más modernos, debido a las nuevas tecnologías que van apareciendo, y además de prohibir determinadas actuaciones, citan el tipo de sanciones que pueden conllevar. Por ejemplo el Convenio colectivo de la empresa Grupo 20 Minutos, S.L.⁵¹ en su art. 66, establece las posibles

⁵⁰ ROIG BATALLA, A. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, ob. cit. pág. 118.

⁵¹ Resolución de 9 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Grupo 20 Minutos, SL (antes, Multiprensa y Más, SL). BOE 23 de abril de 2014.

sanciones por el mal uso de las TIC, donde se considera como falta grave “utilizar de forma abusiva el correo electrónico o el acceso a Internet para fines particulares o ajenos a la prestación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo correspondiente a «Uso de Internet»”.

En consecuencia, cada vez son más las empresas que están permitiendo el uso generalizado de las TIC en la empresa, pero no existe una regulación legal específica, y se deja todo al amparo de lo que puedan establecer las empresas y los representantes de los trabajadores en la negociación colectiva, aunque cada vez hay más convenios sectoriales con regulaciones de este tipo.

Por todo ello sería conveniente realizar por parte de los gobiernos algún tipo de disposición legal en esta materia.

En 2007, ya se estableció una ley, la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, con el objetivo de cubrir los vacíos legales existentes y potenciar los derechos del ciudadano a la información⁵², pero esta ley no resuelve muchos de los problemas planteados en el ámbito de las relaciones laborales, se ciñe a resolver cómo deben utilizar las empresas internet, y como anunciarse, pero no cómo pueden utilizarlo los trabajadores de esas empresas.

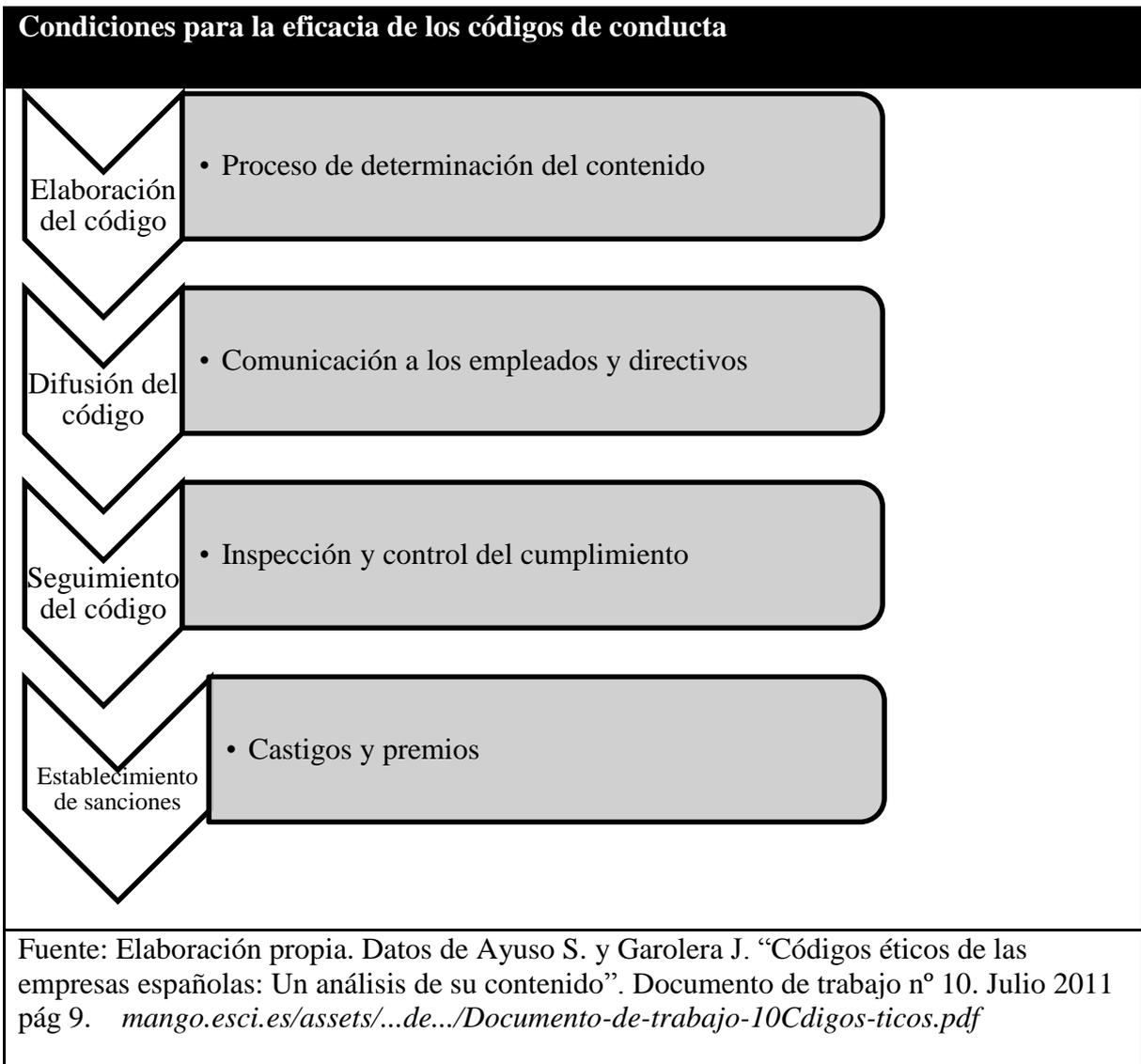
Con anterioridad a esa ley, en noviembre del año 2000⁵³, el Senado aprobó una moción para que el Gobierno, adoptase medidas, con el objetivo de apreciar el correo electrónico e internet como medios de trabajo de los empleados, siempre que fuera posible por las características de la empresa y garantizándose también el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores. Pero esa ley nunca llegó.

Por lo tanto, y debido a la falta de regulación por los gobiernos, es muy aconsejable que cada empresa tenga aprobado un código de conducta, un convenio, o un acuerdo. En el mismo se deberán establecer con claridad las actuaciones que se permiten en este ámbito empresarial y las que no, para que así no haya dudas acerca de qué cuestiones pueden ser sancionables y cuáles no.

⁵² GUÍA LEGAL, INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN: *utilización de las tecnologías de la información en el ámbito laboral*, “<https://www.incibe.es/file/0ZOMQiNZABx-8qvaUIEaug>” pág. 3.

⁵³ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, VII Legislatura, núm. 23. “<http://www.senado.es/legis7/publicaciones/pdf/senado/ds/PS0023.PDF>”

Asimismo, es recomendable que en estos códigos, además de regular qué es aceptable por la empresa y qué no, se establecieran las sanciones con una escala de gravedad y qué castigos se deberían imponer, ya que esto es una gran medida de seguridad jurídica tanto para el trabajador que sabe qué puede y qué no puede hacer, (el valorará si lo cumple o no sabiendo ya las consecuencias que tiene), como para el empresario que sabe en todo momento qué sanción deberá poner en cada caso.



Así los convenios colectivos deberían admitir que hay una realidad, que ya viene existiendo años atrás, que es la tecnología, que carece por el momento de regulación legal, y que se debe regular en el ámbito de la empresa, o del sector. Debería por lo

tanto, regularse de forma completa y con todo lujo de detalles, para evitar posibles controversias con los trabajadores en un futuro⁵⁴.

Como se ha podido observar, no hay un hábito o costumbre de regular estos problemas en la negociación colectiva, se entiende que todo sería mucho más sencillo si se regulasen y estableciesen unas pautas de qué es lícito y qué no, incluyendo las posibles sanciones debido al uso ilícito de las TIC.

Se debería intentar cambiar este hábito de las empresas e intentar que ellas mismas regulasen estos problemas, que ya no son tan nuevos, y esto se podría hacer a través del fomento de asociaciones patronales o sindicatos, y a través de guías técnicas que podrían elaborar estos mismos.

La no regulación de estos temas, en muchos casos lleva a las empresas y a los trabajadores a juicio, las consecuencias son más gravosas de lo que podía ser la sanción si estuviera correctamente regulado, no solo por incrementar o disminuir esa sanción, sino por todos los costes que se derivan de la asistencia a juicio.

Existen autores que nos proporcionan una serie de pautas para poder regular esta materia en los convenios colectivos, las pautas más comunes son las siguientes:

Si se reconoce el acceso privado

- Identificación de las comunicaciones legítimas.⁵⁵
- Límites del acceso privado, hasta dónde tendrían los trabajadores privacidad.⁵⁶
- Establecer los mecanismos de solución de problemas.⁵⁷
- Sanciones para un uso inapropiado, impropio o excesivo.⁵⁸
- Es imprescindible que estos protocolos se actualicen periódicamente, debido a la rápida evolución de las tecnologías, por ejemplo, protocolos realizados en el año 2000 ya no servirían de nada ya que han surgido nuevas formas de comunicación electrónica, ya no existe únicamente el correo.⁵⁹

⁵⁴ ROIG BATALLA, A. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, ob. cit. pág. 271.

⁵⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *Las nuevas tecnologías en la empresa*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006. Págs. 60-61

⁵⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *Las nuevas tecnologías en la empresa*. ob. cit. Págs. 60-61

⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *Las nuevas tecnologías en la empresa*. ob. cit. Págs. 60-61

⁵⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *Las nuevas tecnologías en la empresa*. ob. cit. Págs. 60-61

⁵⁹ ROIG BATALLA, A. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*. ob. cit. pág. 274.

- Podría permitirse el uso personal del correo electrónico e internet, en horas de descanso, siempre y cuando se establecieran unos límites, aparte de los legales (buena fe, licitud de las páginas visitadas, que no tengan contenido racista, sexista, violento, acoso...), se podría establecer también un límite numérico en el envío de emails.⁶⁰

*Si no se reconoce el acceso privado*⁶¹

- Debe estar prohibido expresamente.
- Debe delimitarse el acceso prohibido.
- Es recomendable que se establezcan pautas para el acceso urgente.
- Establecer qué mecanismos de control serán utilizados
- Responsabilidades y sanciones.

Hay que tener en cuenta que este principio de legalidad está muy relacionado con el principio de proporcionalidad del que hablaremos posteriormente, y hay que destacar que “el principio de proporcionalidad, en su totalidad, no contribuye tanto a determinar la existencia de un incumplimiento laboral, tarea en la que operara con rigor el principio de legalidad⁶²”.

Es decir, es el principio de legalidad es el que se encarga de verificar si ha habido incumplimiento laboral.

Por otro lado, son muchas las posibles sanciones que se pueden implantar en este ámbito, unas derivadas de lo establecido en los convenios colectivos, de lo establecido en las leyes, o lo que establezcan los empresarios siendo en muchos casos, revisadas posteriormente por los jueces y magistrados.

Es muy recomendable que sean los convenios colectivos, o códigos de conducta los que establezcan estas sanciones, que las establezcan según la infracción cometida, y que se basen en el principio de igualdad, (para la misma infracción, idéntica sanción).

Lo más común entre los tipos de sanciones es que se establezca una escala y se ponderen según sean: *leves, graves o muy graves*. Y en todo caso deberán proteger la

⁶⁰ ROIG BATALLA, A. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, ob. cit. pág. 274.

⁶¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *Las nuevas tecnologías en la empresa*, ob. cit. Pág. 61.

⁶² TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. pág. 105.

intimidad, la dignidad, el secreto de las comunicaciones de los trabajadores, en definitiva, se trata de que se protejan los derechos fundamentales de los empleados.

La consideración de falta como leve, grave o muy grave deberá realizarse por la empresa y los representantes de los trabajadores a través de la negociación colectiva, códigos de conducta o similar, esto proporciona seguridad jurídica a ambas partes.

8.3.3. *Idoneidad o adecuación*

En estos casos, es la doctrina constitucional la que viene estableciendo lo siguiente: «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. 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)»⁶³.

Es muy importante tener en cuenta, que todos los elementos de este principio deben aprobar, es decir, solo con que uno de ellos sea rechazado por ser contrario a derecho, caerían todos y este principio, por lo tanto, no estaría considerado apto.

Es decir, este es uno de los subprincipios del test de proporcionalidad que se identifica con que la medida que restringe el derecho sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto. Según MAGDALENO ALEGRÍA⁶⁴ “la restricción del derecho fundamental que se trate debe ser apropiada para lograr el fin que justifica la limitación del derecho.” En definitiva, lo que hace este principio es verificar que la medida concreta realizada por el empresario sea apta potencialmente para conseguir el objetivo que se propone. En el caso de la STC 170/2013, la medida adoptada por la empresa consistió en llevar el ordenador que utilizaba el trabajador, pero propiedad de la empresa, a una notaría. Contratar a un notario y a un técnico, con el objetivo de que el notario diese fe de todo

⁶³ STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 6.

⁶⁴ MAGDALENO ALEGRÍA, A.: *Los límites a las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Consejo de los Diputados, Madrid, 2006. Pág. 266.

lo que realizaba el técnico, y este último debía identificar el disco duro y realizar una copia del mismo, sin que se modificase nada, para verificar qué es lo que había estado haciendo el trabajador, teniendo ya la empresa indicios de su conducta contraria a la buena fe contractual. Se consideró que el test de idoneidad se había cumplido, ya que la medida que realizó el empresario, consiguió el objetivo propuesto, que era verificar que el trabajador había sobrepasado la buena fe contractual puesto que envió correos electrónicos a empresas de la competencia, proporcionando datos que no debían salir de la compañía. Hay que tener en cuenta, lo que establecen varios autores⁶⁵, en esencia, los tribunales no van a exigir, la total eficacia de dicha medida ya que, de este modo, sería muy difícil cumplir con este principio.

8.3.4. Necesidad

El test de necesidad es el segundo escalón que forma parte del principio de proporcionalidad, implica demostrar que no exista ninguna medida menos restrictiva para el derecho que sea apta para conseguir con la misma eficacia el fin que se persigue o fundamenta la restricción. Que la medida sea necesaria, no solamente justificará su adopción, sino que determinará la extensión de la medida, por lo que no podrá admitirse un registro general sobre todos los efectos y lugares reservados del trabajador⁶⁶.

La doctrina ha propuesto que sea el TC el que solicite a cada una de las partes las pruebas necesarias para poder confirmar o refutar la existencia de otras alternativas a la medida propuesta por la empresa⁶⁷. La comprobación de la necesidad de la medida se deberá realizar a los efectos del caso concreto. En caso de que exista un medio menos gravoso, la medida que se está evaluando deberá ser rechazada, por lo tanto el legislador deberá desestimar esta medida cuando resulte evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador⁶⁸.

⁶⁵ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, ob. cit. pág. 22; cita también a autores como: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y KELSEN, H.

⁶⁶ MARTÍNEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*, ob. cit. Pág. 341.

⁶⁷ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, ob. cit. pág. 25.

⁶⁸ MAGDALENO ALEGRÍA, A., *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, ob. cit. Pág. 267.

Por otro lado, “el elemento de necesidad se caracteriza por guiar al aplicador del Derecho en la búsqueda de los medios más apropiados para lograr sus fines⁶⁹”. Como establece ROIG BATALLA⁷⁰ “deben preferirse los controles indirectos sobre la navegación, puesto que en muchos casos serán suficientes para satisfacer el interés empresarial”. Por lo tanto, si existe una forma menos gravosa para realizar este control y no se hace por ella, se estaría vulnerando el principio de necesidad.

8.3.5. *Proporcionalidad en sentido estricto*

Es el último de los requisitos del test de proporcionalidad, que consiste en el examen de la existencia de una relación razonable o proporcionada entre los medios utilizados y el fin perseguido⁷¹. Para determinar si la sanción supera el examen de proporcionalidad hay que evaluar si la medida es equilibrada, esto es, si se derivan de ella rendimientos positivos para el interés de la empresa o si no se derivan estos rendimientos positivos. Según esto, la medida sancionadora, deberá examinarse para verificar que es proporcionada para el fin que se persigue⁷².

En la sentencia a comentar está claro que se derivaron elementos positivos, ya que se verificó la sospecha de la empresa, y se pudo observar que el trabajador envió correos a una empresa de la competencia.

Como establece, TERRADILLOS ORMAETXEA⁷³, este principio consta de tres factores, la infracción cometida (en la sentencia a comentar sería la utilización del correo electrónico para fines personales, y el envío a una empresa de la competencia la cosecha de un año en concreto), la sanción impuesta (en este caso el despido) y el objetivo político-normativo, que deberán ser ponderados por los tribunales. Es decir, de lo que se encarga el principio de proporcionalidad es de ver si la “medida adoptada, justificadamente o no limita la esfera de otro derecho⁷⁴”.

⁶⁹ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, ob. cit. pág. 26.

⁷⁰ ROIG BATALLA, A. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, ob. cit. pág. 68-70

⁷¹ MAGDALENO ALEGRÍA, A., *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, ob. cit. Pág. 268.

⁷² En este sentido, TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, ob. cit. Pág. 28.

⁷³ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, ob. cit. Pág. 20.

⁷⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, ob. cit. pág. 97.

8.3.6. Otras garantías

Todas las garantías anteriormente mencionadas son las más importantes, ello no obsta para que deban concretarse otras, estas últimas de más fácil cumplimiento para el empresario, y no tan costosas como las primeras. Del mismo modo, se deberán tener en cuenta los criterios siguientes:

¿El trabajador debe prestar algún tipo de consentimiento para que se recojan sus datos personales?

Con carácter general, se exige que exista consentimiento del afectado, tal y como dispone el art 6.1 LOPDCP, en cambio, en la relación empresa-trabajador esto no es exigible de acuerdo al art 6.2 LOPDCP, según el cual, el consentimiento del afectado no será imprescindible en los supuestos en que esos datos sean necesarios para el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo.

En relación a los datos denominados sensibles, como son, datos relativos a la ideología, pensamiento, religión, creencias, afiliación sindical de los trabajadores, sólo podrán ser recogidos si media consentimiento expreso del trabajador⁷⁵.

ARIAS DOMINGUEZ y RUBIO SANCHEZ⁷⁶, nos advierten sobre el riesgo de la prestación del consentimiento tácito en relación al art. 3.5 ET sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales por parte de los trabajadores, y debe entenderse por tanto, nulo cualquier pacto entre el trabajador y el empresario para que este último revise las pertenencias del trabajador en la empresa, y apuntan también que solo podrá considerarse que está permitido este consentimiento expreso por parte del trabajador, en los supuestos de empresas que trabajen con productos peligrosos, tóxicos, nocivos...

También hay que tener en cuenta el consentimiento que ha sido prestado de forma irregular o abusiva que “no debe considerarse eficaz, pues en esta materia la consideración de una medida como contraria al derecho fundamental a la intimidad no puede estar condicionada por la consecución del objetivo perseguido a través de la incorporación de la correspondiente medida de control⁷⁷”.

⁷⁵ Art 7.1 LOPDCP

⁷⁶ En el mismo sentido ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. ob. cit. Pág. 73.

⁷⁷ En el mismo sentido ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. ob. cit. Pág. 73.

¿El hecho de que el trabajador conozca la política empresarial de control de las TIC supone su autorización para proceder a la revelación de su contenido?

Tal y como comenta ROIG BATALLA⁷⁸, podemos interpretar que un trabajador cuando sabe que existen controles en la empresa, bien porque se haya regulado en convenio colectivo, esté dispuesto en el tablón de anuncios de la empresa, o se haya comunicado en persona, y aun sabiéndolo, sigue utilizando el correo electrónico para fines personales parece que esté autorizando esa inspección, por lo tanto, debemos conocer que “el consentimiento del trabajador constituye un requisito necesario pero no suficiente para proceder a la fiscalización del contenido de los correos electrónicos laborales⁷⁹” en este caso, lo que se quiere decir es que, aunque el trabajador de su consentimiento, esa inspección o fiscalización deberá cumplir los requisitos anteriormente mencionados, tales como: legalidad, proporcionalidad...

Por lo tanto la mera sospecha o los indicios por parte del empresario de que alguno de sus trabajadores está realizando actos irregulares, que afecten a su propiedad no es causa válida y suficiente para comenzar un registro.

Es cierto que, en el derecho y/o deber de información de los trabajadores en el ámbito del trabajo, el empresario debe garantizar que la obtención o acumulación de estos datos de carácter personal, sea de la forma más transparente posible, y de ese modo, se asegurará la tutela de este derecho de sus afectados⁸⁰.

¿Dónde se debe realizar el registro?

El registro se deberá realizar dentro del centro de trabajo, se considera centro de trabajo al conjunto de propiedades de la empresa, incluido el aparcamiento, los almacenes, jardines y servicios comunes como pueden ser las calles y plazas interiores⁸¹; en definitiva todo lo que se identifica como propiedad de la empresa.

Por lo tanto, es en uno de esos lugares, donde debe realizarse el control de los medios de trabajo del empleado respetando siempre el resto de garantías.

⁷⁸ ROIG BATALLA, A. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, ob. cit. pág. 80-81.

⁷⁹ MARTÍNEZ FONS, D. *El control de la correspondencia electrónica personal en el lugar de trabajo*, 2003, citado por ROIG BATALLA, A. en *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, ob. cit. pág. 81.

⁸⁰ MARTÍNEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*, ob. cit. Pág. 220.

⁸¹ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. ob. cit. Pág. 80.

¿Cuándo se deben realizar estos registros?

Los registros deben realizarse en horas de trabajo, es decir, dentro de la jornada laboral siempre que sea posible. En este ámbito es necesario tener en cuenta al propio trabajador ya que es muy probable que no todos los empleados de una empresa tengan el mismo horario, por ejemplo, las empresas en las que se trabaja en varios turnos.

Explican ARIAS DOMINGUEZ y RUBIO SÁNCHEZ⁸², que lo que se quiere asegurar es que la jornada del trabajador no se alargue debido a este tipo de registros.

¿Quién debe participar en los registros?

La participación de los representantes de los trabajadores sería una exigencia legal del art 18 ET, aunque tal y como dice ROIG BATALLA⁸³; para el Tribunal Constitucional, no es una exigencia imprescindible la participación de los representantes de los trabajadores para resolver cuestiones sobre derechos fundamentales, precisamente en la STC 186/2000, de 10 de julio de 2000, se afirma que la inexistencia del informe previo de los representantes de los trabajadores respecto de los mecanismos de control es una simple cuestión de legalidad ordinaria.

Se considera, al igual que ARIAS DOMINGUEZ y RUBIO SÁNCHEZ⁸⁴ que es importante que exista al menos, un trabajador o representante de los trabajadores presente para que así “se puedan acreditar las circunstancias concretas que tras el mismo se revelan”.

Respecto al trabajador o representante de los trabajadores presente en el registro, se considera, al igual que los autores anteriores, que su actitud no debe de ser pasiva, sino que puede intervenir y aconsejar al trabajador que puede negarse en determinados casos, y también puede aconsejar al empresario respecto a alguna de sus prácticas cuando estas rocen el borde de la ilegalidad.

⁸² ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. ob. cit. Pág. 81.

⁸³ ROIG BATALLA, A. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*. ob. cit. págs. 81-82.

⁸⁴ ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. ob. cit. Pág. 83.

Se considera que sería muy correcto que en la negociación colectiva o en los acuerdos de empresa se establezcan los mecanismos de realización de estos registros, así será más fácil su realización, tanto para la empresa, como para los trabajadores.

¿Existe alguna garantía en relación a la seguridad de la información personal obtenida por el empresario?

El empresario debe garantizar que los datos de carácter personal de los trabajadores no sean tratados con unos fines diferentes a los que se propusieron, asimismo debe asegurar que estos datos no se proporcionen a terceros sin el consentimiento preciso (art. 11.2 LOPDCP).

Tanto el empresario, como cualquier otra persona que pueda tener acceso a esos datos personales, tendrán el deber de secreto (art 10 LOPDCP). Además el responsable del fichero creado por la empresa que contenga cualquier tipo de datos personales deberá adoptar las medidas necesarias para que se garantice la seguridad de esos datos (art 9 LOPDCP).

¿Se debe informar sobre el registro a uno de los trabajadores al resto de la plantilla?

Tal y como establecen ARIAS DOMINGUEZ y RUBIO SÁNCHEZ⁸⁵, los registros en la persona del trabajador se deberán practicar con la mayor prudencia posible, sin publicidad al resto de trabajadores de la empresa, por lo que se aconseja que se realice “en el momento en el que haya menos concurrencia de personal en el centro de trabajo: horas de descanso, al comienzo o al final de la jornada”. Hay que decir que la discreción de la que se ha hablado abarca tanto al empresario, como a los representantes de los trabajadores presentes (deber de sigilo art. 65 ET), y al propio trabajador afectado.

¿Cómo deberán ser las decisiones que tome el empresario?

El empresario tiene que tener en cuenta a la hora de realizar los registros, el deber de buena fe, según el cual, él mismo se deberá ver obligado a adaptar su libertad de decisión a los derechos fundamentales del trabajador; en definitiva el empresario no podrá tomar decisiones abusivas que perjudiquen a sus empleados⁸⁶.

⁸⁵ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. ob. cit. Pág. 79.

⁸⁶ROQUETA BUJ, R. *El derecho a la intimidad de los trabajadores en el ámbito de la empresa*, ob. cit. Pág. 5.

9. REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y USO DE LAS TIC

La finalidad por la que la dirección de la empresa proporciona a los representantes de los trabajadores estos instrumentos de información y comunicación, puede ser por un lado, en virtud de la interpretación extensiva del art 81 ET y del art 8.2 LOLS, en ellos se establece que la empresa deberá poner a disposición de los representantes de los trabajadores, es decir, comité de empresa o delegados de personal, los medios necesarios para la realización de las funciones correspondientes. Estos medios se establece que son: tablón de anuncios, un local adecuado y los que se estimen oportunos, siempre y cuando las características de la empresa lo permitan. Aunque la empresa no tiene obligación de proporcionar un ordenador con acceso a internet, lo suele hacer.

La sentencia más reciente en este ámbito sería la STC 281/2005, de 7 de noviembre, que establece que se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, ya que la dirección de la empresa prohibió el uso del correo electrónico para estos fines después de que un sindicato colapsase el servidor a razón del envío masivo de correos electrónicos tanto a sus afiliados, como al resto de trabajadores de la empresa, el TC establece que no es su función realizar una interpretación de lo establecido en las normas, pero visto que la norma (art 8.2. LOLS) permite y requiere una interpretación, se realiza una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios del artículo mencionado anteriormente, que pasaría a considerarse como un tablón virtual.

Otra de las finalidades por las que la empresa puede proporcionar estos medios, es para que se facilite el cumplimiento de los representantes de los trabajadores, de comunicarse con la empresa, y con el resto de trabajadores⁸⁷.

Respecto a las garantías de las comunicaciones de los representantes de los trabajadores, estas deberán ser especiales, por razones obvias, ya que de otra forma se estaría violando además del derecho al secreto de las comunicaciones o el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad de sindicación (art 28.1 CE), o el derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE).

⁸⁷ MARTÍNEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. ob. cit. Pág. 150.

Hay autores, que nos proporcionan una serie de pautas para negociar el acceso a la intranet, internet y correo electrónico de la empresa por los representantes de los trabajadores, por ejemplo:

Negociación del acceso al correo electrónico por los representantes de los trabajadores

- Reconocimiento del derecho en la negociación colectiva de la empresa.
- Identificar a los titulares del derecho.
- Reconocer las comunicaciones legítimas.
- Límites del acceso.
- Establecer los mecanismos de solución de problemas.
- Sanciones para un uso inapropiado, impropio o excesivo.

Fuente: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Las nuevas tecnologías en la empresa*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006. Pág. 58.

10.CONCLUSIONES

Primera. La regulación constitucional y el desarrollo legislativo de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones resultan insuficientes para atender a los conflictos que implica el uso de las TIC en los centros de trabajo.

Segunda. A los efectos de aportar elementos de seguridad jurídica, resulta conveniente la aprobación de una norma general que regule específicamente el uso de las TIC en los centros de trabajo. La referida norma debería comprender supuestos como el uso correo electrónico, la navegación por la red, desarrollar criterios para la resolución de conflictos, etc.

Tercera. La regulación legislativa sobre el uso de las TIC en los centros de trabajo deberá ser establecida con la suficiente amplitud al objeto de permitir que los convenios colectivos de las empresas la desarrollen y, en consecuencia, la adopten a sus necesidades concretas. En este sentido, se debe recordar que los convenios colectivos son fuente del derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuarta. Constituye un elemento esencial para determinar la sanción de los trabajadores por el uso fraudulento de las TIC en los centros de trabajo que el empresario previamente informe a los trabajadores de las condiciones del uso de las TIC en la empresa, así como de las posibles sanciones en cada caso. Si esta información no existe, el trabajador carece de los parámetros objetivos para adecuar su comportamiento a la norma. Además, la tipificación de las sanciones se deberá realizar e informar a la plantilla con antelación al castigo de la acción. En caso contrario, no procederá la sanción, es decir, resulta indispensable que los trabajadores estén informados de las actuaciones incorrectas y sanciones antes de ser sancionados tras el preceptivo expediente contradictorio.

Quinta. En los casos en los que las empresas permiten la utilización personal de las TIC, todas las comunicaciones (excepto las del correo corporativo) deberían estar protegidas, es decir, el empresario no podrá intervenir el contenido de las mismas, ya que estarían protegidas por el art. 18.3 CE y serían inviolables.

Sexta. El simple conocimiento por parte del trabajador de la posibilidad de que la empresa intervenga sus comunicaciones no equivale a la prestación de su consentimiento a efectos de su intervención. Esto es debido a la imposibilidad por parte de los trabajadores de renunciar a sus derechos. Y aquí surge un conflicto, entre el poder de control empresarial y los derechos de los trabajadores, por tanto, lo que se viene haciendo es dejar que el empresario tome las medidas de vigilancia y control que estime necesarias, pero con unos límites y, además, imponiendo ciertas garantías a los trabajadores.

Séptima. En relación a los archivos que se envían adjuntos en un correo electrónico, se considera que forman parte del contenido del mensaje y, por lo tanto, están protegidos por el secreto de las comunicaciones, impidiendo que cualquier tercero (empresario, otro trabajador, etc) los intercepte.

Octava. Respecto a los métodos de control anteriormente mencionados, para considerar cuál de ellos es el mejor, se tendrían que tener en cuenta la estructura, el sector y el tipo de empresa, y por supuesto, la formación que tengan los trabajadores en materia informática, ya que en una empresa en la que los trabajadores estén formados con un nivel elevado en materia informático técnica, es muy fácil que ellos mismos sean capaces de bloquear el sistema de seguridad implantado y puedan realizar un uso de las

TIC ilimitado. Por lo tanto, no se puede considerar uno peor que otro, sin tener en cuenta las necesidades de la empresa.

Novena. Se considera que el empresario no se debería entrometer en la vida privada del trabajador. Si el empresario no quiere que se utilice el ordenador o cualquier otro medio de la empresa para fines propios, este debería regularlo con carácter previo y, por tanto, establecer las correspondientes sanciones que, asimismo deberán ser proporcionales a la falta cometida.

Décima. Se considera, en el mismo sentido que el TEDH, que el trabajador debe estar informado explícitamente de la eventual intervención de sus comunicaciones por parte del empresario. De esta forma los trabajadores tendrían la oportunidad de adecuar su comportamiento a las instrucciones expresas del empleador sobre el uso de los medios tecnológicos.

Undécima. La jurisprudencia actual en relación al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, gira en torno al concepto *expectativa razonable de privacidad*. Se entiende que no existe expectativa razonable de privacidad en los siguientes casos: 1) cuando el ordenador que utiliza el trabajador puede ser usado simultáneamente por el resto de trabajadores de la empresa (STC 241/2012). En otras palabras, el trabajador sólo tendrá la citada expectativa cuando el ordenador que utilice sea usado únicamente por él mismo. 2) Cuando la empresa haya prohibido la utilización de las TIC para usos extralaborales, se entiende que el trabajador no tiene ninguna expectativa de que puedan observarse los correos electrónicos o páginas web que este ha visitado (STC 170/2013).

Duodécima. Según se desprende de la jurisprudencia del TC, para considerar que un trabajador está protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, estas deberán haber sido realizadas a través de un canal cerrado de comunicación.

Decimotercera. La STC 241/2012 establece conclusiones censurables como, por ejemplo, que el uso del ordenador por todos los empleados haga que el secreto de las comunicaciones no tenga cobertura constitucional y descarte la expectativa de privacidad o confidencialidad. Considero más acertado el voto particular a la citada sentencia formulado por el Magistrado Valdés Dal-Ré, que considera que la empresa intervino en el secreto de las comunicaciones puesto que sin autorización de las trabajadoras y sin autorización judicial no cabe su interceptación por el empresario.

Decimocuarta. Debido a la jurisprudencia inestable en este ámbito, es difícil determinar cuándo el control empresarial de las comunicaciones de sus trabajadores se considera lícito. Actualmente se considera el control lícito en los siguientes casos:

- El control empresarial del correo corporativo siempre es lícito ya que este es propiedad de la empresa.
 - En los supuestos de inexistencia de expectativa razonable de privacidad, el control llevado a cabo por el empresario igualmente sería lícito.
 - Así mismo, se considerará lícito el control que realice la empresa cuando esta ha prohibido de manera expresa la utilización de las TIC, siempre y cuando previamente haya informado al trabajador. El empresario tendrá la facultad de vigilar y controlar al trabajador aun cuando suponga invadir su intimidad, ya que se consideran actividades no autorizadas y, por lo tanto, fuera del ámbito de protección de la intimidad.
 - También se ha establecido que para considerar lícita la visualización de correos electrónicos del trabajador en la empresa debe estar fundada en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador.
- Decimoquinta. Debido a la inestable jurisprudencia en este ámbito, es difícil determinar cuándo el control empresarial de las comunicaciones de sus trabajadores se considera ilícito. Actualmente se considera el control ilícito en los siguientes casos:
- En los supuestos de existencia de una expectativa razonable de privacidad, se entiende que un control de los medios en estos casos, sería ilícito.
 - La falta de advertencia al trabajador de que podía estar siendo vigilado o controlado, crea una expectativa de intimidad que tiene que ser protegida.
 - La utilización de la información obtenida por la empresa, por cualquiera de los medios de control anteriormente mencionados, debe ser considerado ilícito, desvelen o no la intimidad del trabajador.

Decimosexta. Una sanción será admitida cuando se cumplan una serie de requisitos:

- Que el control realizado por la empresa haya sido lícito y no se hayan vulnerado las garantías que le corresponden al trabajador.
- La falta cometida por el trabajador debe de ser tipificada como leve, grave o muy grave, según la escala que debe aparecer en las normas de la empresa.

- Del mismo modo, la sanción impuesta debe de cumplir con el principio de igualdad, es decir, si la sanción cometida por dos o más trabajadores iguales (trabajadores con la misma antigüedad y categoría profesional) es igual, la sanción deberá de ser la misma.

Decimoséptima. El test de proporcionalidad gira en torno a todo el trabajo, es muy importante que se cumpla, como se ha dicho se deben de cumplir los tres escalones y si uno de ellos no se cumple el resto caería, por lo tanto, se consideraría incumplido el principio y de ese modo se vulnera el derecho fundamental que se está evaluando.

Se entiende que se ha cumplido el test de proporcionalidad en la STC 170/2013, puesto que el informe pericial demostró que la medida de depositar el ordenador en la notaría y su análisis por un perito era adecuada para conocer la vulneración del secreto empresarial, por lo tanto se cumple el test de idoneidad; también se considera cumplido el test de necesidad, puesto que no había otra posibilidad para acreditar los hechos, y el de proporcionalidad en sentido estricto, ya que no se conocieron ni analizaron datos personales ni familiares del trabajador, sino sólo los empresariales. Por lo tanto se considera realizado con las exigencias del principio de proporcionalidad.

En cambio en relación a la STC 241/2012, establece el TC que se han cumplido todos los requisitos del test de proporcionalidad, pero no a mi modo de ver, puesto que no existe una medida de control inicial, ya que se descubrió que las trabajadoras utilizaban un programa de mensajería instantánea de forma casual, por lo tanto caería el test de idoneidad y al caer uno de los escalones del test de proporcionalidad deberían haber caído los siguientes.

11.BIBLIOGRAFÍA

- ARBONÉS LAPENA, H. I.: “El acceso por el empresario al ordenador y correo electrónico del trabajador, ¿un tema resuelto?”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2013, págs. 7-20.
- ARIAS DOMINGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2006.

- BAZ RODRIGUEZ, J.: “Control empresarial de la utilización, por parte de los trabajadores, de los medios informáticos de la empresa (correo electrónico). inexistencia de vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 ce) y al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 ce)”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, junio 2014, págs. 303-374, Ediciones Universidad de Salamanca.
- CARDONA RUBERT, M. B.: “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, *Revista de Relaciones Laborales*, Número extraordinario 1, 2003, págs. 157-173.
- CARRIZOSA PRIETO, E.: “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 116, 2012, págs. 251-268.
- DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.
- DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Estatuto de los trabajadores (comentado y con jurisprudencia)*, La Ley, Madrid, 2007. Pág. 377-387.
- FALGUERA I BARÓ, M. A.: “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2000, págs. 469-498.
- FERNÁNDEZ DIEZ, A.: Límites y garantías del trabajador en el uso del ordenador de la empresa, *Portal Jurídico Lex Nova*, publicado el 25 de enero de 2012.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, J. J.: *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*, Cívitas, Madrid, 2004.

- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003.
- GALÁN JUÁREZ, M.: *Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005
- GARCÍA GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal constitucional*, Universidad de Murcia, Murcia 2003.
- GÓMEZ SANCHIDRIÁN, D.: Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: Control empresarial del correo electrónico y de Internet, *Noticias Jurídicas artículos doctrinales*, publicado el 6 de noviembre de 2012.
- GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Cívitas, Madrid, 1988.
- GUÍA LEGAL, INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN: *utilización de las tecnologías de la información en el ámbito laboral*, “<https://www.incibe.es/file/0ZOMQiNZABx-8qvaUIEaug>” [fecha de consulta febrero/2015]
- LLAMOSAS TRÁPAGA, A.: “Nuevas tecnologías de la información y comunicación; poder de control y derechos fundamentales”, *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 7, 2012, págs. 15-28.
- MAGDALENO ALEGRÍA, A.: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.
- MARÍN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- MARTÍNEZ FONTS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Cívitas, Madrid, 2004.
- MERCADER UGUINA, J. R.: *Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- MIERES MIERES, L. J. (PONENCIA): *La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales*. Asociación de Constitucionalistas de España.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: Reflexiones sobre los nuevos contornos del secreto de las comunicaciones (Comentario a la STC 170/2013, de 7 de octubre), *Diario La Ley* Nº 8271, Sección Doctrina, 14 Mar. 2014, Año XXXV, Ref. D-83, Editorial LA LEY.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Las nuevas tecnologías en la empresa*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006.
- ROIG BATALLA, A. (coord.): *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ROQUETA BUJ, R.: *El derecho a la intimidad de los trabajadores en el ámbito de la empresa*. Universidad de Valencia.
- SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: “¿Es privado el Email?”, *Boletín del Ilustre Colegio de Graduados Sociales de Madrid*, núm. 37, 2002, pág. 33.
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la

relación laboral. límites y contra límites. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 122, 2013, págs. 197-214.

- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- TOSCANI GIMENEZ D. y CALVO MORALES D.: El uso de internet y el correo electrónico en la empresa: límites y garantías, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, Junio 2014, Págs. 197-224.