

EL CONTROL EMPRESARIAL SOBRE EL USO DE LOS EQUIPOS INFORMÁTICOS Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 octubre 2011

ESTHER CARRIZOSA PRIETO*

SUPUESTO DE HECHO: El pronunciamiento analiza el despido de una trabajadora por desobediencia, falta de rendimiento e infracción de la buena fe contractual. La trabajadora realizaba su prestación de servicios, encuadrada en la categoría profesional de oficial de primera administrativa, para la empresa ANNALIGIA, S. A. que, junto a CONFECCIONES REVIC, S. A., NUIT MAGIQUE, S. A. y LINGERIE DE NUIT, S. L., forma un grupo de empresas dedicadas a la confección de prendas de vestir y accesorios.

El día 23 de enero de 2009 la dirección de la empresa notificó a todo el personal la prohibición de utilizar cualquier medio productivo (ordenador, móviles o internet) para asuntos personales no relacionados con la prestación de servicios. La advertencia se hizo después de haberse averiguado (por medios que no se mencionan) que algunos trabajadores estaban utilizando los ordenadores para asuntos propios, concretamente, varios de ellos hacían uso de un chat para comentar temas no relacionados con el trabajo. Días después de haber realizado esa comunicación, la empresa decidió comprobar el efecto que había tenido, monitorizando a dos trabajadoras que presentaban “*un rendimiento y conductas sospechosas*”. Dichos controles revelaron que la trabajadora despedida había visitado, durante el tiempo de trabajo y desobedeciendo las órdenes recibidas, páginas de Internet relativas a venta de artículos de segunda mano, agencias de viajes, páginas de ofertas de empleo, etc. Además, realizó otro tipo de conductas que, aun estando relacionadas con su trabajo, excedían de sus funciones. Dichas conductas consistieron en el escaneo de direcciones de catálogos de proveedores de la empresa Mactradisa S. L., búsqueda de datos de proveedores y productos que posteriormente eran enviados por e-mail a terceras personas e incluso remisión de fotos de la colección actual de manteletas (cales) a otra dirección de e-mail.

La monitorización se realizó instalando un *software* con objeto de captar las pantallas a las que accedía la trabajadora para su posterior visualización.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Trabajo elaborado en el marco del Proyecto “La protección jurídica de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación: Un análisis interdisciplinar” (SEJ-6735), Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, Junta de Andalucía.

La instalación del *software* se hizo después de concluir la jornada y, por tanto, sin contar con la presencia ni conocimiento de la trabajadora. El sistema instalado permitía observar lo que la usuaria veía y la captación de pantallas para su posterior visualización, aunque no facilitaba el acceso a los archivos del ordenador, protegidos por la contraseña de la usuaria. El 13 de febrero de 2009 se procedió a visualizar el proceso de monitorización del ordenador de la demandante, hallándose presente ésta, un delegado sindical (CC.OO) de la empresa codemandada Confecciones Revic, S. A., por ausencia del delegado de personal de Annaligia S. A., y dos trabajadores; todos ellos firmantes, con excepción de la demandante, del acta en que constaba que: desde el día 28 de enero se observa que hay visitas a diferentes páginas webs no relacionadas con la actividad de la empresa (webs de segunda mano, páginas de reserva de billetes, infojobs, etc.). Además de estas cuestiones, la trabajadora ha enviado a su propio correo y al de terceros los diseños de manteletas de 2009, materias de las que se encarga otra trabajadora que, al ser requerida sobre este asunto, manifestó claramente que no la había autorizado para efectuar dichos envíos, destacando que las referidas manteletas constituían el producto más nuevo de la colección y, en consecuencia, el más valioso para la empresa. También se constata la existencia de pantallas que demuestran el envío a terceros de los datos del proveedor de mamparas de duchas y sus precios, en las que figuran clientes de España y otros países, como China; pantallas sobre envío a terceros de datos de proveedores de iluminación y de sanitarios; pantalla sobre envío a terceros de datos del proveedor de muebles de jardín; y, por último, pantallas sobre envío a terceros de imágenes escaneadas de contraportadas de otros proveedores de iluminación con sus datos de contacto.

Ante el despido efectuado, la trabajadora presentó demanda ante la jurisdicción social el 25 de marzo de 2009. La St. de 18 de enero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia declaró la procedencia del despido al entender que la prueba para acreditar la causa se había obtenido de forma lícita, a pesar de que el *software* se instaló sin darlo a conocer expresamente a la trabajadora. Entiende el pronunciamiento que la comunicación se efectuó implícitamente al existir previamente una prohibición absoluta de usar el ordenador para fines ajenos a la actividad laboral y que el mecanismo de control implantado era un sistema poco agresivo que no invadía la intimidad de la trabajadora, toda vez que la contraseña privada impedía el acceso a sus archivos.

La trabajadora presentó recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que, a través de la STSJ de 28 de septiembre de 2010 (AS 2011, 47), lo desestimó. Ante ello, se presenta recurso de casación para unificación de doctrina en base a dos motivos de contradicción: respecto del alcance y la forma del control empresarial

sobre el uso del ordenador por la trabajadora, invocando como sentencia de contraste la dictada por el TSJ Cantabria de 18 enero de 2007 (AS 2001/1030); y en relación con la gravedad de la falta imputada, para el que alega la STSJ Madrid, de 12 de enero de 2010 (AS 2010/1230).

RESUMEN: El Tribunal Supremo (STS 6.1.2011, RJ 2011\7699) admite el recurso de casación y declara que el despido producido no ha lesionado el derecho a la intimidad de la trabajadora puesto que existía una prohibición específica de utilizar los medios de la empresa (teléfono, correo e internet) para uso personal por parte de los trabajadores. Existiendo una prohibición de este tenor, la utilización con esa finalidad no puede quedar protegida y amparada por el ejercicio del derecho a la intimidad.

ÍNDICE:

1. LA DOCTRINA SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SENO DE LAS ORGANIZACIONES PRODUCTIVAS
2. LA REGULACIÓN ESTATUTARIA COMO GARANTE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES
3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL SUPUESTO CONCRETO
4. CONCLUSIONES

Los estudios realizados sobre la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de las organizaciones productivas son ya muy numerosos; sin embargo, no dejan de plantearse supuestos conflictivos, supuestos que debieran obtener una respuesta algo más elaborada que la ofrecida por la sentencia analizada. La solución dada en este pronunciamiento sorprende especialmente, primero, porque existe en nuestro entorno jurídico más inmediato sólidas doctrinas jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad tanto a nivel nacional, con las aportaciones realizadas por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), como a nivel internacional, con las importantes contribuciones realizadas por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante, TEDH); y segundo, porque la propia STS de 6 octubre 2011 (RJ 2011\7699) constituye un ruptura con la que venía siendo la doctrina sostenida por el propio TS, circunstancia que motiva un voto particular al que se adhieren cuatro magistrados. Analizaremos estas construcciones en los siguientes apartados para poder determinar en último lugar cuáles son las grandes divergencias que aparecen en el supuesto examinado.

1. LA DOCTRINA SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SENO DE LAS ORGANIZACIONES PRODUCTIVAS

Hace ya más de 30 años que el Tribunal Constitucional asumió el papel de garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, desde sus primeras incursiones en el ámbito de las relaciones laborales, la cuestión de la vigencia

de los derechos fundamentales en el seno de las organizaciones productivas ha sido una constante en su encomiable labor. La asunción de esta importante responsabilidad desde sus primeras sentencias (recordemos que algunas de ellas fueron la STC 11/1981, de 11 de abril, sobre el derecho de huelga y la STC 38/1981, de 23 de noviembre, sobre el derecho de libertad sindical) ha provocado que, a día de hoy, exista una importante y consolidada doctrina constitucional que reconoce la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado y, más concretamente, en el ámbito de la relación de trabajo.

Podríamos decir, con objeto de no ampliar en exceso esta parte de la aportación, que, en cuanto al sistema de tutela, el TC diferencia entre derechos fundamentales específicos (derecho de huelga, negociación y sindicación) y derechos fundamentales inespecíficos (derecho a la igualdad y no discriminación, derecho al honor, a la libertad de expresión, a la propia imagen, a la intimidad, etc.)¹. Respecto de todos en general se ha dicho, a modo de declaración que, sin duda, ha pasado a la posteridad que *“la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano [...] Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de Empresa, que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”*².

No obstante, ello no significa que los derechos de los ciudadanos trabajadores prevalezcan sobre los poderes empresariales en todos los supuestos de confrontación; muy al contrario, el Tribunal acepta una vigencia relativa y condicionada de forma que cederán ante los intereses empresariales cuando estos estén justificados y siempre que la injerencia en el derecho fundamental se produzca respetando el principio de proporcionalidad³. El principio, que encauza jurídicamente las exigencias a la justificación de la medida empresarial, se concreta en que la *“medida empresarial sea susceptible de conseguir*

¹ La doctrina diferencia, en virtud del posible ámbito de ejercicio, entre derechos constitucionales específicamente laborales, cuyos titulares son los trabajadores, empresarios o sus representantes como sujetos de la relación laboral, ámbito propio y exclusivo de su ejercicio, y derechos constitucionales laborales inespecíficos, que además de otros titulares y otros ámbitos de ejercicio pueden ser ejercitados por los trabajadores y empresarios en el ámbito de la relación laboral, por lo que adquieren una dimensión laboral sobrevenida (Palomeque López, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1991, págs. 23 y ss.).

² STC 88/1985, de 19 de julio (F. J. 2º).

³ Sobre este principio y su aplicación en el ámbito laboral, Carrizosa Prieto, E., “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, *REDT*, núm. 123, 2004, págs. 471 y ss.

el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea necesaria para conseguir dicho objetivo 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, que la medida sea 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)”⁴.

Esta doctrina se aplica a la generalidad de los derechos fundamentales inespecíficos cuando tienen que desenvolverse en el ámbito de las relaciones laborales, también al derecho a la intimidad. A estos efectos, hay que tener en cuenta que el derecho a la intimidad se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE. El derecho a la intimidad implica, de acuerdo con la doctrina constitucional, *“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 humana”*⁵. De hecho, la facultad más importante de ese derecho, como núcleo central de la personalidad, es la de excluir a los demás, es decir, la abstención de injerencias por parte de terceros, *“tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”*⁶. Siendo así, el derecho a la intimidad, con el contenido que hemos descrito, y al igual que sucede con el resto de derechos fundamentales, también rige en el seno de las organizaciones productivas, de forma que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que la restricción que aquel haya de experimentar sea necesaria para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho⁷.

La aplicación de esta doctrina a supuestos concretos ha permitido considerar que la instalación de micrófonos en las zonas de caja y ruleta francesa realizadas en un casino constituye una medida vulneradora del derecho a la intimidad de los trabajadores en cuanto es adecuada pero no indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino [STC 98/2000, de 10 de abril (F. J. 6º-9º)]; que la instalación por parte del empresario de un circuito de televisión cerrado, con objeto de controlar la realización de la prestación de servicios por un determinado trabajador, no vulnera el derecho fundamental a la intimidad y a la propia imagen [STC 186/2000, de 10 de julio (F. J. 6º y 7º)]; y que la existencia de un fichero automatizado donde figuran los diagnósticos

⁴ SSTC 66/1995, de 8 de mayo (F. J. 6º y 7º); 55/1996, de 28 de marzo. (F. J. 8º y 9º).

⁵ SSTC 186/2000, de 10 de julio (F. J. 5º); 197/1991, de 17 de octubre (F. J. 3º); 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 2º).

⁶ STC 186/2000, de 10 de Julio (F. J. 5º).

⁷ SSTC 98/2000, de 10 de abril (F. J. 5º y 6º); 186/2000, de 10 de Julio (F. J. 5º).

por enfermedad que ocasionan la incapacidad temporal de los trabajadores sin que conste el consentimiento de estos vulnera su derecho a la intimidad y a la libertad informática por no constituir “una medida idónea, necesaria y proporcionada para conseguir la consecución de un fin legítimo”, en el supuesto, el control del absentismo laboral [STC 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 5º)].

No existen, en cambio, pronunciamientos en los que se hayan analizado expresamente hechos similares a los que nos planteamos aquí. Sólo la STC 281/2005, de 7 de noviembre, analiza la legitimidad de la conducta empresarial consistente en impedir el ejercicio del derecho a transmitir noticias de interés sindical a una organización de esta naturaleza, mediante la utilización del sistema de correo electrónico implantado en la empresa. Obviamente, el problema que se plantea no es el mismo que en el supuesto examinado, puesto que aquí se trata de determinar si la utilización de este sistema, una vez instalado por la empresa, constituye un cauce efectivo para ejercitar la acción sindical y, significativamente, una de sus facultades esenciales, la libertad de información sindical, de forma que la falta de reconocimiento o la obstrucción empresarial constituya una lesión de los derechos de sindicación.

El Tribunal considera que no resulta compatible con la efectividad del derecho de libertad sindical negar el acceso a los instrumentos de transmisión de información que existen en la empresa si la negativa constituye una mera resistencia que no encuentra justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas legalmente al empresario⁸. No obstante, se reconocen una serie de exigencias o límites materiales dirigidos a proteger intereses empresariales, tales como que la comunicación sindical no perturbe la actividad normal de la empresa, que el uso sindical de la herramienta se armonice con la consecución del objetivo empresarial que originó su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última en caso de conflicto, y, por último, que su utilización no conlleve gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes⁹.

A pesar de las divergencias, las consideraciones realizadas son completamente aplicables al supuesto que nos ocupa, aunque con toda probabilidad los resultados de esta aplicación conduzcan a resultados distintos. Efectivamente, partiendo de estas argumentaciones se podría considerar lícita la prohibición dirigida a los trabajadores para usar estas herramientas con fines personales y esa licitud se debe basar precisamente en razones productivas amparadas por el art. 38 CE. Ahora bien, ello conlleva considerar que la prohibición constituye en sí misma una injerencia en el derecho a la intimidad de los trabajadores,

⁸ STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 7º).

⁹ STC 281/2005, de 7 de noviembre, (F. J. 8º).

derecho que no deja de existir porque el instrumento a través del que se ejercita o se hace realidad sea de titularidad empresarial, y esta circunstancia hay que dejarla muy clara para enjuiciar correctamente el enfoque que hace el pronunciamiento examinado.

Algo más concreta es la doctrina del TEDH, que, además de haber analizado en innumerables ocasiones el derecho a la intimidad, lo ha hecho precisamente en el contexto que nos estamos planteando, esto es, en torno al control efectuado por el empresario para conocer el uso que los trabajadores dan al teléfono, equipos informáticos o correo electrónico. A estos efectos, el pronunciamiento más importante en la materia se contiene en la STEDH de 3 de abril de 2007. Caso Copland contra Reino Unido (TEDH\2007\23). En el caso Copland el Tribunal analiza los controles empresariales efectuados a una trabajadora respecto del uso del teléfono, la navegación en Internet y del correo electrónico con objeto de constatar si los utiliza con fines privados. Concretamente, y en los que hace a la navegación por Internet, los controles arbitrados consistieron en el análisis de las páginas webs visitadas, la fecha, hora y duración de las visitas. Por lo que respecta al correo electrónico, el control se efectuó constatando los destinatarios de los mensajes y las horas en que se enviaban. Por último, el uso del teléfono se controló examinando la factura telefónica donde se especificaban las llamadas entrantes y salientes, los números de teléfono a los que se llamaba y la duración de estas llamadas.

El TEDH considera que, a pesar de la diferencia entre vida privada y profesional, las llamadas telefónicas que proceden del ámbito laboral también forman parte del concepto “vida privada” y “correspondencia” que contempla el art. 8.1 del CEDH¹⁰. Siendo así, razona el Tribunal, también debe asignarse esa naturaleza a los correos electrónicos que provienen del lugar de trabajo y a la información que deriva del uso personal de internet, carácter privado que prevalece en todos los casos al no haber sido advertida la trabajadora de que

¹⁰ STEDH de 3 de abril de 2007. Caso Copland contra Reino Unido (TEDH\2007\23), párr. 41; STEDH de 25 de junio de 1997. Caso Halford contra Reino Unido (TEDH\1997\37), párrs. 42 y ss. El art. 8 CEDH establece en su primer apartado: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”. El segundo apartado se centra en las condiciones en que se han de efectuar las limitaciones: “*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*”.

se la iba a controlar¹¹. Es importante constatar que el TEDH no excluye que el seguimiento en el lugar de trabajo del uso que hace el trabajador del teléfono, del correo electrónico e internet pueda considerarse necesario y, por tanto, lícito en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo¹²; mas, a pesar de ello, considera que, en el supuesto examinado, la recogida y almacenamiento de información personal de la demandante (sin su consentimiento) relativa a llamadas telefónicas, correos electrónicos y navegación por Internet constituye una injerencia en el derecho reconocido en el art. 8 CEDH.

Una consideración distinta merecería la cuestión si dicha intervención estuviera garantizada a través de una ley, donde se contemplaran expresamente, de forma clara, los distintos supuestos en que se pueden producir estas injerencias y la finalidad que se persigue con cada uno de ellos. Sólo así, a juicio del Tribunal, los ciudadanos pueden conocer las circunstancias y condiciones de la limitación, sin que pueda darse por válida una alegación genérica para que distintos poderes, públicos o privados, adopten las medidas necesarias y oportunas para efectuar el mencionado control¹³.

Una vez clarificada la doctrina general en la materia, es necesario, antes de centrarse en el pronunciamiento del Tribunal Supremo, examinar el marco normativo que rige esta cuestión. A ello dedicaremos el siguiente apartado.

2. LA REGULACIÓN ESTATUTARIA COMO GARANTE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

En la normativa específica, esto es, en el ET, no existe demasiada concreción sobre la regulación de los derechos de los trabajadores, al menos no más allá del genérico reconocimiento que efectúa el art. 4.2 e) ET. El precepto en cuestión sostiene que, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho “*al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo*”. Ciertamente existen otros preceptos a tener en cuenta, sobre todo aquellos que regulan las facultades

¹¹ STEDH de 3 de abril de 2007, párrs. 41 y 42. Consideraciones parecidas ha efectuado en algunas ocasiones el TC al considerar que “*por lo que se refiere a los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona, sin embargo no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar*” [STS 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 2º)].

¹² STEDH de 3 de abril de 2007, párr. 48.

¹³ STEDH de 3 de abril de 2007, párrs. 45-47.

empresariales que integran el poder de dirección empresarial. Sustancialmente se trata de los arts. 18 y 20 del ET; ambos se consideran vulnerados y como tal se alegan por la parte actora en la sentencia analizada. El primero de ellos se refiere a la inviolabilidad de la persona del trabajador y el segundo al poder de dirección y control de la actividad laboral. Puesto que se ocupan de desarrollar las facultades empresariales, en principio, deberían contener el conjunto de garantías necesarias para preservar los derechos de los trabajadores, así como un elenco de conductas que, a modo de habilitación, pueda adoptar el empresario para preservar los intereses productivos tutelables; no obstante, como veremos en seguida, ambos preceptos son parcos en su regulación, aunque en distinta medida y con distintas consecuencias.

El art. 18 ET que, como ya hemos anunciado, se ocupa de la inviolabilidad de la persona del trabajador, exige para el registro personal de los trabajadores y de sus pertenencias la justificación de la medida¹⁴. Es la propia norma la que advierte que la finalidad ha de ser la protección del patrimonio empresarial o de los propios compañeros, ubicando el conflicto en un plano de confrontación constitucional: de un lado, los derechos a la integridad física y psíquica del trabajador, el derecho a la intimidad y cualesquiera otro se vea afectado; y, de otro, el derecho a la propiedad privada del empresario y del resto de trabajadores (art. 18 CE y art. 33 CE). Como exigencias fundamentales, el precepto se refiere al registro como medida limitadora que ha de ser necesaria para la protección del bien jurídico protegido (principio de necesidad) y que el registro respete al máximo la dignidad e intimidad de los trabajadores (principio de proporcionalidad en sentido estricto, con lo que ello supone para el respeto al contenido esencial del derecho afectado). Todo ello implica que el art. 18 ET fija las bases necesarias para aplicar un consistente y complejo conjunto de garantías (se podría decir que la regulación exige la aplicación del principio de proporcionalidad) al ejercicio empresarial del poder de registro con la única finalidad de preservar el derecho fundamental en juego, que bien puede ser el derecho a la integridad física y moral, bien el derecho a la intimidad o cuales-

¹⁴ Art. 18 ET: “Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”. Un análisis más detenido del precepto en Durán López, F., “Inviolabilidad de la persona del trabajador”, VV. AA., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Edersa, Madrid, 1983, pág. 536; Goñi Sei, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 161 y ss.; Martínez Fons, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, págs. 275 y ss.

quiera otro que se pudiera ver afectado¹⁵. Además de los requisitos mencionados se exigen otras garantías: que el registro se realice en el centro y en horario de trabajo y, a ser posible, con la presencia, como testigo, de un representante de los trabajadores o un compañero de trabajo.

A diferencia de la facultad de registro, la regulación que concierne al control de la prestación de trabajo es menos garantista con los derechos del trabajador. Dos previsiones concretas contiene el art. 20 ET sobre este aspecto. La primera de ellas se refiere al control general de la actividad laboral, respecto de la que se establece que *“el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”* (art. 20.3 ET). La segunda, mucho más específica, se refiere a los controles efectuados sobre la salud de los trabajadores. Respeto de estos se habilita al empresario para *“verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones”* (art. 20.4 ET).

Dejando la margen la segunda previsión, que no va ser objeto de examen específico por razones obvias, la única limitación que establece la regulación es la de guardar, tanto en el momento de la adopción como en la aplicación de las medidas, *el respeto debido a la dignidad del trabajador*, dejando, en apariencia, una absoluta libertad al empresario en la elección de los medios para desarrollar las actividades de control. La redacción no contempla los numerosos instrumentos que pueden utilizarse actualmente en la empresa con esa finalidad y el alto grado de lesividad que pueden originar, especialmente respecto del derecho a la intimidad¹⁶. Sin embargo, esta cláusula genérica, es-

¹⁵ Normalmente se alega vulneración del derecho a la integridad física y moral, pero también existen casos en los que el derecho vulnerado es la intimidad. La jurisprudencia del TS aplica el principio de proporcionalidad en estos supuestos. El ejemplo más ilustrativo lo constituye la STC 11 de junio de 1990 (RJ 1990/5049), que enjuicia, como posible medida vulneradora del derecho a la intimidad, la conducta empresarial consistente en el registro del coche de un trabajador con el pretexto de haberse sustraído bienes en la empresa. El TS considera que *“la empresa arbitra una modalidad de pesquisa que se revela como la única posible en orden a la averiguación de los hechos y la que, a su vez, se practica en términos carentes de violencia alguna, subjetiva u objetiva, y con la adecuada garantía para el trabajador empleado”* (F. J. 4º y 6º).

¹⁶ VV. AA, *“Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y comunicación”*, *RL*, núm. 12, 2003; Ramos Luján, H. V., *“La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”*, *RL*, núm. 17, 2003.

tablecida a modo de límite, puede acoger fácilmente las exigencias que hemos predicado de las facultades de registro, es decir, la protección de intereses protegidos constitucionalmente, la adecuación del concreto mecanismo de control para obtener la finalidad perseguida, la indispensabilidad del mecanismo, por no existir otros mecanismos alternativos igual de eficaces pero menos lesivos para el derecho fundamental y, por último la proporcionalidad en sentido estricto¹⁷. De hecho, el conjunto de garantías que derivan del art. 18 ET debe ser aplicado también cuando lo que se ejercita es el poder de controlar la efectiva realización de la actividad laboral en cuanto los derechos afectados por esas medidas de control van a ser los mismos o de naturaleza muy similar a los que eventualmente pudieran resultar lesionados con el ejercicio de aquellas otras facultades¹⁸.

A pesar de ello, habría que determinar si esta regulación legal es suficientemente precisa para legitimar restricciones en los derechos fundamentales de los trabajadores. Y si tenemos en cuenta la doctrina del TEDH, hemos de concluir que las injerencias en este sentido no pueden plasmarse con la vaguedad que caracteriza a esta regulación estatutaria, al menos no en los términos que se reflejan en el art. 20 ET. Efectivamente, ya hemos mencionado cómo el TEDH estima imprescindible el consentimiento de los trabajadores para considerar lícitas la utilización, instalación y aplicación de mecanismos para controlar el uso de las herramientas informáticas; sin embargo, la cuestión es distinta si la intervención se garantiza a través de una ley, donde se contemplen expresamente los supuestos en que se pueden producir estas injerencias y la finalidad que se persigue con cada uno de ellas. Teniendo en cuenta que para eliminar el requisito de la comunicación expresa a los ciudadanos sería necesario una regulación normativa clara y expresa capaz de dar a conocer tanto las circunstancias como las condiciones de la limitación, no son suficientes, considera el TEDH, habilitaciones genéricas que permitan adoptar las medidas que se consideren necesarias para efectuar el mencionado control¹⁹.

A estos efectos, no se puede considerar suficientemente precisa la regulación que se recoge en el art. 20 ET, puesto que la única exigencia es que las facultades de control se ejerciten dentro del debido respecto a la dignidad

¹⁷ Martínez Randulfe, F., “Derecho a la intimidad y relaciones laborales: Aproximaciones”, en VV. AA., *Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo*, Comares, Granada, 1998, págs. 57 y ss., señala que la legitimidad de cualquier medida en este sentido requiere el conocimiento previo por parte de los trabajadores y el establecimiento de garantías *ex post*.

¹⁸ Con anterioridad, el TS había enjuiciado la utilización por el empresario de detectives privados para controlar el efectivo cumplimiento de la actividad laboral, que, al tenerse que ejercitar fuera de los locales de la empresa, se considera una medida imprescindible para no dejar vacío de contenido el poder de dirección empresarial [STS 19 de julio de 1989 (1989/5878), (F. J. 2º y 3º)].

¹⁹ STEDH de 3 de abril de 2007, párrs. 45-47.

del trabajador (art. 20.3 ET). Ni siquiera se aclara cuándo una medida de este tipo lesiona la dignidad del trabajador. En este sentido, quizá la legislación específica pueda arrojar luz sobre el asunto con el concepto de intromisiones ilegítimas. Las intromisiones en el ámbito del derecho a la intimidad serán ilegítimas, tal como especifica en el art. 7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, cuando, sin contar con el consentimiento del titular, supongan “*el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas*” y “*la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción*”. Dicha regulación es coherente con el art. 2.2 de la misma disposición, que claramente establece que no se apreciarán intromisiones ilegítimas cuando estuvieren expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso.

La consideración de todo lo expuesto debe llevarnos a las siguientes conclusiones. En primer lugar, que el derecho a la intimidad constituye una esfera privada y familiar que no solo despliega sus efectos en las relaciones personales sino también en el ámbito de las relaciones profesionales. En segundo lugar, que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar puede desarrollarse por cualquier medio de difusión privado y, mientras no se nos comunique otra cosa, seguir manteniendo ese carácter. En tercer lugar, que la legislación ordinaria puede permitir y de hecho permite intromisiones en el derecho a la intimidad que no deben calificarse *per se* de ilegítimas. En cuarto lugar, que en el ámbito laboral el ET permite intromisiones en el derecho a la intimidad de los trabajadores y que dichas intromisiones pueden consistir en controlar el uso que se les da a los medios o útiles de trabajo que facilita el empresario (ordenadores, teléfonos, Internet) para evitar que su uso personal perjudique la producción. En quinto lugar, que, en cuanto limitación al derecho a la intimidad, la adopción de estas medidas debe respetar, en todo caso, el principio de proporcionalidad con objeto de evitar la lesión del contenido esencial del derecho a la intimidad y todas aquellas garantías que establece la legislación y la jurisprudencia, significativamente la comunicación expresa de su instalación al conjunto de los trabajadores o al trabajador afectado, dependiendo de si es una medida genérica o particularizada.

Veamos a continuación cual ha sido la doctrina seguida por el TS en la STS de 6 octubre 2011 (RJ 2011/7699).

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL SUPUESTO CONCRETO

Como veremos a continuación, no podemos decir que el TS haya aplicado y asumido por completo la doctrina del TC y del TEDH, al menos no en el pronunciamiento que estamos analizando. A estos efectos, es necesario recordar que la recurrente alegaba dos motivos de casación. El primero de ellos se centraba en el alcance y la forma en que se deben articular los controles empresariales sobre el uso del ordenador por parte de los trabajadores [STSJ Cantabria, de 18 de enero de 2007 (AS 2007/1030)]; y el segundo, sobre la gravedad de la falta imputada a la trabajadora [STSJ Madrid, de 12 de enero de 2010 (AS 2010/1230)]. El TS rechaza la existencia de contraste con este último pronunciamiento al ser completamente diversos los supuestos enjuiciados. Así, en la sentencia recurrida la trabajadora había remitido fotos de manteletas de la temporada en curso muy valiosas para la empresa y sin estar autorizada a ello, habiéndose acreditado que se dedicaba 100 minutos diarios a realizar actividades ajenas a su trabajo. Sin embargo, en la sentencia de contraste ni se especifica el tiempo de navegación, ni se concreta el contenido de las visitas realizadas, imputándose al trabajador, no una conducta de desobediencia, sino haber puesto en peligro el buen funcionamiento de la red interna.

Como consecuencia de este rechazo, el TS se centra en analizar el primer motivo de casación, esto es, el alcance y la forma en que se deben articular los controles empresariales sobre el uso del ordenador por parte de los trabajadores. En este sentido, hay que tener en cuenta que la trabajadora considera que el control utilizado se ha aplicado “*al margen de los límites constitucionalmente establecidos*” y “*en contravención de lo recogido en el art. 18 ET*”, siendo necesario que “*la empresa emplee medidas que supongan una menor injerencia en la privacidad*”. Todo ello supone, a juicio de la parte actora, la vulneración de la normativa estatal y comunitaria que regula el control empresarial sobre los medios electrónicos y la jurisprudencia aplicable. Ante todas estas alegaciones, y muy especialmente atendiendo a la falta de alegación de la omisión de comunicación avisando de que se iba a instalar el “software” de monitorización, el Tribunal se centra en analizar el exceso que supone la utilización del programa espía y del incumplimiento de las garantías del art. 18 ET.

El análisis de la cuestión suscitada, no se enfoca aplicando el art. 18 ET (Inviolabilidad de la persona del trabajador), sino desde la perspectiva del art. 20 ET, esto es, el precepto que reconoce las facultades empresariales de control y vigilancia de la actividad laboral²⁰. El planteamiento se hace partiendo de que el ordenador es un medio de producción cuyo titular es el empresario y no el trabajador, por lo que difícilmente se puede lesionar derechos fundamentales de este último. A estos efectos, lo importante es, por tanto, el modo en que debe cumplir el trabajador con sus obligaciones laborales, aspecto que se determina

²⁰ STS, Sala de lo Social, de 6 octubre 2011, F. J. 4º (RJ 2011\7699).

en el art. 20 ET, concretamente en su apartado segundo, dónde reconoce el deber genérico de diligencia y colaboración: *“el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres”*.

Para comprobar que efectivamente se cumplen y la forma en que se cumplen estas obligaciones laborales, el mismo precepto reconoce al empresario facultades de vigilancia y control de la actividad laboral de forma que, en virtud de la regulación legal, éste podrá *“adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”*.

Partiendo del marco normativo, argumenta el Tribunal, el dato fundamental para resolver el supuesto es que existe una instrucción empresarial sobre la utilización del ordenador en la empresa. Dicha instrucción, que fue notificada a la trabajadora, prohibía la utilización del ordenador para usos distintos a los profesionales, y siendo así, la cuestión que se plantea, de conformidad con la argumentación del Tribunal, es *“si existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando, en contra de la prohibición del empresario o con una advertencia expresa o implícita de control, utiliza el ordenador para fines personales”*. Y la respuesta, a juicio del Tribunal, parece estar bien clara: 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”*. Tratándose del uso de los medios informáticos de la empresa por parte de los trabajadores, estima el Tribunal, no puede existir conflicto de derechos cuando existe una prohibición de utilizarlos para satisfacer intereses personales y esa prohibición es válida. La utilización en estas circunstancias de los ordenadores de la empresa constituye *“la utilización de un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad [...], pues quien entra en el ordenador sometido al control de otro, que ha prohibido los usos personales y que tiene ex lege facultades de control, sabe que no tiene una garantía de confidencialidad”*²¹.

El problema está en que en este caso no se había comunicado ni advertido a la trabajadora que se iba a instalar en sus PC programas de control y

²¹ STS, Sala de lo Social, de 6 octubre 2011, F. J. 4º (RJ 2011/7699).

de seguimiento, circunstancia a la que, una y otra vez, quita importancia el Tribunal. Así, para empezar, considera que esa comunicación no era necesaria puesto que la prohibición de utilizar estos mecanismos para uso personal conlleva, implícitamente, la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador; en consecuencia, existiendo la prohibición, no era necesario comunicar la instalación del programa. Y precisamente es esta circunstancia la que aleja el supuesto que nos ocupa de aquel otro con el se compara. Efectivamente, a juicio del Tribunal, la gran diferencia del supuesto que examinamos con aquel que se discute en la STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7514) es precisamente que, en este último, no existió ni prohibición de uso personal del ordenador ni advertencia de control, lo que permitía que los trabajadores conservaran una expectativa de confidencialidad al realizar un uso personal de estos medios, expectativa que debió ser respetada. Y aunque reconoce que la mencionada sentencia exige expresa y claramente de la empresa que esta establezca previamente las reglas de uso de los medios informáticos e informe a los trabajadores de la instalación de mecanismos de control y de los medios empleados para este fin, termina considerando que son simples reflexiones en las que realizan razonamientos *obiter dicta* y en el marco de la buena fe o de la legalidad ordinaria, por lo que no deben considerarse requisitos imprescindibles para la correcta garantía del derecho fundamental a la intimidad, sino como obligaciones complementarias de transparencia.

Como corolario, concluye el TS, lo decisivo a efectos de considerar la vulneración del derecho fundamental a la intimidad, es que “la tolerancia” de la empresa es la que crea “una expectativa de confidencialidad” y, por ende, la posibilidad de un exceso en el control llevado a cabo por el empleador que vulnere el derecho fundamental de la intimidad del trabajador. Si hay prohibición de uso personal, razona el Tribunal, deja de haber tolerancia y ya no existirá esa expectativa, con independencia de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre el control y su alcance, “control que, por otra parte, es inherente a la propia prestación de trabajo y a los medios que para ello se utilicen, y así está previsto legalmente”.

4. CONCLUSIONES

La construcción efectuada por el TS en el pronunciamiento examinado no acoge la doctrina sobre el derecho a la intimidad elaborada por instancias jurisprudenciales nacionales e internacionales. Tanto el TC, como el TEDH y el propio TS, en los distintos pronunciamientos sobre esta materia, han partido de una concepción amplia del derecho a la intimidad que la concibe como un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás,

ámbito que requiere de una eficaz protección en el seno de las organizaciones empresariales, especialmente cuando este derecho entra en colisión con cualquiera de las facultades que integran el poder de dirección empresarial.

La confrontación entre el derecho a la intimidad de los trabajadores y las facultades de vigilancia y control de la actividad laboral se ha manifestado especialmente problemática en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación implantadas en la empresa (teléfono, correo electrónico, Internet, etc.), sobre todo porque constituyen un cauce habitual para canalizar información de carácter profesional, pero, sin duda, también de carácter eminentemente personal y privado. Ante estas circunstancias, la jurisprudencia ha considerado que, aun procediendo del ámbito laboral, las llamadas telefónicas y los e-mails quedan protegidos por el derecho a la intimidad, puesto que a través de su control y análisis se puede acceder a detalles e informaciones de vida íntima personal y familiar del trabajador. La misma naturaleza y consideraciones se deben efectuar respecto de la información que deriva del uso personal de Internet. Esto no significa que el empresario no pueda controlar el uso que se da a estas herramientas, y que en virtud de este uso imponga sanciones disciplinarias, incluido el despido, sino que a la hora de efectuar estos controles debe evitar injerencias injustificadas en el contenido del derecho a la intimidad, circunstancia que se garantiza respetando el principio de proporcionalidad y poniendo en conocimiento del trabajador que dicho control se va a efectuar.

No es esta la posición que adopta la sentencia examinada, que claramente toma una postura distinta, apartándose con ello de pronunciamientos anteriores. En cuanto medios destinados a realizar la prestación de trabajo y de titularidad exclusivamente empresarial, el empresario puede prohibir lícitamente su uso para fines personales y, puesto que no ha lugar a su uso para esos fines, los controles efectuados por el empresario no pueden vulnerar el derecho a la intimidad. En otras palabras, si no se pueden usar estos mecanismos con fines personales no ha lugar a alegar, y tampoco a lesionar, el derecho a la intimidad. Ello implica que, en última instancia, es el empresario el que decide si rige o no el derecho a la intimidad de los trabajadores cuando utilizan dichas mecanismos en el seno de las organizaciones productivas, puesto que pueden o no existir expectativas en este sentido dependiendo de que haya o no una prohibición empresarial, lo que no casa en absoluto con la doctrina del TC ni del TEDH, ni con la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de organizaciones productivas, que es lo que esta doctrina pretende sostener.

En consecuencia, el pronunciamiento examinado no estima la lesión del derecho porque no lo considera vigente en dicho ámbito. La existencia de una prohibición empresarial en este sentido delimita el contenido del derecho fundamental de forma que no puede hacerse efectivo a través de mecanismo empresariales ni durante el tiempo de de trabajo. En contraposición, una aplica-

ción escrupulosa de la doctrina sobre los límites de los derechos fundamentales debería haber desembocado en la nulidad del despido por lesivo del derecho mencionado, puesto que los controles articulados para comprobar el uso del ordenador, del correo y de Internet, instalados sin conocimiento de la trabajadora, fueron de tal calibre que revelaron datos personales y familiares pertenecientes al ámbito privado y, por tanto, protegido por el art. 18 CE.